

**UNIVERSIDAD DE GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**PROGRAMA OFICIAL DE DOCTORADO DE CIENCIAS JURÍDICAS B19 56 1**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**



**TESIS DOCTORAL**

**LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA:  
PRINCIPIO DETERMINANTE DE LA  
FORMA DE GESTIÓN DE LOS  
SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**

**Doctoranda: María Soledad Soriano Amores**

**Directora: María Asunción Torres López**

**Granada, enero de 2019**

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales  
Autor: María Soledad Soriano Amores  
ISBN: 978-84-1306-185-6  
URI: <http://hdl.handle.net/10481/55737>



A mi madre



## **INDICE**



<b>AGRADECIMIENTOS</b>	13
------------------------	----

<b>INTRODUCCIÓN</b>	17
---------------------	----

**CAPÍTULO I. LA DISCRECIONALIDAD DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA LOCAL Y SU MANIFESTACIÓN EN LA ELECCIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**

<b>1. La discrecionalidad de la potestad organizatoria en las Entidades locales.</b>	
1.1. Finalidad de las potestades administrativas.	33
1.2. La cualidad discrecional de la potestad organizatoria.	38
1.3. Particularidades de la discrecionalidad organizatoria en el ámbito local.	42
<b>2. La discrecionalidad administrativa en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.</b>	
2.1. La elección de las formas de gestión en la norma básica local.	50
2.2. Las vías procedimentales para la elegir la formas de gestión de los servicios públicos locales.	58
2.3. Problemática relacionada con los cambios de las formas de gestión.	66
<b>3. Efectos de la discrecionalidad organizatoria.</b>	74

**CAPÍTULO II. GÉNESIS Y DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y FINANCIERA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA.**

<b>1. La constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y sus consecuencias.</b>	
1.1. Las reglas financiero-presupuestarias derivadas de la Unión Europea.	87
1.2. El contexto económico y financiero de la reforma constitucional de 2011.	92



1.3. Principales consecuencias de la constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.	96
<b>2. El principio de sostenibilidad económica como manifestación y expresión de los principios de eficiencia y proporcionalidad en la actividad pública.</b>	
2.1. La supeditación de la actuación administrativa a los principios del artículo 31 de la Constitución.	104
2.2. Las relaciones entre los principios constitucionales de eficiencia, economía y eficacia.	112
2.3. Los fundamentos del principio de sostenibilidad económica.	120
<b>3. Vías de articulación del principio de sostenibilidad económica tras la reforma del artículo 135 de la Constitución.</b>	<b>126</b>

### **CAPÍTULO III. LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA EN LA ELECCIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**

<b>1. Los espacios organizatorios de las Entidades locales y el principio de sostenibilidad económica.</b>	<b>139</b>
<b>2. El principio de sostenibilidad económica en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales.</b>	
2.1. La eficiencia y sostenibilidad en las formas de gestión de los servicios públicos locales.	149
2.2. La elección de la forma de gestión (directa o indirecta) desde la perspectiva de la sostenibilidad económica.	159
2.3. La sostenibilidad económica impuesta a las distintas opciones organizatorias, en particular los encargos a medios propios.	167
<b>3. Racionalización de las estructuras organizativas locales y su sostenibilidad.</b>	<b>175</b>

## **CAPÍTULO IV. LOS ELEMENTOS REGLADOS EN LA ELECCIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**

<b>1. Reconsideración de la discrecionalidad administrativa en la elección de las formas de gestión.</b>	<b>189</b>
<b>2. Expediente administrativo para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales más eficiente y sostenible.</b>	
2.1. Los informes sobre el apoyo y asesoramiento técnico.	197
2.2. Los criterios de valoración: rentabilidad económica y recuperación de la inversión.	202
2.3. El análisis coste-beneficio y su relación con el coste del ciclo de vida.	209
<b>3. El riesgo operacional como elemento reglado. El valor de la sostenibilidad económica en la determinación del riesgo operacional.</b>	
3.1. El riesgo operacional en la elección de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos.	217
3.2. El valor de la eficiencia y sostenibilidad para determinar el riesgo operacional.	237

## **CAPÍTULO V. EL REPLANTEAMIENTO DE LA NATURALEZA DE LA ELECCIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS POR LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD: DE LA DISCRECIONALIDAD A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y AL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.**

<b>1. La discrecionalidad administrativa en actuaciones técnicas. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad técnica.</b>	<b>249</b>
<b>2. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, criterios jurisprudenciales.</b>	<b>267</b>

<b>3. La motivación como requisito para el control judicial de las actividades administrativas.</b>	
3.1. La motivación administrativa, su importancia.	273
3.2. Particularidades de la motivación en las actividades administrativas de carácter técnico.	280
3.3. La motivación conforme al criterio económico y su control judicial.	288
<b>CAPÍTULO VI. EL CAMBIO DE LAS FORMAS DE GESTIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA REINTERNALIZACIÓN O REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.</b>	
<b>1. La prerrogativa de modificación de los contratos ( <i>iuris variandi</i>) en el marco del principio de sostenibilidad económica.</b>	<b>309</b>
<b>2. El rescate de las concesiones y las implicaciones en la potestad organizatoria.</b>	
2.1. El rescate de las concesiones.	325
2.2. Implicaciones organizativas en el supuesto del rescate.	333
<b>3. Reinternalización de la gestión de los servicios públicos locales (la corriente remunicipalizadora).</b>	
3.1. Algunas consideraciones sobre la municipalización y remunicipalización.	343
3.2. Experiencias y estudios relacionados con la reinternalización de la forma de gestión de los servicios públicos locales.	350
3.3. Reflexiones sobre los argumentos para la “reinternalización” en la forma de gestión.	356
3.4. La participación ciudadana en las decisiones técnico -económicas, en particular las consultas populares.	363
<b>CONCLUSIONES.</b>	<b>372</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>387</b>

## **AGRADECIMENTOS**



A mi directora de Tesis, Dra. Doña María Asunción Torres López, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada y jurista de reconocido prestigio, por su constante apoyo, soporte moral, respaldo anímico imprescindible y tantas otras palabras que no alcanzarían a hacer justicia a su labor en la tarea de culminar esta tesis doctoral; sin cada una de ellas no habría fructificado este trabajo. Su permanente disponibilidad, en tiempo, forma y contenido, justifican sobradamente estas escasas palabras sobre el reconocimiento a su labor frente a mi persona y su contribución en mi formación humana y jurídica.

El agradecimiento quedaría inconcluso sin una referencia (más que obligada) a los integrantes del Departamento de Derecho Administrativo, por su colaboración particular y mejor disposición a aconsejarme, encauzarme y resolución con prontitud y acierto en la multitud de consultas realizadas, durante el proceso de elaboración de esta tesis doctoral.



# INTRODUCCIÓN





Los países miembros de la Unión Europea se han enfrentado a la primera crisis económica del siglo XXI tras la implantación de la Unión Monetaria y consolidación de la Unión Económica. En esta ocasión se han debido afrontar los efectos y consecuencias propias de las crisis económicas en un marco de actuación en el que se habían cedido distintas competencias a las instituciones comunitarias para integrarse en esta estructura supraestatal.

Entre los principales retos afrontados se encuentra el referido al ámbito financiero y el incumplimiento de los acuerdos derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por buena parte de sus integrantes. Con este Pacto, los países miembros se comprometían a evitar déficits públicos excesivos y mantener unas finanzas públicas saneadas; es decir, era un compromiso dirigido al ámbito público. Dicho Pacto se erige sobre dos principios fundamentales: de un lado, los países miembros renunciaban a financiar los gastos públicos mayoritariamente mediante el recurso a la deuda pública (sostenibilidad financiera); y, de otro, a desarrollar una gestión del presupuesto público de acuerdo con las obligaciones derivadas del principio de estabilidad presupuestaria.

Durante la crisis económica, a pesar de los compromisos adquiridos y del desarrollo normativo realizado en cada uno de los países miembros, se sobrepasaron ampliamente los parámetros allí establecidos, y los problemas financieros en la zona euro se hacían cada vez más acuciantes.

La situación generada hizo que en el Consejo de Europa celebrado en marzo de 2011 se acordara reforzar la vinculación jurídica de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en los Ordenamientos nacionales y, mayoritariamente, se optó por incorporarlos a las Constituciones de los Estados. En nuestro país tal incorporación se llevó a cabo a finales del verano de 2011 mediante una nueva redacción del artículo 135 de la Constitución.

Aquella reforma ha tenido efectos jurídicos en nuestro Ordenamiento jurídico de mayor alcance que el propiamente financiero (principal causa de esta reforma constitucional), especialmente en el Derecho administrativo. Nada que deba extrañarnos, después de todo, los presupuestos públicos son la expresión cuantitativa de las distintas actuaciones llevadas a cabo por los Poderes públicos en general y las Administraciones públicas en particular. Y, el Derecho administrativo es el que regula principalmente la actividad

pública. A pesar de la interrelación entre los principios generales en el ámbito administrativo, los económicos y los financiero-presupuestarios, tal relación no se había visto adecuadamente reflejada o desarrollada hasta ese momento en las normas administrativas.

Entre las potestades públicas sobre las que se ha proyectado esta nueva realidad financiero-presupuestaria y económica se encuentra la potestad organizatoria. Conforme a esta potestad, las Administraciones públicas se dotan de las estructuras que hacen posible la consecución de los intereses generales pretendidos con cada actuación.

En general, se ha tratado de una potestad caracterizada tradicionalmente por el amplio margen de actuación conferido a las Administraciones públicas. En otras palabras, ha sido una potestad eminentemente discrecional. Además, las normas administrativas no habían incluido entre sus previsiones referencias a la vertiente económica que lleva inherente el ejercicio de esta potestad. En consecuencia, las Administraciones no encontraban en las normas administrativas unos mínimos criterios jurídico-económicos condicionantes de su ejercicio, excepción hecha del mandato constitucional de servir objetivamente y de la mejor forma posible a los intereses generales pretendidos con cada actuación administrativa y desarrollarlas con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (ni más, ni menos).

En cierta medida, la mencionada configuración normativa de esta potestad ha propiciado que nuestras estructuras públicas no siempre se hayan correspondido con ese mejor servicio a los intereses generales definido en la Constitución (un ejemplo de ello lo encontramos en el denominado por la Ley 27/2013 “sobredimensionamiento del sector local”).

Así, esta crisis ha tenido entre sus efectos el de abordar la referida perspectiva y las normas administrativas han centrado su atención en la configuración de ésta y otras potestades públicas. Y, progresivamente, en buena parte de las normas reformadas durante los últimos años se ha incorporado no sólo el recordatorio de las obligaciones derivadas de los principios ahora constitucionalizados sino también de ese principio económico presente en nuestra Carta magna desde su aprobación en el artículo 31.2 (el principio de eficiencia), que ahora ha tomado presencia propia y específica.

El principio de eficiencia es un principio de aplicación general en el ámbito privado y suele asociarse con el beneficio o lucro económico. Desde esa estricta acepción nos

podríamos plantear que si la finalidad fundamental del ámbito público es la satisfacción de los intereses generales (no el beneficio o lucro económico), entonces cuál es su papel en nuestra Constitución. La respuesta nos viene dada tanto por su ubicación en la Carta magna como por los argumentos dados para su incorporación.

En cuanto a su ubicación, se ha de recordar que se encuentra en el Título primero; y sobre los argumentos, conviene acudir a los expresados por su impulsor (el entonces senador profesor Fuentes Quintana), que fueron tan simples como certeros. En síntesis, se puede decir que se justificó porque para la efectividad de los derechos sociales y económicos reconocidos por nuestra Constitución habría de producirse un incremento considerable de la presencia de las Administraciones públicas en la vida de los ciudadanos y cabía la posibilidad de que con la mano de los gastos se desequilibrase lo construido con la mano de los ingresos. Después de todo, los unos (ingresos) se justifican en la presencia de los otros (gastos).

Como otras previsiones constitucionales, este principio ha de valorarse junto al resto de principios y valores presentes en nuestra Constitución y directamente relacionados con el de eficiencia, especialmente los principios de economía y de eficacia. El primero de ellos acompaña al de eficiencia en el artículo 31.2 y el segundo se encuentra entre los principios generales contemplados en el artículo 103.1.

Estos tres principios comparten la cualidad de ser mandatos dirigidos específicamente a las Administraciones públicas, si bien los de eficacia y economía completan y/o refuerzan al principio de eficiencia. Esta afirmación se basa en los fundamentos de cada uno de ellos. Por un lado, el principio de eficacia muestra la relación entre los objetivos marcados con cada actuación administrativa y el logro efectivo de los mismos. El principio de eficiencia aporta algo más, al correlacionar esos objetivos y su logro con el uso de los recursos necesarios para que su consecución sea real y efectiva (sólo los necesarios). De otro lado, el principio de eficacia expresa los resultados en términos absolutos y permite determinar el grado o nivel de cumplimiento alcanzado; mientras que el principio de eficiencia nos proporciona una medida relativa, al mostrar la forma en que se han alcanzado teniendo en cuenta los recursos (materiales, personales o financieros) empleados y necesarios para la consecución de fin pretendido. La reafirmación de los fundamentos del principio de eficiencia nos viene dada por el de economía, al incidir en la mejor combinación entre medios y fines, la cual debe ser la más idónea para satisfacer la necesidad concreta perseguida (la más óptima).

La consideración conjunta de estos principios nos lleva a defender que nuestra Constitución insiste y reitera que las Administraciones públicas han de tener en cuenta y valorar no sólo los fines pretendidos (principio de eficacia) sino también la forma de alcanzarlos: que sea la más óptima y no cualquier otra (principio de eficiencia y economía).

Esta perspectiva nos permite considerar que el principio de eficiencia incorpora a l de eficacia y se refuerza con el de economía. Cada uno de ellos se complementa y vienen a reafirmar el mandato de la combinación más idónea entre los recursos públicos que se vayan a destinar para atender la necesidad específica en cada caso (no en el se ntido de gasto mínimo, son dos ámbitos distintos). Así, nuestros constituyentes pretendieron reafirmar la importancia de un uso eficiente de los recursos públicos por parte de nuestras Administraciones públicas.

A este planteamiento se ha de añadir un principio más, el cual viene a modular las raíces privadas del principio de eficiencia y su generalizada acepción con el beneficio económico, en estrictos términos empresariales , y es el que nos permite construir el principio de sostenibilidad económica. Los fundamentos de nuestra teoría se encuentran en la distinción entre los fines públicos y los privados, que no tienen por qué ser coincidentes, pero sí están sometidos al principio de eficiencia. En consecuencia, debemos valorar cómo se aplican los fundament os de este principio en el ámbito público. En esa finalidad nos ayuda ese otro principio que, a pesar de no encontrarse expresamente incorporado a nuestra Constitución, pocas dudas caben de su funcionalidad y, progresivamente, ha pasado a formar parte de n uestro Ordenamiento jurídico: el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad viene a modular la estricta aplicación del principio de eficiencia en el ámbito privado, en términos de beneficio o rentabilidad económica, cuando se aborda su aplicación por parte de nuestras Administraciones públicas. Así, los rígidos argumentos privados relacionados con el principio de eficiencia deben verse y modularse con la proporcionalidad siempre exigible cuando se ejercen potestades públicas y tiene como resultado el principio de sostenibilidad económica.

A partir de estos razonamientos nos surgía la siguiente pregunta: ¿por qué las normas administrativas no han desarrollado el principio de eficiencia presente en nuestra Constitución desde su aprobación?

La pregunta se hace más pertinente cuando se ha convertido en habitual que nuestras Administraciones muestren y demuestren distintas versiones de las ineficiencias públicas, ya sea en forma de duplicidades, administraciones paralelas o incluso lo que podemos considerar su máxima expresión, cuando esas ineficiencias llegan al extremo de convertirse en ilícitos penales relacionados con el uso y abuso de los recursos públicos (más conocida como corrupción). Cada una de estas manifestaciones se encuentra en la órbita de la potestad organizatoria (con consecuencias como un elevado número de entes instrumentales creados o los contratos públicos celebrados). Y, especialmente, tienen origen en la discrecionalidad que ha caracterizado a la potestad organizatoria.

En el ejercicio de esta potestad, el legislador no había establecido condicionantes jurídico-económicos específicos ni un contenido concreto de la motivación siempre exigible para garantizar que en cada una de sus acciones organizatorias se mostrara el uso eficiente de los recursos públicos y destinados a la finalidad pretendida, que no abuso. En otras palabras que la forma de gestionar la actuación concernida fuese aquella que mejor sirviese de los intereses generales pretendidos con ella.

Para garantizar el efectivo cumplimiento de esta obligación, en los últimos años, el principio de sostenibilidad económica se va incorporando a las normas administrativas que regulan la potestad organizatoria. Buena muestra de la incorporación mencionada la encontramos en la mayoría de las normas administrativas reformadas en la última década que, de una u otra forma, incorporan el principio de eficiencia y tienen como efecto principal el de limitar la tradicional discrecionalidad administrativa en el ejercicio de las potestades en general y la organizatoria en particular.

Al estudio de este proceso de incorporación del principio de eficiencia a las normas administrativas que regulan la potestad organizatoria destinamos el presente trabajo de investigación, pero lo centraremos en una de las manifestaciones de esta potestad: la posibilidad de elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales que ahora debe ser la más eficiente y sostenible.

Este mandato de eficiencia y sostenibilidad fue incorporado explícita y expresamente a la Ley de Bases de Régimen Local mediante la reforma llevada a cabo en 2013 y conlleva que, desde ese momento, para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales se ha de acreditar si la forma de gestión directa o indirecta es la forma más eficiente y sostenible.

Al importante cambio que conllevó esta modificación se une no sólo el resto de normas aprobadas o reformadas con posterioridad, sino también la jurisprudencia desarrollada en un ámbito como éste en el que prevalecen los elementos técnicos -económicos y que deben formar parte de la motivación realizada para llevar a cabo esta elección. Y, en nuestra opinión, la teoría jurisprudencial actual sobre la discrecionalidad técnica se muestra con mayor o menor fuerza en las reformas normativas; de ahí que hayamos considerado oportuno desarrollar este trabajo desde la perspectiva conjunta de estos dos cambios (normativos y jurisprudenciales). Esta doble consideración nos permite concluir, en términos generales, que ha cambiado considerablemente la perspectiva discrecional de la Administración en el ejercicio de la potestad organizatoria.

En nuestro trabajo partimos de un planteamiento general de la potestad objeto de nuestro estudio y de la tradicional discrecionalidad con que ha sido conferida. Y se particulariza al abordar cómo se podía elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales. En este desarrollo abordamos el principal aspecto de nuestro interés: las normas reguladoras de esta potestad no establecían expediente administrativo concreto ni contemplaban procedimiento específico a seguir y, naturalmente, no se incorporaban principios económicos que condicionasen la elección de la forma de gestión. De ese estado de la cuestión, el principio de sostenibilidad económica no sólo ha pasado a formar parte de las normas reguladoras sino que ha variado la discrecionalidad característica de esta potestad.

Seguidamente haremos unas referencias generales sobre la génesis de los principios ahora constitucionalizados y definiremos el principio de sostenibilidad económica.

A renglón seguido nos adentramos en los cambios normativos mencionados en las principales normas básicas que regulan la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La fundamental será la norma básica local y su artículo 85.2, pero, como desarrollaremos, otras normas administrativas han seguido la línea normativa marcada por la Ley 27/2013 y, de esta forma, se ha puesto en valor la nueva redacción de este apartado, en particular mediante la norma básica que regula el sector público y, especialmente, la norma básica contractual (como la norma reguladora de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales).

Tras esta exposición nos adentraremos en la teoría jurisprudencial actual y relacionada con el control de las actuaciones administrativas discrecionales pero con una vertiente

técnica prevalente. En particular, dos de sus manifestaciones, los conceptos jurídicos indeterminados y la denominada discrecionalidad técnica.

Se trata de dos perspectivas que presentan algunas cualidades comunes y revisten particular interés para el tema central de la tesis (especialmente la depuración jurisprudencial y normativa iniciada sobre los denominados “aledaños” del juicio técnico que se ha de emitir en actuaciones administrativas como las aquí abordadas). En el marco de este trabajo de investigación nos va a interesar específicamente el juicio técnico dirigido a acreditar la mayor eficiencia y sostenibilidad de las formas de gestión de los servicios públicos locales, por así imponerlo la Ley 7/1985 y que debe emitir el órgano administrativo designado. Sobre los aledaños (motivación) comprobaremos la relación que se aprecia entre ellos y los elementos reglados que han pasado a formar parte de la decisión pública para la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales y su principal consecuencia: el cambio producido en esta potestad, tradicionalmente discrecional, cuando ahora se impone que la forma de gestión de los servicios públicos deba ser la más eficiente y sostenible en la norma básica local.

La estructura empleada se ha ajustado a un plan de trabajo establecido y del que han resultado seis capítulos:

El capítulo primero lo iniciamos con unas notas generales sobre la potestad objeto de nuestro estudio en las Administraciones locales y la discrecionalidad administrativa que la ha caracterizado. Para centrarnos especialmente en cómo se ha regulado la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. También se hará referencia a una problemática no prevista normativamente y que ha ido adquiriendo importancia con el paso de los años: los cambios en las formas de gestión de los servicios públicos y el papel del principio de sostenibilidad económica, también ante esta eventualidad. Aunque, el mantener la laxitud normativa en esta actuación ha generado no pocos problemas organizativos, aludimos a algunos de ellos.

El segundo capítulo está dedicado a la configuración jurídica de l principio de sostenibilidad económica. Pero, para enmarcar adecuadamente el desarrollo normativo mencionado se hará una breve alusión a los compromisos adquiridos para formar parte de los países europeos que comparten espacio económico y monetario y la reciente constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. En este capítulo se hace una valoración de esta circunstancia y se conecta con los otros principios de nuestro interés y que forman parte de nuestra Constitución



desde su aprobación; en particular, los principios de eficiencia, economía y eficacia. A partir de ellos y, junto al de proporcionalidad, se articula y configura el principio de sostenibilidad económica.

En el capítulo tercero nos centramos ya en el aspecto concreto de la potestad organizatoria de nuestro interés: la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales y los efectos que tiene en esta potestad administrativa la nueva redacción dada al primer inciso del artículo 85.2 de la norma básica local por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local que establece taxativamente: “ *Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación*”. En el desarrollo que realizamos se acudirá tanto a la jurisprudencia relacionada con este ámbito de actuación como a la regulación llevada a cabo de estos principios por parte de otras normas administrativas que regulan algunos aspectos relacionados con las formas de gestión de los servicios públicos locales, en el sentido dado por esta norma básica. En particular, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

El capítulo cuarto se centra en los elementos reglados que desarrollan el mandato mencionado (eficiencia y sostenibilidad) y los límites incorporados para ejercer dicha potestad. Ahora se regula un expediente administrativo concreto y que han de elaborar las Entidades locales para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales (con informes específicos y criterios de valoración expresamente incorporados a las normas básicas). En el análisis realizado ponemos de relieve cómo las renovadas normas básicas administrativas regulan con cierta densidad distintos aspectos que deben formar parte del expediente administrativo para emitir el juicio técnico exigido por la norma básica local: la mayor eficiencia y sostenibilidad de una u otra forma de gestión de los servicios públicos locales. También aludimos a la labor facilitadora que tiene el expediente administrativo exigido por el artículo 85.2 de la norma básica local para dar respuesta a otras obligaciones normativas incorporadas. En particular, las desarrolladas en la nueva Ley de Contratos del Sector Público y relacionadas con el riesgo operacional, en el supuesto de ser la gestión indirecta la más eficiente y sostenible.

El capítulo quinto se focaliza hacia la discrecionalidad administrativa, en particular dos de sus vertientes; aquellas que presentan la cualidad común de otorgar un cierto margen

de actuación a las Administraciones. Y que, sin embargo, han presentado particulares diferencias significativas cuando nos acercamos al alcance de control judicial ejercido sobre ellas: la doctrina sobre los conceptos jurídicos indeterminados y la doctrina sobre la discrecionalidad técnica. Ambas son de particular interés para nuestro tema de estudio, principalmente por el cambio de doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica llevado a cabo en los últimos años. Respecto a dicho cambio centraremos nuestra atención en la diferenciación realizada por la jurisprudencia entre los denominados “aledaños” y el núcleo material de la decisión técnica (juicio técnico). A partir de esta diferenciación, aludimos a la motivación en general, pero nos centraremos de forma particular en ella cuando se desarrollan actuaciones administrativas con marcado carácter técnico. Principalmente, porque la jurisprudencia ha establecido lo que podemos denominar como un “trípode jurídico” sobre el que se construye la bóveda de la motivación en actuaciones con importante componente técnico, en particular la económica, abordada en este trabajo.

El sexto y último capítulo se dirige a las prerrogativas contractuales de las Administraciones; especialmente las que permiten la modificación de los contratos y aquella otra que conlleva el cambio de una forma de gestión indirecta a una forma de gestión directa, esto es, la del rescate. Nuestro interés en esta acción se encuentra en dos elementos: el primero, porque con la aprobación de la Ley 9/2017 se han producido algunos cambios significativos relacionados con el principio aquí estudiado y, en consecuencia, también se ven afectadas las tradicionales prerrogativas contractuales cuando se gestiona un servicio público mediante gestión indirecta. El segundo, porque se ha de elegir la forma de gestión y esta elección (independientemente de su origen) está sometida al imperativo de la mayor eficiencia y sostenibilidad.

Como finalización de este último capítulo dedicaremos unas páginas a esa corriente conocida como “remunicipalización”. Como se sabe, en esencia, defiende la mayor eficiencia de la gestión directa de los servicios públicos frente a la indirecta. Dado que nuestra tesis se dirige precisamente a este principio y el efecto producido tras su incorporación a nuestras normas administrativas, en particular cuando se trata de la elección entre gestión directa e indirecta; entonces se puede afirmar que sus defensores encuentran en nuestro Ordenamiento jurídico la respuesta a sus argumentos. Así, para mantener tal defensa, los responsables públicos que se planteen esta opción,

sencillamente deben dar adecuada respuesta a los elementos reglados exigidos por las normas reguladoras y desarrollados en el trabajo que finalizamos.

Estos seis capítulos nos permiten elaborar unas conclusiones que, de una u otra forma, se van plasmando y adelantando a lo largo del trabajo desarrollado. Dichas conclusiones parten de la hipótesis que ha inspirado la elaboración de la presente tesis: determinar el papel de la sostenibilidad económica en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales y deducir las limitaciones que tal principio impone a la Administración local para adoptar esta decisión.

Si lleváramos a cabo un esfuerzo por sintetizar en unas pocas líneas la idea central diríamos que han debido transcurrir casi cuatro décadas desde la aprobación de nuestra Constitución, incorporarnos a la Unión Europea y pasar por la más larga y profunda crisis económica de los últimos tiempos para que el principio de sostenibilidad económica encuentre un primer desarrollo en las normas administrativas.

Con los cambios llevados a cabo en distintas normas administrativas se ha iniciado el camino en nuestro Ordenamiento jurídico para intentar acercarse y abordar las muy conocidas ineficiencias y desproporciones en las estructuras públicas; y en el particular caso de las Entidades locales, este camino se toma cuando la normativa impone taxativamente que éstas deben elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales que mejor sirva a los intereses generales, en términos económicos.

En esta tarea, el principio de sostenibilidad económica adquiere un papel fundamental y ha pasado a formar parte de nuestras normas administrativas. Con su incorporación, el principal efecto producido ha sido variar considerablemente la tradicional discrecionalidad administrativa en esta actuación, al configurarse mediante la conjunción de diferentes elementos reglados que vienen a garantizar su efectividad. Y, de esta forma, el principio de eficiencia se pone al servicio de los intereses generales pretendidos con el servicio público local a gestionar. De su mano, la indiferencia jurídica inherente en la discrecionalidad administrativa deja paso a la diferencia ahora exigida. Es decir, no es indiferente la insostenibilidad económica y afecta a la decisión de cómo gestionar los servicios públicos locales. Así, al menos desde la aprobación de la Ley 27/2013, las formas de gestión de los servicios públicos locales deben ser las más eficientes y sostenibles, y no cualquier otra.

La metodología utilizada se ha basado en un intenso análisis legal, jurisprudencial y doctrinal. La transversalidad del tema estudiado ha hecho que este análisis haya sido interdisciplinar, aunque intentando abordar los principales aspectos referidos al ámbito concreto en que se centra la investigación.

La presente tesis doctoral es fruto de un profundo estudio del Derecho positivo, de la doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas, dictámenes de los Consejos Consultivos y otros informes relevantes.

En cuanto a la doctrina, se han analizado distintos estudios en obras generales de Derecho administrativo y régimen local, monografías específicas y artículos relacionados con el transversal tema objeto de estudio. Se ha consultado una amplia bibliografía en cada uno de los aspectos que han sido tratados en un trabajo con visión amplia como éste.



## **CAPÍTULO I.**

# **LA DISCRECIONALIDAD DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA LOCAL Y SU MANIFESTACIÓN EN LA ELECCIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**



## **CAPÍTULO I. LA DISCRECIONALIDAD DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA LOCAL Y SU MANIFESTACIÓN EN LA ELECCIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**

### **1. La discrecionalidad de la potestad organizatoria en las Entidades locales.**

- 1.1. Finalidad de las potestades administrativas.
- 1.2. La cualidad discrecional de la potestad organizatoria.
- 1.3. Particularidades de la discrecionalidad organizatoria en el ámbito local.

### **2. La discrecionalidad administrativa en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.**

- 2.1. La elección de las formas de gestión en la norma básica local.
- 2.2. Las vías procedimentales para la elegir la formas de gestión de los servicios públicos locales.
- 2.3. Problemática relacionada con los cambios de las formas de gestión.

### **3. Efectos de la discrecionalidad organizatoria.**





## 1. La discrecionalidad de la potestad organizatoria en las Entidades locales.

### 1.1. Finalidad de las potestades administrativas.

Una nota definitoria de las Administraciones públicas es su condición de poder público: sujeto poderoso que ocupa una posición de superioridad y, además, se pone a su disposición una ingente cantidad de recursos legales y materiales diferentes a los de cualquier particular para satisfacer o lograr el interés general<sup>1</sup>. Como poder, tiene una enorme capacidad de intervención en los más diversos ámbitos. Ahora bien, el poder otorgado a las Administraciones públicas por el Ordenamiento jurídico tiene una finalidad específica y está condicionado, principalmente, por los distintos principios y valores constitucionales<sup>2</sup>. Esos principios y valores presiden las actuaciones públicas y tienen como prioridad concreta la de evitar que las potestades atribuidas se empleen en fines y/o de forma distinta a los justificativos para su atribución<sup>3</sup>. Por tanto, todas y cada

---

<sup>1</sup> Entre las obras de referencia al respecto, se encuentra GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Curso de Derecho administrativo I*, Aranzadi, Navarra, 2017. ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2017. En particular BLANQUER CRIADO, D., *Introducción al Derecho administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, págs. 96 y ss. cuando recuerda que “el marco general de actuación de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de condiciones jurídicas, políticas y económicas que confluyen en aquellas necesidades que se pretendan satisfacer, con una premisa de partida clara: garantizar los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente y con una finalidad específica: el servicio objetivo a los intereses generales. Las Administraciones públicas han de dar respuesta, desde esa posición de privilegio, en la que el ordenamiento jurídico las coloca y ejercer adecuadamente las potestades reconocidas. De hecho se ha afirmado que la espina dorsal de la supremacía de la Administración en la gestión de los medios y recursos públicos es el estatuto jurídico privilegiado que resulta de la atribución de potestades unilaterales de carácter exorbitante”.

<sup>2</sup> Esta idea fue expresada muy bien, por ejemplo, en la STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJº 3 al decir que “con la proclamación de nuestra Constitución, España se constituye en un Estado social y de derecho, y conllevó el incremento de la presencia de las Administraciones públicas en la vida social y económica de los ciudadanos, pues a ellas la propia Constitución les atribuye unos fines de transformación social. Las cuales habrán de incorporar y reflejar los valores constitucionales que han de asegurar la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de los intereses generales, a los cuales han de servir con objetividad, para lo cual debe garantizarse que las Administraciones Públicas sean capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente”.

<sup>3</sup> En este sentido, e incidiendo en la finalidad de las potestades públicas se ha afirmado que la primaria de las Administraciones tiene como derivada que el estatuto privilegiado de las Administraciones públicas no sólo esté caracterizado por una posición de prerrogativa. El mismo interés general que justifica unas veces la concesión de prerrogativas exorbitantes del Derecho común constriñe, otras, la voluntad de la Administración haciéndola menos libre que la de un particular, imponiéndole determinados cauces y limitaciones para la expresión de esta voluntad. La motivación que en el ámbito privado se convierte en algo indiferente constituye en el Derecho administrativo algo esencial, porque la Administración debe perseguir en todas sus actividades el interés general. Vid. FANLO LORAS, A., “Las prerrogativas

una de sus actuaciones administrativas se subordinan a lo previamente establecido por el Ordenamiento jurídico y a las garantías, explícitas o implícitas, condicionantes para ejercerlas.

Así, las leyes atribuyen a las Administraciones públicas potestades para la gestión de los intereses generales. Precisamente por su origen (la ley) y su finalidad (servir a los intereses generales) son irrenunciables; lo contrario equivaldría a reconocer que la Administración es libre para cumplir o incumplir lo ordenado por la ley o puede elegir libremente entre servir o no a los intereses generales. De este modo, toda actuación administrativa encuentra en el Ordenamiento jurídico el punto de partida obligado y la regulación desarrollada, en cada uno de los ámbitos de actuación, debe determinar la forma en que la Administración puede ejercer las acciones necesarias ante el concreto supuesto de hecho a abordar.

En consecuencia, el marco normativo vigente es el elemento indispensable para la validez de todas las acciones administrativas. El principio de legalidad exige que las actuaciones administrativas tengan siempre soporte en la ley, bien sea de un modo concreto, bien sea de un modo genérico. Y, la ley que otorga la potestad debe regular, con suficiente densidad, las cuestiones principales suscitadas por la materia objeto de regulación. De esta forma, las decisiones fundamentales se han de adoptar a partir de un marco regulatorio suficiente para garantizar la consecución de la finalidad pública perseguida, con pleno respeto a la ley y al Derecho<sup>4</sup>. Así lo establece expresamente nuestra Carta magna en su artículo 103.1 al determinar que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales (...), con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

---

locales”, en *Tratado de Derecho municipal 3º ed., Tomo I*, (Dir.) Muñoz Machado, Iustel, Madrid, 2011, págs. 847-902.

<sup>4</sup> En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Curso,...*, op. cit., págs. 487 y ss. En particular, al decir “la Administración está vinculada positivamente por el Derecho. El Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. Por tanto, el principio de legalidad de la Administración opera en la forma de una cobertura legal de toda actuación administrativa. Desde esta perspectiva, la legalidad atribuye potestades a la Administración, definiendo sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Pues, no hay en Derecho español ningún “espacio franco o libre de Ley en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos han de “someterse a Derecho”, han de ser “conformes” a Derecho. El Derecho no es para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio”.

En algunos casos, la Administración sólo puede actuar de aquella forma establecida por las normas, al configurar con exactitud lo que la Administración debe hacer ante el supuesto de hecho concreto. De esta forma, se está configurando una actuación reglada (toda su actividad administrativa está predeterminada por las normas jurídicas aplicables y no hay más que una decisión posible y lícita en Derecho). Por ejemplo, la liquidación de un tributo, la jubilación por edad de un funcionario, la emisión de un certificado o el otorgamiento de una autorización.

En otros supuestos, las normas no regulan con tanta precisión lo que la Administración debe hacer, sino que le atribuye la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras, en principio válidas, en función de unas circunstancias y valoraciones a realizar por la propia Administración, en cuyo caso, la norma está confiriendo un margen de actuación a las Administraciones. De esta forma nos encontramos en el ámbito de las actuaciones administrativas discrecionales.

El margen de actuación conferido por las normas a las Administraciones Públicas puede ser más o menos amplio y viene determinado por los elementos reglados previstos y las específicas exigencias establecidas por la norma reguladora de cada una de ellas<sup>5</sup>. En estos supuestos, la Administración se limita a completar el mandato normativo o encomendado (por ejemplo en la elección de la forma de gestión de un servicio público).

Al poder conferido de forma discrecional se responde definiendo y aplicando aquellos parámetros de referencia y criterios de valoración específicos según el caso concreto abordado y también mediante la elaboración de los informes necesarios para su adecuada aplicación. En este tipo de actuaciones toman protagonismo propio los principios y valores constitucionales que condicionan todas las actuaciones públicas. En este sentido, la jurisprudencia es contundente al decir<sup>6</sup>,

---

<sup>5</sup> Uno de los dogmas acuñados en torno a las potestades discrecionales es el relativo a la inexistencia de actos enteramente discrecionales. Al menos cuatro son los elementos reglados por la ley que deben existir en toda potestad discrecional: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla (que se referirá a un ente y a un órgano determinado) y el fin que necesariamente será público. Aunque pueden encontrarse algunos más. En este sentido, entre otros, MARTÍNEZ -VARES GARCÍA, S., "Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados", en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, (Dir.) Delgado Barrio, J., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 65-110.

<sup>6</sup> Entre otras se puede ver la STS 11844/1992, de 6 mayo, FJ 1º.

*“la actividad discrecional no puede ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes y aplicación de los principios que la norma jurídica de aplicación determine, que han de ser interpretados y valorados dentro de la racionalidad que exige el fin que aquella persigue”.*

Igualmente se debe señalar que, en cualquier ámbito de actuación administrativa, siempre ha de existir un fundamento legitimador de la decisión adoptada por las Administraciones públicas; ese fundamento podrá ser más o menos acertado, pero la actuación administrativa discrecional se ajustará, a todos y cada uno de los límites explícitos o implícitos inherentes al ejercer potestades discrecionales.

En consecuencia, la discrecionalidad administrativa sólo se refiere a la posibilidad de usar las opciones dadas por la normativa, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho o, tomando prestada una expresión clarificadora, “albarda sobre albarda”, que se impone a las Administraciones públicas y no tiene en modo alguno la idea de liberarla, sino de someterla<sup>7</sup>.

En estas actuaciones, además, debería elegir aquella opción que mejor satisfaga los intereses generales perseguidos con la actividad concreta, no otro es el mandato dado por nuestra Carta magna. En el tema objeto de nuestra atención (la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales) sería aquélla cuya contribución sea mayor a la finalidad pretendida con el servicio público a gestionar, también en términos económicos.

Al referirnos a las potestades administrativas discrecionales se ha de señalar lo obvio, pero no menos importante; esto es, parece del todo razonable que las normas no asuman el papel decisorio en cada uno de los supuestos a abordar y, precisamente por ello, posibilitar un margen de opciones a la Administración. Dicho de otro modo, la ley no puede agotar las posibilidades de la Administración en todos los ámbitos en que puede llevar a cabo su actividad porque, su misma finalidad (el servicio a los intereses generales), exige un cierto margen de actuación. Ese margen y los criterios de valoración concretos pueden variar en función de las circunstancias particulares de cada

---

<sup>7</sup> Como señala SORIANO GARCÍA, J. E., *El poder, la administración y los jueces (A propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Iustel, Madrid, 2012, pág. 170.

uno de los supuestos que se pueden presentar. Y, en función de ellas, la Administración deberá llevar a cabo todas las actuaciones administrativas necesarias para poder decantarse por alguna de las posibilidades dadas por la norma reguladora. Pero, como hemos apuntado y desarrollaremos, debería ser aquella, de entre las previstas normativamente, que mejor sirva a los intereses generales pretendidos con la acción concreta (por mandato de nuestra Carta Magna).

De este modo, las normas fijan un marco de actuación (más o menos general) en el que la Administración puede adoptar distintas decisiones y tener variadas concreciones. Lo característico de la discrecionalidad es que ofrece a la Administración una serie de alternativas y, siempre que no rebase el margen de actuación fijado por las normas y los principios y valores constitucionales, resultan plenamente aceptables y conformes con el principio de legalidad, la misma legalidad que permite las distintas opciones a valorar por la Administración<sup>8</sup>.

En síntesis podríamos decir que la necesidad de apreciar las circunstancias singulares de las distintas actuaciones administrativas alimenta la técnica del apoderamiento discrecional y, en base a ellas, la Administración podrá dictar actos no reglados íntegramente por el Derecho. De esta forma ha sido configurada la potestad organizatoria en general y la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales en particular.

A continuación exponemos unas ideas generales sobre la discrecionalidad de esta potestad. A renglón seguido nos centraremos en el ámbito específico que es objeto de nuestro interés, la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales y algunas de las problemáticas que han rodeado esta actuación.

---

<sup>8</sup> Vid. ESTEVE PARDO, J., *Lecciones,...*, op. cit., págs. 103 y ss. Uno de los ejemplos que expone es clarificador y se refiere a la normativa aplicable a la construcción de carreteras. Esta normativa fija el marco general para que pueda desarrollarse la actividad de la Administración, en punto sobre todo a las garantías y compensaciones de los particulares cuyos terrenos y propiedades pueden verse afectados y expropiados para la construcción de la carretera. Pero lo que no hace la norma, sería absurdo y del todo irracional, es fijar el concreto trazado de la carretera (entre otras cosas porque la misma legislación es aplicable a la construcción de un número indeterminado de ellas); esta decisión se deja en manos de la Administración de obras públicas que para ello dispone de personal capacitado para esa actuación.

## 1.2. La cualidad discrecional de la potestad organizatoria.

En el plano del Derecho, la facultad de las Administraciones públicas para diseñar y modelar su propia organización ha sido tradicionalmente configurada como una auténtica potestad administrativa. Es decir, como la atribución por el Ordenamiento jurídico a la Administración pública de un poder para crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas de terceros para el cumplimiento de un interés determinado. Todas esas notas que definen genéricamente a las potestades administrativas son plenamente aplicables a la potestad de autoorganización administrativa <sup>9</sup>. En esta potestad se ha de mencionar el sentido de la optimización al que hemos aludido y reflejado, como veremos, en el poder otorgado y dirigido a que las Administraciones puedan dotarse de la mejor estructura organizativa posible, la más óptima, para desarrollar la principal finalidad perseguida con cada una de las estructuras públicas creadas: servir de la mejor forma posible a los intereses generales implicados en la acción concreta.

Como el resto de potestades atribuidas a la Entidades locales, la de autoorganización, no es plena, sino que está delimitada por lo establecido en las distintas normas estatales y autonómicas que la desarrollan <sup>10</sup>. La potestad organizatoria ha sido atribuida tradicionalmente con importantes márgenes de actuación; con esa formulación el legislador pretendía posibilitar un espacio de actuación administrativa para dotarse de la mejor forma de organización posible. A esta perspectiva de la optimización en las estructuras públicas contribuyen considerablemente los fundamentos de los principios y valores constitucionales que vienen a condicionar la actuación de las Administraciones públicas (también los económicos). En consecuencia, la discrecionalidad caracterizadora de esta potestad tiene una finalidad específica y concreta: el poder

---

<sup>9</sup> Sobre el conjunto de facultades que la Administración ostenta para organizar su estructura se adentra MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y derecho público general, vol I, La formulación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 532 - 557.

<sup>10</sup> En la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJº 6º, se advierte que en el ejercicio de esta potestad ha de tenerse en cuenta el espacio normativo reservado para las Comunidades Autónomas y que primará sobre los Reglamentos orgánicos complementarios de los municipios, sin que, por otro lado, la potestad organizativa local pueda ser totalmente desconocida por las normas estatales o autonómicas. En este sentido también puede verse, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “El debate sobre la autonomía municipal”, *Revista de Administración Pública*, nº 147, septiembre-diciembre 1998, págs. 59-95.

contar con unas Administraciones estructuradas de aquella forma que mejor se sirviese a los intereses generales implicados en cada actuación administrativa<sup>11</sup>.

La discrecionalidad administrativa en el ámbito organizatorio se justifica, entre otras razones, por la presunción de racionalidad de la Administración en cada actividad administrativa y relacionada con los hechos, medios técnicos y multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en la decisión finalmente adoptada. Después de todo, la Administración se limita a completar el mandato legal dado, y para ello ha de guiarse por criterios de actuación específicos (explícitos o implícitos), derivados tanto de los principios que condicionan su entera actuación como de los fines pretendidos con la acción concreta. Por ejemplo, la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales puede presentar circunstancias específicas en función del servicio público local considerado<sup>12</sup>.

El amplio margen de actuación característico de esta potestad se ha traducido en una interpretación de cierta libertad de las Administraciones locales para ejercer la potestad organizatoria<sup>13</sup>. Y, por ejemplo, se ha afirmado que la “libertad de organización” o “libertad de funcionamiento” son las dos manifestaciones en que sustancialmente se resume la capacidad de organizarse<sup>14</sup>. La discrecionalidad de esta potestad también se ha justificado por la necesidad de dotar de cierta flexibilidad a la actividad

---

<sup>11</sup> Sobre esta idea ha profundizado PAREJO ALFONSO, L., “La potestad de autoorganización de la Administración local”, *Documentación administrativa*, nº 228, octubre -diciembre, 1991, págs. 13 -43. También en el trabajo del mismo autor “El Estado social administrativo: Algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, septiembre-diciembre, 2000, págs. 223 y ss.

<sup>12</sup> La STSJ de Cataluña 8807/2008, de 1 de julio, recuerda que corresponde en exclusiva a la Administración pública, en función siempre del interés general, el ejercicio de las potestades correspondientes para la mejor ordenación de los servicios públicos.

<sup>13</sup> Desde esta visión se ha afirmado que la Administración dispone de una libertad, mayor o menor, para elegir la solución que considere más apropiada de entre las varias posibles, libertad que es suya y sólo suya, pero, como esa libertad no es ni puede ser total supuesto que el poder que la otorga es un poder jurídico y su otorgamiento por la Ley se hace en consideración de intereses que no son propios del órgano competente para ejercitarlo, éste debe razonar por qué estima que tal solución y no otra distintas es la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena. Esta perspectiva es ampliamente tratada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994. También se ha llamado la atención sobre la relación entre la autonomía local y la potestad organizatoria al decir que aunque se produce bajo su responsabilidad, eso significa sólo que, dentro de los límites que definen su ámbito propio, la acción de los Entes locales es libre. Vid. PAREJO ALFONSO, L., “La autonomía local en la Constitución española”, en *Tratado de Derecho municipal 3ª ed., Tomo I*, (Dir.) Muñoz Machado, S., Iustel, Madrid, 2011, págs. 47-210.

<sup>14</sup> Este sentido es tratado por FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La potestad local de autoorganización: contenido y límites”, en *Tratado de Derecho municipal*, (Dir.) Muñoz Machado, S., Civitas, Madrid, 2003, págs. 1067 y ss.



administrativa, con la cual dar respuesta adecuada a los distintos intereses generales implicados en cada caso.

Es importante insistir en que toda decisión administrativa siempre va a tener efectos en los derechos y libertades de los ciudadanos . Al menos por esta elemental razón, en la decisión administrativa se han de valorar tales efectos mediante los informes o análisis técnicos necesarios; como en toda actuación discrecional , y ad optar aquella decisión cuya afección sea la menor posible (entre los derechos y libertades afectados también se encuentran los económicos).

Por tanto, la discrecionalidad presente en la potestad organizatoria es un caso típico de remisión legal: las norma s remiten parcialmente a la Administración la función de completar el cuadro regulatorio de esta potestad. Y, la Administración ha de realizar una motivación suficiente, caso por caso, mediante una aproximación a las circunstancias singulares y una concreción de cuál es la mejor organización puesta al servicio de los intereses generales perseguidos<sup>15</sup>.

Así, la tradicional discrecionalidad organizatoria se concreta siempre en un espacio de actuación completamente rodeado de normas y principios de ineludible aplicación y al ejercerla se han de tener en cuenta diversos elementos que la delimitan, a la vez que realzan el valor de esta potestad en la principal finalidad de las Administraciones.

Bien podemos decir que la atención hacia el Derecho de la organización administrativa ha aumentado con el paso del tiempo, especialmente porque se venía comprobando cómo el amplio margen de actuación atribuido por las normas administrativas al configurar esta potestad no ha garantizado unas estructuras públicas dirigidas al mejor servicio de los intereses generales. Sin embargo, no ha sido hasta que se ha revelado la manifiesta insostenibilidad de buena parte de las fórmulas organizativas adoptadas cuando se ha planteado la necesidad de regular con mayor precisión esta potestad y redirigir la tradicional laxitud normativa en este ámbito.

Hemos de admitir que a la situación mencionada se llega a pesar de los claros mandatos incorporados a nuestra Constitución, entre otros, en los artículos 9, 31.2 o 103. No obstante, durante muchos años las previsiones normativas en esta actuación administrativa fueron posibilistas, bien porque el legislador había dejado de regular de

---

<sup>15</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Curso,...*, op. cit., págs. 492 y ss.

manera minuciosa ciertos ámbitos, o bien, porque el propio legislador estaba convencido de la conveniencia de deferir a la Administración pública el establecer los parámetros fundamentales para que pudieran dotarse de aquella estructura organizativa a través de la cual mejor se sirviese a los intereses generales.

Desde la perspectiva de este trabajo de investigación, podemos decir que las normas reguladoras del ámbito organizatorio deben ser lo suficientemente flexibles para que cada Administración pueda servir objetivamente los intereses generales afectados por la acción administrativa; pero, esa flexibilidad no significa ejercer esta potestad, como cualquier otra, sin atender plenamente los límites jurídicos que la rodean (especialmente los derivados de los principios).

Esos límites existen y encuentran su punto de partida en nuestra Carta magna. Cuestión distinta ha sido que en las normas administrativas no se hayan reflejado los que traen origen en ciertos principios, entre ellos y en lo que aquí interesa, los específicamente derivados del principio de sostenibilidad económica. A nuestro modo de ver, es una de las causas por las que se ha convertido en habitual referirse a las ineficiencias públicas, también en la gestión de los servicios públicos (aludiremos a ellas).

La situación esbozada de forma tan general ha tenido un punto de inflexión en la última década (sobre todo tras la reforma del artículo 135 de la Constitución). Desde aquella reforma, progresivamente, el legislador va incorporando los principios económicos a las normas administrativas (también los financiero -presupuestarios). Y, su integración en estas normas, han afectado a la tradicional configuración de la potestad organizatoria, en particular y de forma específica en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales, como veremos, por ser eje central en este trabajo de investigación.

La realidad ha evidenciado, con la máxima contundencia, que contábamos y, en cierta forma sigue así, con unas estructuras locales insostenibles económicamente, o si se prefiere, ineficientes. Esta realidad ha tenido, entre otras consecuencias, que el legislador vaya delimitando de forma más precisa el marco general de actuación que rodea el ejercicio de las potestades públicas, en particular la que es centro de nuestra atención.

No obstante, antes de abordar las modificaciones normativas mencionadas, conviene referirse a algunas particularidades de esta potestad en el ámbito local.

### 1.3. Particularidades de la potestad organizatoria en el ámbito local.

La potestad reconocida a las Entidades locales, en nuestro Ordenamiento jurídico, para decidir y establecer su propia organización presenta cierta complejidad añadida respecto de la configuración general de las potestades públicas. En el intento de precisar el sentido y alcance del poder organizatorio interno de las Entidades locales y, para encuadrarlo adecuadamente, se ha de hacer referencia a las competencias regulatorias a nivel estatal y de las Comunidades Autónomas<sup>16</sup>. También se ha de decir que se trata de una potestad administrativa con indudable importancia aunque, como ya se ha apuntado, no ha recibido la atención normativa que le trasciende. La relevancia añadida de esta potestad radica en los efectos indirectos que tiene en la consecución de la misión encomendada a las Administraciones públicas: su servicio a los intereses generales.

Así, de la capacidad de organización atribuida a las Entidades locales por las normas reguladoras para diseñar su propia estructura administrativa también depende el mejor logro efectivo de los intereses locales implicados en cada actuación administrativa<sup>17</sup>.

Como en cualquier otro ámbito en que se despliegan los efectos de ejercer las potestades públicas se ha partir de la configuración realizada por nuestra Constitución de las Entidades locales. Desde esta perspectiva se puede afirmar que las potestades locales en general y ésta en particular han de verse el marco de la autonomía local reconocida constitucionalmente<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Especialmente en lo relacionado con el desarrollo normativo de la autonomía local reconocida por nuestra Constitución. Al respecto, la STS 5677/1988, de 18 de julio señala que la autonomía local, tal como se encuentra institucionalmente garantizada en los artículos 137 y 140 CE, exige la concreción de un ámbito de competencias propio de los Ayuntamientos, junto con un poder de autoorganización y el reconocimiento de una específica potestad normativa.

<sup>17</sup> En este sentido la jurisprudencia viene señalando que dentro del haz de potestades de las Corporaciones Locales se encuentra la de autoorganización, la cual permite a dichas Corporaciones crear los órganos que consideren adecuados para el mejor funcionamiento de los servicios y el cumplimiento de sus fines propios. STS 2527/1987, de 8 de abril.

<sup>18</sup> Sobre la autonomía local, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente y, en consecuencia, precisando su alcance. Entre las sentencias destacables se encuentran la STC 4/1981, de 2 de febrero; la STC 32/1981, de 28 de julio; la STC 84/1982, de 23 de diciembre; la STC 27/1987, de 27 de febrero; la STC 170/1989, de 19 de octubre. Un buen resumen de la doctrina desarrollada durante los primeros años de andadura de nuestra Carta Magna se encuentra en su Sentencia 170/1989, (fundamento jurídico 9). En esta sentencia se señala que la autonomía local, tal y como se reconoce en los artículos 137 y 140 CE goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar (STC 84/1982, de 23 de diciembre). Esa garantía institucional supone el derecho de la Comunidad Local

La autonomía local encuentra en el ámbito organizatorio una de sus manifestaciones , aunque en este ámbito presenta una trascendencia mayor que en otros. Especialmente porque la potestad organizatoria tiene como principal propósito el asegurar un buen funcionamiento de las distintas estructuras locales, dotándoles de una economía y lógica propias, cifradas en la capacidad de gestionar los correspondientes intereses locales implicados y bajo la propia responsabilidad de la Entidad local<sup>19</sup>.

Nos encontramos con una potestad, la de autoorganización, con la cual se hace referencia a amplios ámbitos de actuación y no se circunscribe únicamente a las cuestiones relativas a los órganos de gobierno y administración, sino que alcanza a la totalidad de la organización con la que se dote la Entidad local para su funcionamiento; especialmente por la capacidad de crear las estructuras mediante las cuales se pretenden alcanzar los fines encomendados. En la dotación realizada de tales estructuras se han de guiar, como en toda actuación administrativa, por los principios y valores constitucionales. En lo que aquí nos va a interesar, cuando se trata de crear la estructura organizativa necesaria para gestionar los servicios públicos locales y, en este particular ámbito, las formas de gestión configuradas normativamente son las que toman protagonismo propio.

Esta específica tipología de actuación administrativa presupone por sí misma la necesidad de contar con una organización, más o menos particularizada, y se personaliza en las potestades institucionales propias de todo poder administrativo. Para la gestión de los respectivos intereses locales implicados en el servicio público de que se trate nos encontramos con la necesidad de ejercer otras potestades públicas, principalmente, aquella que posibilita dictar normas con rango y valor de reglamento (mediante la cual se desarrollan las particularidades del servicio público concreto ); o,

---

a participar a través de órganos propios en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañan, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y los supralocales en el contexto de tales asuntos o materias. También son múltiples los trabajos realizados sobre la autonomía local, entre otros, GARCÍA MACHO, R., “La autonomía municipal y su protección en la Ley de Bases de Régimen Local”, *Revista de Administración Pública*, nº 109, enero - abril, 1986, págs. 413 -424. GARCÍA COCA, M. J., y OTROS, *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 1997. GARCÍA ROCA, F. J., “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 282, enero -abril, 2000, págs. 23 -70. MORELL OCAÑA, L., “La autonomía local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 13, septiembre-diciembre, 2006.

<sup>19</sup> Así resulta de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y resumida en la sentencia referenciada, la 170/1989, de 19 de octubre.

aquella que permite dictar resoluciones en supuestos concretos por así requerirlo los intereses generales a proteger con el servicio público considerado.

Con la potestad organizatoria se confiere a las Entidades locales el poder determinar y configurar la estructura de su administración y gestión, de acuerdo con el marco constitucional vigente<sup>20</sup>. Pero, en cada una de las actuaciones desarrolladas por las Entidades locales va a tener incidencia cómo se haya ejercido la potestad de autoorganización.

La autonomía local reconocida constitucionalmente encuentra su primer y principal desarrollo normativo en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así reconocido en el artículo segundo de esta norma<sup>21</sup>. Y, en relación con la atribución de potestades, se particulariza en su artículo 4.1, cuando expresamente se reconocen diferentes potestades a las Entidades locales, entre otras, la potestad de autoorganización, la reglamentaria o la de programación y planificación.

Como ya se ha dicho, las potestades públicas no son plenas, sino que han de moverse dentro de un amplio pero preciso marco constitucional y legal. En el ámbito local se han de enmarcar y desarrollar atendiendo a los principios básicos y específicos definidores de las Entidades locales y establecidos por la Constitución (artículos 140 y 141)<sup>22</sup>; pero,

---

<sup>20</sup> Como se ha señalado, las Constituciones se limitan a regular los principios que conforman el modelo de organización administrativa, a prever el régimen de creación de los órganos administrativos o de algunos de ellos y a establecer la reserva de ley para la regulación de ciertos órganos de la Administración. Y, la potestad organizatoria de las Administraciones públicas se constituye como la potestad administrativa que consiste en la capacidad de las Administraciones para estructurar su organización (manifestación estructural), y gestionar los medios al servicio de la misma (manifestación funcional) para el mejor cumplimiento de su principal función: servir a los intereses generales. En este sentido COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, Civitas, Navarra, 2017, págs. 158 y ss.

<sup>21</sup> Este artículo expresaba “1. Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”. Hasta la reciente reforma llevada a cabo mediante la Ley 27/2013.

<sup>22</sup> Artículo 140. La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto. Artículo 141. 1. La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica. 2. El gobierno y la administración autónoma de las provincias

como Administraciones públicas, están sometidas a los principios generales de actuación contemplados en nuestra Carta magna; aunque en este trabajo serán objeto de atención preferente los principios económicos que rigen y dirigen la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales. Tales principios, junto al resto de ellos, están dirigidos a proteger los derechos y libertades de los ciudadanos que pueden verse afectados por las actuaciones públicas y relacionadas con los servicios públicos locales gestionados.

De las distintas normas que configuran el ejercicio de las potestades públicas, en el ámbito local, hemos de ver las normas básicas como el referente principal<sup>23</sup>. A ellas se unen las desarrolladas por las Comunidades autónomas, reflejo del carácter bifronte de la autonomía local. Un ámbito, el local, como se encargó de recordar el Tribunal Constitucional en su sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, en el cual lo organizativo y lo competencial son componentes necesarios de la garantía institucional de los entes locales<sup>24</sup>.

Así, las Entidades locales, como Administración pública, son organizaciones cuya razón de ser es su fin institucional: servir con objetividad a los intereses generales; y, a tal finalidad, dotarse de la organización necesaria para alcanzarlo. En el marco de esta genérica misión nos encontramos con la potestad organizatoria, que tiene un valor

---

estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo. 3. Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia. 4. En los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos.

<sup>23</sup> Los Estatutos de Autonomía de segunda generación aprobados desde 2006 han introducido algunos cambios importantes con respecto a sus contenidos originarios. Uno de estos cambios se encuentra en el fenómeno de la interiorización del régimen local dentro de las normas estatutarias, que es una medida realmente compleja, y que ha merecido la atención de nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, se encuentra la STC 31/2010, de 28 de junio. El Alto tribunal ha admitido la constitucionalidad de este proceso, pero ha fijado las reglas o condiciones en que resulta jurídicamente admisible dicha interiorización: la principal es que las previsiones estatutarias deben respetar, en todo caso, “la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, por cuanto la expresión “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” engloba a las Administraciones Locales”. FJ 36).

<sup>24</sup> En el Fundamento Jurídico primero se expresa nítidamente “en el Derecho español, lo organizativo viene encuadrado por una serie de características que, en esencia, y en lo que al ámbito organizativo se refiere se pueden sintetizar en que: 1. La organización de la autonomía debe tener carácter democrático (artículos 140 y 141 de la Constitución, artículo 19.2 LBRL). 2. El gobierno local se produce “bajo la propia responsabilidad” (artículo 7.2 LBRL); característica íntimamente conectada con la anterior y también con el aspecto competencial de la garantía. 3. Técnicamente, los municipios, las provincias y las islas se articulan como Administraciones públicas de carácter territorial y corporativo, dotadas de las potestades inherentes a las Administraciones públicas (artículo 4.1 y 2 LBRL). 4. La potestad de autoorganización local está implícita en el mismo concepto de autonomía. La Ley Básica de 1985 (artículo art. 4.1.a) se ha limitado a reconocer tal realidad”.

instrumental y un propósito: ponerse al servicio de los fines pretendidos con el servicio público considerado, en lo que aquí interesa.

También, para alcanzar el fin institucional señalado en cada uno de los supuestos presentados, se han de tener en cuenta las normas y reglas de funcionamiento definidas por las propias Administraciones implicadas. Entre ellas se encuentran aquellas que habrán de regir las estructuras creadas para gestionar , de una u otra forma , el servicio público considerado.

Por tanto , la potestad organizatoria de las Administraciones locales se proyecta directamente sobre los distintos medios materiales, personales, financieros, etc. que sean necesarios para cumplir su fin institucional en general y los propios del servicio público a gestionar. En consecuencia , no nos encontramos ante una potestad con contenido específico u homogéneo, como otras; pues, su cualidad instrumental le confiere un carácter finalista y engloba bajo una sola denominación distintos poderes ejercidos por las Entidades locales con el objetivo de crear o modificar la estructura necesaria para alcanzar los fines pretendidos con el servicio público local.

El Ordenamiento jurídico, al reconocer a las Administraciones locales una autonomía para gestionar sus asuntos, también le atribuye unas potestades (un poder que, por principio, no le pertenece) por esa naturaleza mencionada y por el propósito definido por nuestra Carta magna. En puridad, debe enfatizarse, por tanto, que sólo es legítimo el ejercicio de aquellas potestades atribuidas por la ley cuando están dirigidas a la finalidad preestablecida por aquélla.

Centrándonos en la potestad organizatoria, como se ha defendido, puede decirse que este poder de autoorganización no procede estrictamente de la autonomía administrativa sino que se va a desarrollar en función de la voluntad del legislador, pero siempre respetando la autonomía reconocida constitucionalmente. Es la Ley, como manifestación expresa de la voluntad general, la que apodera a la Administración de esta facultad, por lo que el ejercicio de tal poder deberá estar enmarcado, en todo caso, en la consecución y garantía del interés perseguido por la Ley y en base al cual ha decidido éste<sup>25</sup>. En relación con el desarrollo normativo de esta potestad se ha de tener

---

<sup>25</sup> El listado de potestades reconocidas a las Entidades locales en el artículo 4 de la norma básica local tiene la virtualidad de hacer explícito el haz de potestades públicas que les corresponde por su condición de Poderes públicos. Reconocimiento que les habilita para ejercerlas con el alcance derivado de las concretas limitaciones que puede establecer el legislador sectorial, derivadas de la extensión material de sus competencias. Vid. FANLO LORAS A., "Las prerrogativas, ..., op. cit., págs. 847 -902.

en cuenta también la voluntad de la Entidad local (veremos algunas de sus manifestaciones y que no siempre se han ajustado al propósito de esta potestad).

Además, la potestad organizatoria se desarrolla en función de la atribución de competencias específicas que las leyes estatales o autonómicas hagan a las Administraciones locales, y suelen conllevar la realización de funciones públicas, prestación de servicios públicos, actividades de fomento, etc., para las cuales deben dotarse de una estructura que las hagan realidad (aunque pueden tener otro origen, como los habituales acuerdos, convenios, delegación de competencias, etc., entre Administraciones)<sup>26</sup>.

Las normas que desarrollan las materias de competencia local y las formas de organización interna adoptadas tienen incidencia real y efectiva en la consecución de la finalidad pretendida y, naturalmente, en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Entre otras razones porque se han de determinar aspectos como los órganos y autoridades competentes para cada actuación administrativa y su forma de funcionamiento. La observancia de los mandatos derivados de los principios y valores constitucionales en cada uno de los aspectos en que se concreten las funciones a desarrollar es fundamental para generar seguridad jurídica en quienes se relacionan con la Administración, o son destinatarios y usuarios de alguno de los servicios públicos locales prestados, en su caso. A tal seguridad, en nuestros días, se va incorporando esa otra vertiente no apreciada durante años: la seguridad en que la gestión realizada alcanza a la optimización en el uso de los recursos públicos. Dicho en otros términos, la seguridad se amplía a la vertiente económica de la gestión del servicio público. Y, como desarrollaremos, la tradicional forma de conferir esta potestad se ha visto alterada, en concreto por la incorporación de los principios económicos a las normas administrativas.

En el ámbito organizatorio podemos encontrar numerosas normas que, de una u otra forma, regulan esta potestad y cada una de ellas cumple funciones distintas. Por ejemplo, el posibilitar la creación, modificación o supresión de estructuras organizativas; la regulación de su naturaleza, características y composición interna de cada una de esas estructuras y la designación de sus titulares; la capacidad jurídica de la

---

<sup>26</sup> Por ejemplo, sobre el elenco de materias enumeradas en el artículo 25.2 de la norma básica local habrán de atribuirse competencias a los municipios y éstos desarrollar, en su caso, la correspondiente Ordenanza reguladora y también habrá de adaptarse su estructura organizativa a las competencias atribuidas. En consecuencia, también tendrán efectos internos (en su organización) y externos (los ciudadanos).



entidad creada, definiendo sus fines y distribuyendo las competencias y funciones entre ellas; las reglas de funcionamiento y sobre la formación de la voluntad de los órganos colegiados; etc.<sup>27</sup>. Pero, todas ellas cumplen una función principal: garantizar el mejor servicio a los intereses generales que están llamados a servir, sin excepción.

Desde la plena aplicación de esta primaria e ineludible misión se garantizan los derechos y libertades de los ciudadanos como destinatarios y usuarios, en muchos casos obligatorios, de las funciones públicas que desarrollan o los servicios públicos prestados, también los derechos y libertades económicas.

En el tema objeto de nuestra atención se ha de tener en cuenta y diferenciar distintas actuaciones que se ven implicadas, sobre todo las que anteceden a la de elegir la forma de gestión. Esa diferenciación trae origen en separar netamente el ejercicio de potestades discrecionales en base a los denominados “elementos de oportunidad” de la vertiente técnica en la elección de la forma de gestión<sup>28</sup>. La habitualidad y cierta confusión que se genera, en algunas ocasiones, al entrecruzarse ambos tipos de argumentos nos lleva a plantear esta problemática mediante un ejemplo. La pretensión es ilustrar la diferencia e importancia de deslindar las cuestiones relativas a los propios servicios públicos de las específicamente técnicas que prevalecen a la hora de plantearse la forma de gestión. Dicho de otro modo, esta última se caracteriza por su instrumentalidad (que no finalidad). A modo de ejemplo nos podemos plantear la posibilidad de que en un Ayuntamiento se detecte una necesidad de los vecinos y los responsables locales “deciden” prestar un servicio público local para atenderla. En ese

---

<sup>27</sup> Sobre las específicas formas de organización de las Entidades locales puede verse, SOSA WAGNER, F., “La gestión propia y el organismo autónomo como formas de prestación de los servicios públicos locales”, en *Actualidad y perspectivas del derecho público a finales del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla, vol 2*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, págs. 835 -843. Del mismo autor “Las sociedades mercantiles como forma de gestión de servicios públicos locales”, *Revista Gallega de Administración pública*, nº 4, 1993, págs. 41 -58. ALONSO HIGUERA, C., “Las formas contractuales para la gestión de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales*, nº 1 extra, 2007, págs. 177 -202. MERINO ESTRADA, V., “La elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales*, nº 1 extra, 2007, págs. 115 -124. MONTOYA MARTÍN, E., “Entidad pública empresarial como forma directa de gestión de los servicios públicos locales”, en *Teoría y práctica para la gestión de los servicios públicos locales*, (Coord. y Dir.) Carbonero Gallardo, El consultor de los ayuntamientos, Wolters-Kluwer, Madrid, 2010.

<sup>28</sup> Sobre los elementos de oportunidad se pronunció tempranamente nuestro Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en su Sentencia 84/1982, de 23 de diciembre, afirmaba sobre la viabilidad constitucional de que el legislador pueda “apoderar a la Administración para llevar a cabo actuaciones que, estando sujetas a un juicio de oportunidad, sólo pueden articularse mediante el empleo de conceptos que determinen claramente la naturaleza de la potestad y el fin con el que podrá ser utilizada, pero que dejen al órgano al que se otorga el suficiente margen de apreciación para resolver sobre el uso que de ella habrá de hacer en cada caso concreto”.

momento, en esa decisión es posible apreciar más o menos elementos de oportunidad (es una posibilidad real); sobre todo si tenemos en cuenta la velocidad con que se producen los acontecimientos en nuestros días y, por ello mismo, pueden surgir necesidades sobrevenidas y las Administraciones optan por la prestación de un servicio público para atenderlas.

Ante la circunstancia planteada, hemos de tener en cuenta (el Ayuntamiento debe valorarlo) el actual contexto europeo en el cual se han de desarrollar las actuaciones en general (públicas o privadas). Pero nos interesa más resaltar que, para hacer realidad los fines pretendidos con el servicio público, el Ayuntamiento se ha de enfrentar tanto a la regulación del servicio público local a implantar como a la forma en que se va a gestionar dicho servicio público<sup>29</sup>. En este último paso nos encontramos con un ámbito de actuación más concreto y específico, especialmente porque se trata de dotar al servicio público de aquella organización que lo haga realidad. En consecuencia, toman protagonismo los elementos con contenido técnico-jurídico (insistimos, a este ámbito no se trasladan, o no deberían, los elementos de oportunidad)<sup>30</sup>.

Diferenciar ambas actuaciones es importante por lo que después se dirá, tanto en lo relativo al control judicial de las potestades administrativas (y ésta en particular), como en lo que se refiere a los cambios normativos llevados a cabo. Especialmente porque, en mayor o menor medida, toda decisión administrativa discrecional en el ámbito organizatorio conlleva una vertiente técnico-jurídica que habrá de reflejarse en estudios e informes técnicos imprescindibles para dotarse de la estructura organizativa necesaria y, será aquélla (es el medio o instrumento) la que haga realidad la consecución de los

---

<sup>29</sup> En esta actuación se ha de recordar lo dispuesto por la actual norma básica administrativa (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Esta norma, desarrolla los principios de buena regulación (Título VI de la ley) y, entre ellos se encuentran tanto el principio de eficiencia como el de proporcionalidad, que han de ser valorados también en la regulación del servicio público. Y, lo que en nuestra opinión es más relevante, se obliga a la Administración a realizar evaluaciones de la regulación (tanto *ex ante* como *ex post*).

<sup>30</sup> Recientemente (el 25 de junio de 2018) ha visto la luz el informe del Tribunal de cuentas europeo titulado “*La red europea de trenes de alta velocidad. No una realidad sino un parche eficaz*”. Las conclusiones de este informe son contundentes en relación con lo que venimos exponiendo, por ejemplo, al decir que “la decisión de construir líneas de alta velocidad a menudo de basan en consideraciones políticas”. Y, por esa misma razón, insiste el informe referenciado que no se acude a “las herramientas necesarias en una gestión sostenible económica y financieramente”. Para este servicio público y, a nuestro modo de ver, en los servicios públicos en general (como veremos) dice el informe que “por lo general no se recurre a análisis coste-beneficio para sustentar una toma de decisiones rentable”. Dicho de otro modo, una cosa son las implicaciones de un servicio público (esencial) como el transporte ferroviario y otra bien distinta la forma de hacerlo realidad”. Nuestro país es buen ejemplo de los aspectos destacados de este informe, como se viene comprobando desde hace años.

finés del servicio público (con todas las implicaciones de esta categoría) de la forma más sostenible, en su más amplio sentido. Aunque en este trabajo nos va a interesar especialmente la vertiente económica de la sostenibilidad, no se deben olvidar otras vertientes (como la medioambiental o la financiera). Cada una de ellas debe valorarse, en mayor o menor medida.

Por tanto, aunque en la decisión de crear un servicio público puedan existir elementos de conveniencia y/o oportunidad, esos elementos se desvanecen cuando se plantea la necesidad de dotarse de alguna fórmula organizativa. En ese momento de la actuación entran en juego otros elementos (técnicos, jurídicos, económicos, financieros, etc.). Y, es preciso diferenciar claramente los unos de los otros, principalmente, a los efectos de control de las decisiones administrativas discrecionales. Pues, en la medida que la discrecionalidad conlleva atribuir una capacidad de decisión, se activa el temor de que pueda ejercitarse de forma injustificada o incluso arbitraria, ahora también insostenible económicamente (como veremos).

En suma, la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales es una de las manifestaciones de esta potestad, la cual ha sido atribuida discrecionalmente, como la potestad organizatoria en general (profundizaremos en este aspecto).

Para centrar el objeto de la investigación conviene acercarse a las previsiones normativas que han regido durante algunas décadas en la elección de formas de gestión de los servicios públicos locales y algunas problemáticas que han surgido.

## **2. La discrecionalidad administrativa en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.**

### **2.1. La elección de las formas de gestión en la norma básica local.**

La norma estatal de cabecera en el grupo normativo del régimen local es la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; complementada por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local; junto al Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización,

Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades locales; a los que se une la parte aún vigente del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955).

En cuanto al tema que nos ocupa, la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales, se ha de tener también en cuenta tanto la legislación estatal de contratación pública como la que rige para el sector público en general. Actualmente son la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Desde el año 2003 la Ley de Bases de Régimen Local remite al régimen jurídico establecido en ambas normas (especial importancia tiene la referida a la gestión indirecta de los servicios públicos locales). El panorama regulatorio se completa con las normas autonómicas y el propio desarrollo reglamentario realizado por las Entidades locales<sup>31</sup>.

Los Municipios ostentan plenas potestades para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios públicos de su competencia. Esta es una expresión bien conocida del artículo 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. La jurisprudencia, por su parte, se ha referido al poder de organización del servicio público por los Ayuntamientos como órganos administrativos titulares de tales servicios, según criterios de oportunidad y buena administración<sup>32</sup>. No obstante, como ya se ha adelantado, en la elección de las formas de gestión prevalecen los elementos y criterios técnicos y no tanto criterios de oportunidad, pero la laxitud normativa ha derivado en ampliar los elementos de oportunidad a la elección de las formas de gestión.

Así, en relación con los servicios públicos locales son dos las cuestiones imbricadas de nuestro interés y que, a nuestro modo de ver deben diferenciarse netamente: de un lado, la de constituir servicios públicos locales, es decir, establecerlos o implantarlos; y de

---

<sup>31</sup> Aunque el desarrollo autonómico se ha llevado a cabo con disparidad de fechas de aprobación en sus normas sobre el régimen local. Así, encontramos diferencias en las fechas de aprobación que van desde la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de Régimen local de Cataluña; Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia. Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra. la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia; la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León. (Vigente hasta el 16 de marzo de 2011); la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja; la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid; la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears; la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

<sup>32</sup> Por ejemplo, en la STS 6/1987, de 2 de enero.

otro, una vez constituidos, organizar su prestación efectiva o elegir la forma de gestión en cada caso.

En la primera, la problemática actual se plantea en torno a las implicaciones y evolución de los servicios públicos. Especialmente porque esta figura jurídica ha sido objeto de importantes cambios, en cuanto a su concepción, en las últimas décadas. Entre las principales causas de tal cambio se encuentra la liberalización llevada a cabo en importantes sectores de nuestra estructura económica, concebidos durante años en torno a la reserva al sector público de tales sectores (como las telecomunicaciones, de competencia estatal), pero también ha afectado a distintos servicios públicos que se habían reservado al ámbito local<sup>33</sup>.

Sin entrar aquí en los cambios llevados a cabo en las estructuras económicas de nuestro país ni en la reconfiguración de la tradicional figura de los servicios públicos, sí se ha de decir que buena parte de los cambios normativos llevados a cabo han tenido cierta incidencia en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos. No obstante, se mantiene la clásica diferenciación entre formas de gestión directa e indirecta<sup>34</sup>.

Las principales novedades normativas aportadas por las más recientes reformas en las normas que configuran esta potestad se dirigen especialmente a condicionar la tradicional discrecionalidad que la ha caracterizado; en particular por la expresa

---

<sup>33</sup> Hemos de precisar que la liberalización de distintos sectores económicos ha conllevado la supresión de la reserva y, de esa forma, buena parte de los tradicionales servicios públicos han pasado a formar parte de los denominados Servicios de Interés General y prestados mayoritariamente por el sector privado. Aunque la eliminación de la reserva no impide continuar prestando el servicio considerado por el sector público, simplemente se ha de hacer en competencia con el resto de operadores del mercado.

<sup>34</sup> Entre otros efectos se encuentra que bajo la vigencia de la legislación preconstitucional del Régimen local se distinguía, como en el Ordenamiento presente, entre la gestión directa de los servicios públicos locales y la indirecta, aunque a diferencia de lo que establece la normativa vigente, únicamente para la primera modalidad se autorizaba la creación de empresas privadas que adoptaran la forma de responsabilidad limitada o Sociedad Anónima. El Ordenamiento vigente constitucional, a diferencia del anterior, permite la utilización de la fórmula societaria tanto para la gestión directa como para la indirecta, con sujeción en ambos casos al derecho mercantil aunque con algunas modulaciones constitutivas considerables por la entidad local promotora, quedando sometidos los actos de gestión del servicio de que se trate en sus relaciones con los usuarios a la legislación estatal o autonómica que regula las materias correspondientes. La más importante diferencia entre las sociedades que puedan gestionar directa o indirectamente los servicios locales está en que en las primeras el capital social ha de pertenecer íntegramente a las Entidades locales mientras que en las segundas sólo parcialmente corresponderá a éstas, pudiendo participar como socios cualesquiera personas físicas y jurídicas, lo que favorece la adecuación en este caso de la sociedad que se crea al ámbito regional de su influencia, aún manteniéndose por supuesto el control del Ayuntamiento. Vid. MARTÍN MATEO, R., "Los servicios locales. Especial referencia a la prestación bajo fórmulas societarias", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 255-256, julio-diciembre, 1992, págs. 457-480.

incorporación de la vertiente económica y también la financiera. Pero, debemos situar la problemática que abordaremos en torno a la elección de la formas de gestión de los servicios públicos locales. Por tanto, daremos unas breves notas sobre la regulación vigente durante décadas en este aspecto de la potestad organizatoria.

El punto de referencia nos sitúa en el artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local que, hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, decía simplemente : los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas<sup>35</sup>:

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 la Ley de Contratos del Sector Público.

Este artículo (el 85) se cierra con un apartado tercero en el que se establece la tradicional limitación: “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”<sup>36</sup>.

La norma básica local fue objeto de una importante reforma mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local que modificó, entre otros, el mencionado artículo y estuvo dirigida, principalmente, a

---

<sup>35</sup> Un esquema que, en esencia, se repite en las normas autonómicas sobre régimen local. Aunque algunas, como en el caso de Andalucía, introduzca un esquema centrado en las Agencias. Por ejemplo, el apartado tercero del artículo 33 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía establece que la gestión propia o directa por la entidad local puede revestir las siguientes modalidades: a) Prestación por la propia entidad local. b) Agencia pública administrativa local. c) Agencia pública empresarial local. d) Agencia especial local. e) Sociedad mercantil local. f) Sociedad interlocal. g) Fundación pública local.

<sup>36</sup> Entre las obras de referencia que serían destacables y relacionadas con las formas de gestión de los servicios públicos se encuentran las de SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2004. Y la de BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales (Doctrina, jurisprudencia y Formularios)*, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Madrid, 2005.

regular la tipología de entes instrumentales (gestión directa de los servicios públicos locales). Desde entonces, se asemeja a la establecida en la derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público <sup>37</sup>). De otro lado, se llevó a cabo una remisión expresa a la Ley de Contratos para la gestión indirecta.

En aquella reforma (la de 2003) también se adicionaron dos preceptos: el artículo 85 bis, sobre determinadas peculiaridades del régimen jurídico de las entidades instrumentales que las Entidades locales pueden crear para la gestión directa de los servicios públicos y el artículo 85 ter, específicamente dirigido a las sociedades mercantiles locales <sup>38</sup>. Entre las posibles formas de la gestión directa se incluyó, como novedad, la entidad pública empresarial local, junto a las otras tres formas de gestión directa contempladas en su versión previa. Y, el régimen jurídico de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales quedó referido, parcialmente, a las previsiones realizadas por la norma estatal para este tipo de entes.

En lo que aquí interesa, la reforma llevada a cabo en 2003 en nada cambiaba la formulación tradicional mediante la cual se deja en manos de las Administraciones locales un margen de actuación considerable. Así, el principal problema a resolver por la Entidad local consiste en determinar si los servicios públicos locales los prestan ellas mismas (gestión directa) o bien optan por una prestación efectiva mediante la cual se

---

<sup>37</sup> Tras la derogación de la Ley 6/1997 habrá de entenderse que las remisiones hechas a ella se encuentran referidas a la Ley 40/2015, con todas sus consecuencias. Aunque subsiste la salvedad del artículo 85 bis “cuando les resultase de aplicación”.

<sup>38</sup> Básicamente fueron tres las novedades que incorporó la reforma de 2003: en primer lugar modificó la tipología de los entes instrumentales para la gestión directa de los servicios públicos locales y se asemejaron a la contenida en la LOFAGE; por otro lado, las formas indirectas de gestión en el ámbito local son las contempladas en la normativa sobre contratos de las Administraciones públicas. Finalmente se adicionaron varios preceptos (artículo 85 bis sobre determinadas peculiaridades del régimen jurídico de las entidades instrumentales que las entidades locales pueden crear para la gestión directa de los servicios públicos; artículo 85 ter sobre las sociedades mercantiles locales y la Disposición Adicional duodécima sobre reordenación de sociedades mercantiles); Finalmente, se contenían diversas previsiones transitorias respecto de las entidades públicas empresariales locales (DT 2ª) y de los organismos autónomos locales (DT 3ª). Sobre esta reforma puede verse, entre otros, DEL GUAYO CASTIELLA, I., “La gestión de servicios públicos locales”, *Revista de Administración Pública*, nº 165, septiembre-diciembre, 2004, págs. 87 y ss.

pone en manos de un tercero tal actuación, acudiendo a alguna de las fórmulas contractuales previstas en la Ley de Contratos públicos<sup>39</sup>.

Esa es, precisamente, la diferencia fundamental entre las formas de gestión previstas, y radica en la intervención de un tercero, formal y funcionalmente distinto de la propia entidad titular del servicio público local y del régimen aplicable. Si en la gestión efectiva no interviene un tercero distinto de la propia organización titular de la actividad nos encontraremos ante una modalidad de gestión directa y su régimen será el previsto en la norma básica local y/o normas autonómicas<sup>40</sup>. Por el contrario, si en la gestión interviene un tercero distinto de quien es el titular y responsable último del servicio público, estaremos ante una forma de gestión indirecta y será necesario la celebración de un contrato con ese tercero, ajustándose su régimen jurídico a lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, en las distintas formas de contratación previstas para la gestión de los servicios públicos.

Así, atendiendo a lo previsto en la norma básica local, en principio, el límite fundamental que encontraban las Entidades locales es el referido a la exclusión de la gestión indirecta y de la sociedad mercantil de capital social exclusivamente local de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad<sup>41</sup>. Por tanto, desde el punto de

---

<sup>39</sup> Fuera de estas previsiones, la Corporación podía optar por cualquiera de las formas previstas en el artículo 85. Aunque, como bien se ha planteado ¿Era posible utilizar alguna fórmula no prevista en el elenco de este precepto? Y la contestación ha sido afirmativa pese a la forma de su redacción (la gestión... “adoptará alguna de las siguientes formas...”); y ello se justifica precisamente en la potestad de autoorganización de las Corporaciones Locales, entre otras razones, se argumenta que “se trata de la más significada señal de identidad de su autonomía local”. Esta postura ha sido defendida por SOSA WAGNER, F., “La organización de los servicios económicos”, *Documentación administrativa*, nº 228, septiembre-diciembre, 1991, págs. 187-216.

<sup>40</sup> Para la gestión directa, las Administraciones locales pueden utilizar formas jurídico-públicas o jurídico-privadas, si bien en caso de actividad empresarial la Administración normalmente recurre a las formas jurídico-privadas, aunque también se admiten las jurídico-públicas, independientemente de su concurrencia o no con el sector privado. Vid. ORTEGA BERNARDO, J., “Competencias, Servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, *Revista de Administración Pública*, nº 169, enero-abril, 2006, págs. 55-98.

<sup>41</sup> Esta limitación se reitera tanto en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (artículo 284.1.) como en el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 9.2. En este último se especifica que “en todo caso, el ejercicio de las funciones que implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca”.

También se han de tener en cuenta ciertas concreciones realizadas en algunas sentencias y relacionadas con las formas de gestión de los servicios públicos. Por ejemplo, en la STSJ de Andalucía 5538/2016, de 10 de marzo, en su FJ 6º y ante las previsiones relacionadas con ciertas funciones que implican el ejercicio de autoridad y atribuidas al personal laboral de una empresa municipal que gestiona un servicio público local ha realizado la siguiente aclaración: “Hay que decir que en nuestra Sentencia de 23 de mayo



vista de las fórmulas organizativas, como regla general, no han existido diferencias normativas para cualquiera de los supuestos previstos e, independientemente del servicio público local concreto, se podían optar por una forma de gestión directa o bien indirecta.

La nota a destacar en una u otra forma de gestión de los servicios públicos locales se encuentra en que ambas son modalidades de organización previstas por el Ordenamiento jurídico para la gestión del servicio público considerado. Ambas formas de gestión y el régimen jurídico dado por las normas ofrece a las Entidades Locales un cauce legal para la realización de una actividad prestacional asumida formalmente.

Pero, la creación de entes con personalidad jurídica propia o la celebración de un contrato lo es a los exclusivos efectos auxiliares o instrumentales para atender los fines pretendidos con el servicio público local<sup>42</sup>.

---

de 2008 efectivamente se decía que "no se trata el presente de dilucidar si las funciones que son atribuidas al personal de Lipasam pudieren implicar el ejercicio de autoridad, que como tal aparece expresamente reservado a los funcionarios públicos, a tenor del apartado segundo del artículo 92 de la Ley 7/1985, pues lo cierto es que ahora ya se les atribuye la condición de agentes de la autoridad en el desempeño de sus funciones inspectoras, con las consecuencias ligadas a tal carácter -así, la propia presunción de certeza de los hechos que recojan en las actas o documentos que levanten, y ello constituye una vulneración de la limitación funcional impuesta en el mentado precepto, lo que debe llevar a considerar efectivamente infringido el precepto legal indicado y debe conducir a la necesaria estimación del recurso...". Con este antecedente se discutía es si las funciones atribuidas al personal de Lipasam por el art. 113.1 de la Ordenanza pudieren implicar el ejercicio de autoridad. En concreto las de informar, requerir información, comprobar documentaciones o requerir el auxilio de la fuerza pública. Sobre ellas se expresa que son actuaciones que no suponen el ejercicio de potestades administrativas. De otro lado se encuentra la posibilidad de denunciar incumplimientos y el hecho de que los inspectores de Lipasam sean personal laboral y por tanto, no tengan la condición de agentes de la autoridad. Al respecto se dice que no viola la nulidad al precepto, pues como cualquier ciudadano, el inspector puede formular una denuncia, sin presunción de veracidad en los términos del artículo 137.3 de la ley 30/92, pero con valor de prueba testifical. Quedaba por resolver si "establecer medidas preventivas de posibles incumplimientos", o "acceder previa identificación, y sin notificación previa, a las instalaciones o ámbitos sujetos a inspección", constituyen actuaciones que deben ser realizadas por funcionarios públicos al implicar el ejercicio de potestades administrativas. Respecto del primer particular, es decir, "establecer medidas preventivas de posibles incumplimientos", nos hallamos ante una expresión ciertamente genérica pero no nos parece que infringe lo dispuesto en el art. 92 de la LRRL pues no conlleva ejercicio de autoridad por cuanto no se trata de medidas adoptadas en el ejercicio de potestades sancionadoras sino al margen del procedimiento sancionador, con naturaleza preventiva. Por el contrario, en el caso del acceso, aunque sea identificado, a instalaciones o ámbitos sujetos a inspección, nuestro parecer es contrario, pues nos resulta de difícil comprensión ejercitar este tipo de actuaciones sin que implique ejercicio de autoridad pues el acceso constituye el punto de partida de la actuación que precederá a la emisión de órdenes y requerimientos a los titulares de las instalaciones sometidas a inspección.

<sup>42</sup> Para el supuesto de que la opción tomada sea la creación de ente instrumental, se han destacado distintos efectos; entre otros, el de producirse una manipulación jurídica del aparato organizativo de la administración matriz, al crearse una nueva entidad dotada de personalidad jurídica independiente, lo cual a través de dicha variación organizativa supone en términos de eficacia la exigencia de una descentralización con el consiguiente desdoblamiento, separación a los efectos de toma de decisiones y de responsabilidad de gestión inmediata. En este sentido, GARCÍA RUBIO, F., *La organización*

La Entidad local, respecto del servicio público local considerado, no se desvincula de él, en función de la forma de gestión; simplemente, hace uso de la potestad que le permite determinar una forma de organización, de entre las previstas por la normativa en el marco de la discrecionalidad caracterizadora de esta potestad. Ya sea mediante gestión directa o indirecta, la finalidad es la misma (la adecuada prestación del servicio). La diferencia surge tanto en la normativa aplicable como en la naturaleza de las relaciones entre la Administración y el gestor efectivo de la actividad considerada.

Otra característica destacable del servicio público local, común a todas las formas de gestión, es que la titularidad del servicio siempre corresponde a una Entidad Local; la cual en nada se ve alterada, con independencia de la forma de gestión adoptada. En los servicios públicos locales, la Entidad local, mediante acuerdo formalmente adoptado por su órgano plenario, asume como propia la actividad y se implanta el servicio público local. Una vez regulado el régimen jurídico del servicio público local se ha de proceder a la elección de la forma de gestión, aunque no siempre se separan estas acciones, pudiendo articularse en un procedimiento conjunto y adoptarse la decisión en la misma sesión. Sin embargo, en la realidad suelen plantearse supuestos no previstos por las normas. En el caso de la elección de la forma de gestión se han debido abordar distintas problemáticas de interés para este trabajo, como los cambios en las formas de gestión (como decimos no previsto expresamente en las normas reguladoras).

Lo relevante, en lo que aquí interesa, es que nos encontramos ante uno de esos ámbitos de actuación administrativa en los que la norma básica de referencia, la Ley de Bases de Régimen Local, tradicionalmente, no sólo no ha vinculado los servicios públicos locales a una forma de gestión determinada<sup>43</sup>, sino que, ni en ella ni en otras normas administrativas habían incorporado unos criterios jurídicos-técnicos (especialmente en el ámbito económico) que debieran respetarse o guiar el ejercicio de esa potestad. No obstante, se ha de tener presente el límite, más o menos explícito en las normas administrativas y derivado de los principios generales de actuación de las Administraciones públicas. En particular, aquellos principios dirigidos a garantizar la mejor consecución de la finalidad pretendida con el servicio público.

---

*administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley, Madrid, 2011.

<sup>43</sup> En este sentido, VILLAR ROJAS, F. J., “Los “servicios esenciales” reservados a las entidades locales” en *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1991, págs. 179-196.

Como ya se ha mencionado, son distintas las problemáticas planteadas . Entre ellas se encuentra el procedimiento para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales, más concretamente cuando se pretende llevar a cabo un cambio en la forma de gestión. Este es uno de esos supuestos no previstos por las normas administrativas.

## **2.2. Las vías procedimentales para la determinación de las formas de gestión.**

Hemos hecho referencia a que las Entidades locales, para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales y la articulación específica de la misma, se enfrentan a una decisión organizativa (una potestad) configurada mediante un amplio margen de apreciación por parte de ellas. No obstante, como otras decisiones administrativas, siempre ha estado condicionada tal decisión por los requisitos formales previstos y por la necesidad de motivación suficiente en el ejercicio de las potestades en general y las discrecionales en particular. En esta actuación administrativa, esa motivación debía consistir en acreditar y justificar no sólo el interés general ineludible en cualquier acción administrativa sino también que la forma de gestión adoptada daba respuesta a las diversas exigencias, implícitas o explícitas, derivadas de los diferentes mandatos y principios condicionantes de las actuaciones públicas.

Las normas de referencia en esta actuación administrativa no habían regulado diversos aspectos relevantes, como se ha mencionado<sup>44</sup>. Así, tanto a la hora de elegir la forma de gestión de un servicio público *ex novo* como ante el posible cambio en la forma de gestión de alguno de los servicios públicos locales ya implantados, las normas de referencia simplemente no contemplan esta situación. Por el contrario, en la elección de

---

<sup>44</sup> El legislador autonómico, en esta cuestión, hizo seguimiento del estatal. Así, podemos encontrar una redacción prácticamente literal en distintas normas autonómicas: “Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”. De esta forma se expresan, por ejemplo, el artículo 295.2 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia. El artículo 206.1 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón. El artículo 207.1 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja. El artículo 100.1 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid. El artículo 158 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears. Otras Comunidades autónomas, simplemente, no contemplaban desarrollar este aspecto; como la de Murcia o Castilla y León.

la forma de gestión (directa o indirecta), las normas han remitido a la apreciación de la Administración los elementos técnicos, económicos, etc., en esta decisión.

En el ámbito de los servicios públicos locales, junto a la previsión vista del artículo 85.2, se ha de hacer mención al artículo 86.2 de la misma norma básica<sup>45</sup>. En este último artículo se habilita a las Entidades locales para desarrollar la iniciativa pública económica y puede ser declarada servicio público o no<sup>46</sup>. Al regular la tramitación del expediente para la implantación de la actividad considerada se alude a la forma de gestión y se hace con una escueta referencia al decir, “*la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio*”. Así, la Entidad local no encontraba en estos artículos de referencia criterio o principio que guiase o condicionase la elección de la forma de gestión.

Naturalmente, la forma de gestión es una decisión unida necesariamente al ejercicio de toda actividad local (ya se trate de servicio público u otra actividad desarrollada por las Entidades locales). No obstante, la forma de gestión también está al servicio objetivo de esos intereses generales pretendidos con el servicio público<sup>47</sup>. Por tanto, aunque se

---

<sup>45</sup> Tengamos en cuenta la previsión contenida en el primer apartado de este artículo (86.1): “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 artículo 128.2 de la Constitución”. Y la redacción completa del segundo apartado es: “Cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”. El artículo 86 también ha sido reformado por la Ley 27/2013. La nueva redacción del 86.1 dada por la Ley 27/2013 se dirige a concretar el contenido mínimo del tradicional expediente. En concreto ahora dice “Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

<sup>46</sup> En esta habilitación también se refleja la discrecionalidad con que había sido conferida. Por tanto, se ha dicho que debe reconocerse el amplio margen de discrecionalidad de las Entidades locales tienen para acordar la iniciativa económica. Y se justifica como “consecuencia de poner en conexión la iniciativa económica con el contenido mismo de la autonomía local. Esta postura es defendida por GONZALEZ - VARAS IBÁÑEZ, S., “Nuevas perspectivas jurídicas respecto de la actuación económica de los poderes públicos (Con referencia especial a la actividad local)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 261, enero-marzo, 1994, págs. 95 y ss.

<sup>47</sup> En este sentido la jurisprudencia ha ido perfilando algunas cuestiones elementales. Entre ellas se encuentra la STS 381 3/1987, de 1 de junio, en la que se reseña de forma reiterada las obligaciones que conllevan la aplicación de los principios que presiden la actuación de las Administraciones locales; su expresa aplicación y motivación; y por tanto que ha de elegir la forma de gestión que más conviene al interés general. Pero, quizás fue la Sentencias del Tribunal Supremo 5279/1989, de 10 de octubre, la que ha tenido mayor trascendencia y relevancia. Esta sentencia tuvo por objeto la legalidad del Acuerdo

aluda en el mismo artículo a ambas cuestiones, se ha de reconocer que la forma de gestión simplemente se menciona como un aspecto imprescindible en la actuación regulada en este artículo. Realmente, en el artículo 86.2 no parece necesaria mayor acotación que la mencionada (después de todo, su finalidad no es la forma de gestión de la actividad a desarrollar, sino que se dirige a ese estadio previo: la propia actividad). Este es el sentido dado por el legislador básico en la última reforma llevada a cabo mediante la Ley 27/2013. Sobre los cambios normativos relacionados con la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales nos remitimos a los capítulos posteriores. En este momento, nuestro interés se dirige a poner de relieve que ante una decisión administrativa (como la de elegir la forma de gestión) no sólo se había configurado como una potestad discrecional sino que además nos encontramos con una posibilidad no prevista específicamente por las normas locales (el cambio en la forma de gestión). Lo cual ha generado no pocas dificultades y, a alguna de ellas dirigimos nuestra atención, entre otras razones para comprobar si tiene alguna relación con esa idea generalizada de ineficiencia en la gestión de los servicios públicos.

Lo que ahora interesa resaltar es la ausencia de regla o procedimiento específico, en las normas básicas locales o autonómicas, a seguir y respetar por las Entidades locales para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales y también en su posibilidad de cambio.

De este modo, ante esa eventualidad (el cambio en la forma de gestión de un servicio público local) cabe preguntarse si estamos ante un supuesto en el que le es de aplicación el procedimiento previsto para implantar el servicio público local gestionado. Después de todo, no es menos trascendente ni menor la forma de gestión, al tratarse del medio

---

Municipal de constitución de una sociedad privada municipal por el Ayuntamiento de Barcelona, en la que concurrieron el análisis de varios asuntos del mayor interés en relación a la creación de empresas públicas. Por una parte, la propia conceptualización de la iniciativa pública empresarial y, por otra, la doctrina según la cual los Tribunales pueden entrar a controlar la actuación administrativa discrecional desplegada para la creación de empresas públicas. Y, finalmente, la aplicación a la actividad de las empresas públicas de la limitación que suponen las prescripciones del Tratado de la Unión. Sobre estos aspectos, se puede ver LINDE PANIAGUA, E., “Contencioso-administrativo”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 5, 1993/1994, págs. 289-297. En este trabajo analiza el supuesto de la creación de empresas públicas, el control de discrecionalidad y también se relaciona con el Derecho comunitario. En particular, la libertad de empresa pública, el modelo de economía mixta definido por nuestra Constitución; el interés público como fin y límite en la creación de empresas públicas; la actividad de la empresa pública; la libre competencia como límite derivado del Tratado de Roma; los intereses generales y el sector público empresarial español. También es de interés MALARET GARCÍA, E., “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 291, enero-abril, 2003, págs. 567-608.

para garantizar la efectividad de los fines pretendidos por el servicio público. Y, dado que es en dicha actuación donde se alude a la forma de gestión , entonces se ha presentado como una de las vías procedimentales planteadas ante cambios en la forma de gestión.

Para conocer el procedimiento referenciado hemos de acudir al Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en Materia de Régimen Local (artículo 97). Como se ha dicho, se trata de previsiones normativas dirigidas a desarrollar un procedimiento para ejercer la iniciativa pública económica por parte de las Entidades locales ( desarrolla la habilitación conferida en el artículo 86 de la norma básica local)<sup>48</sup>. Pero, no forma parte de nuestro trabajo abordar la problemática relacionada con la iniciativa pública económica de las Entidades locales , sino exclusivamente ver si éste puede ser el procedimiento a seguir para cambiar la forma de gestión.

En este sentido, se ha de mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo 5279/1989, de 10 de octubre (caso “Iniciativas de Cataluña”), sobradamente conocida y citada. El referente jurisprudencial aportado por esta sentencia, en lo que a la elección de las formas de gestión se refiere, se encuentra en la exigencia que tienen las Administraciones de acreditar, en cualquier actuación, como señala la sentencia *“el interés público que en cada caso necesariamente ha de concurrir”* (por exigencia del artículo 103.1 de la Constitución) y, se recuerda que ello es así *“ tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales ”*. En consecuencia , alcanza también a las formas de gestión de los servicios públicos; pues, éstas no son ajenas al interés general perseguido con el servicio público o actividad a desarrollar, ya que

---

<sup>48</sup> La habilitación para desarrollar la iniciativa pública económica deviene del artículo 128.2 de la Constitución. Este apartado del artículo 128 contempla “2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. El expreso reconocimiento constitucional de esta habilitación ha llevado a la jurisprudencia a afirmar que nuestra Constitución proclama la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional (STS 5279/1989, de 10 de octubre). También conlleva que las Entidades locales pueden crear empresas privadas para el desarrollo de la actividad económica, como dice la sentencia “no resulta acertada la tesis en la que insiste el apelante, de la supuesta ilegalidad de que el Ayuntamiento, con capital público, haya constituido una empresa privada para ejercer actividades económicas empresariales”.

siempre está presente en cada actuación administrativa. Además de tener la cualidad de la discrecionalidad y las exigencias derivadas de ella.

De otro lado, se recordaba en la sentencia mencionada que, por requerimiento del artículo 31.2 de nuestra Carta magna, se exige acreditar tanto una asignación equitativa de los recursos públicos como que su programación y ejecución responda a los principios de eficiencia y economía, en el caso enjuiciado se insiste: *“no es compatible con actuaciones empresariales carentes de justificación”*.

Esta doctrina ha sido reiterada en múltiples ocasiones, entre otras, en la STS 1590/2002, de 1 de febrero y referida al caso de la *“creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil”*. Esta decisión es perfectamente posible siempre que la actuación de la Entidad local se ajuste a lo previsto normativamente. La cuestión de fondo planteada son los procedimientos administrativos y las garantías dadas por ellos en toda potestad discrecional. En este sentido, la sentencia referenciada es contundente al decir que no *“puede aceptarse el razonamiento conforme al cual la creación de empresas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales estaría exenta de la necesidad de un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida”*<sup>49</sup>.

Es decir, las Entidades locales siempre han de motivar cada una de sus actuaciones. En particular, aquellas derivadas de una potestad discrecional. En este caso, la elaboración del expediente se justifica, al menos, para acreditar el interés general pretendido con la actividad a desarrollar, sea declarada como servicio público o no. Aunque, a nuestro modo de ver y ahora también de la norma básica local, también se ha de acreditar la vertiente económica y sus beneficios para el servicio público gestionado. Así es, finalmente se desarrolla normativamente en este ámbito la obligación general de motivación, en el ejercicio de actuaciones discrecionales como es la elección de la forma de gestión, como desarrollaremos.

Pero, antes de adentrarnos en la nueva regulación, veamos qué exige el mencionado artículo 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986. En síntesis establece el

---

<sup>49</sup> El sentido de justificar las actuaciones locales, independientemente del ámbito y alcance que tengan, deviene también de cumplir el mandato general e ineludible para cualquier Administración pública de motivar cualquier ejercicio de potestades discrecionales. En este sentido, puede verse, ARANA GARCÍA E., “El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 291, enero-abril, 2003, págs. 77-86.

procedimiento a seguir por las Entidades locales para los supuestos de ejercer la iniciativa pública económica, como se ha indicado. En concreto expresa:

*a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma 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.*

De estas previsiones podemos colegir que la Entidad local designará a los miembros de una Comisión especial para redactar la memoria prevista. En dicha memoria se desarrollará todo aquello que esté relacionado con aspectos sociales, jurídicos, técnicos y financieros (aunque nada impide a la Entidad local encargarse de la valoración de otros aspectos que puedan considerarse de especial interés para el supuesto planteado; de hecho, parece aconsejable que los técnicos designados entren a valorar aquellos aspectos relevantes para la concreta actuación que conlleven la mejora en la prestación del servicio planteado).

En relación con la forma de gestión, en la línea de la norma básica, tan solo se hace referencia a la propuesta de la forma de gestión, sin más consideración. Dicho de otro modo, el instrumento para hacer efectivo el fin perseguido con la actividad a desarrollar no es centro de atención en esta regulación, cuestión por otro lado nada reprochable (como ya se ha dicho). La forma de gestión puede ser uno de esos otros aspectos mencionados.

La problemática, como hemos mencionado, se plantea cuando se utiliza esta previsión normativa para llevar a cabo el cambio en la forma de gestión de un servicio público.



Entonces cabe preguntarse si son relevantes los aspectos regulados en este artículo para elegir la forma de gestión. En nuestra opinión, lo fundamental es la finalidad pretendida con la actuación administrativa. Si se trata de cambiar una forma de gestión, no encontramos argumento para excluir a esta actuación del mandato general: servir a los intereses generales; y, sobre todo, expresar los motivos por los cuales se sirve mejor a los intereses generales con el cambio en la forma de gestión y es muy posible que los aspectos previstos expresamente deban ser valorados, pero no sólo ellos.

Como defendemos en este trabajo y des arrollaremos, la vertiente económica es relevante en la forma de gestión y, en las previsiones mencionadas, no se alude a ella.

No obstante, teniendo en cuenta las consideraciones mencionadas, veamos si las previsiones del artículo 97 pueden dar adecuada respuesta a la cuestión que nos planteamos. Al entrar en el detalle de estas previsiones e intentar conocer el alcance de los aspectos previstos para la elaboración de memoria exigida, hemos de acudir a los artículos 58 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. En estos artículos se reitera la obligación de elaborar la memoria mencionada y desarrolla el contenido de algunos aspectos específicos. Para el caso de la elección de las formas de gestión de los servicios públicos, ciertas cuestiones a abordar en la memoria exigida podemos asimilarlas a esta específica actuación y podrían sintetizarse en lo siguiente:

*Primero.* En cuanto al aspecto social, la memoria determinará la situación del servicio, las soluciones admisibles para remediar las deficiencias que en su caso existieren y, sobre todo, las ventajas derivadas para los usuarios del servicio público con el cambio de la forma de gestión, así como una estimación, enumeración y evaluación de tales ventajas o beneficios. Y todo ello deberá reflejarse en hechos concretos, expresados, a ser posible, con cifras y estadísticas, y se razonarán cada una de estas exigencias. En nuestra opinión, lo relevante de esta memoria son los destinatarios del servicio público y valorar si a ellos les beneficia el cambio en la forma de gestión. No obstante, no ha sido precisamente la perspectiva desde la que se han planteado los cambios en las formas de gestión (lo comprobaremos mediante algunos supuestos concretos). Desde la perspectiva de este trabajo (la dada por la nueva redacción del artículo 85.2 de la norma básica local), buena parte de esos beneficios vendrán de la mano de los fundamentos de los principios económicos. En el capítulo siguiente abordamos estos principios y sus fundamentos y en los siguientes abordamos la regulación actual en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.

*Segundo.* En lo que al aspecto jurídico se refiere, la memoria contendrá las características del servicio y su encaje en los preceptos que habilitan el cambio en la forma de gestión. Se justificará y certificarán los acuerdos adoptados por la Corporación para autorizar el cambio. En este aspecto tiene especial relevancia el determinar y razonar suficientemente cómo afectaría el cambio propuesto al esquema general de la forma de gestión del servicio público a cambiar y también la transición hacia la nueva forma de gestión pretendida (en una u otra dirección). Lo relevante de este punto se encuentra en la forma de gestión previa (directa o indirecta), en función de ella, será necesaria la celebración de un contrato o su rescisión, en su caso; y en el otro sentido, habrá de valorarse la estructura organizativa a crear o desarrollar en la Entidad local. Es decir, será necesario llevar a cabo un análisis exhaustivo de la situación y explicar las razones del cambio e, insistimos en lo fundamental, las ventajas para los usuarios del servicio el cambio proyectado (en otros términos: servicio objetivo a los intereses generales).

*Tercero.* Con referencia al aspecto técnico, dice el Reglamento mencionado que la memoria contendrá: anteproyecto de obras, si así lo requiriese la nueva forma de gestión y las bases de su planteamiento técnico, con el detalle suficiente para formar idea de la problemática que se puede plantear; estado de conservación y reformas a llevar a cabo sobre las instalaciones ya existentes, independientemente de la dirección del cambio. Más allá de la vertiente financiera y de las obras u otras actuaciones con mayor o menor necesidad inversora se ha de señalar, (además de las previsiones financieras presupuestarias desarrolladas tras la reforma del artículo 135 de nuestra Constitución, a esta reforma haremos referencia en el capítulo siguiente) que si se trata de cambiar una gestión directa por una indirecta entonces entra en juego la normativa sobre contratos públicos y los cambios incorporados a la Ley 9/2017 (a ellos nos referiremos, también, a lo largo de este trabajo). Al igual que si el cambio se plantea en la otra dirección, es decir, la creación en su caso de ente instrumental para la gestión del servicio público (en este caso toma particular protagonismo los cambios en las normas financieras presupuestarias).

*Cuarto.* En cuanto al aspecto financiero, la memoria contendrá: avance del presupuesto de ejecución de obras, instalaciones y reformas necesarias para el periodo de amortización que se estime. Si a la vertiente financiera nos referimos entonces, como hemos mencionado, se han de tener en cuenta las exigencias sobre la sostenibilidad

financiera y estabilidad presupuestaria exigida y desarrolladas más pormenorizadamente, tras la reforma del artículo 135 de la Carta magna.

En esencia y de forma muy genérica éstos serían los aspectos a tener en cuenta, si la Entidad local acude a este procedimiento para elaborar una memoria ante un cambio en la forma de gestión, de acuerdo con la regulación previa a la aprobación de la Ley 27/2013. Al menos los aspectos mencionados serían tenidos en cuenta o todos aquellos relacionados con las peculiaridades del servicio público concreto. La memoria así elaborada será tomada en consideración por la Corporación y sometida a los plazos y especificaciones que rigen para los acuerdos plenarios de las Entidades locales.

La vía a la que acabamos de hacer referencia ha sido una de las opciones procedimentales utilizada por los Ayuntamientos, la cual se refleja en algunas sentencias dictadas al respecto. Por su interés, haremos referencia a una de ellas. La finalidad perseguida es mostrar, con base en los argumentos utilizados por las Entidades locales para cambiar las formas de gestión que, para estos cambios, las motivaciones dadas no siempre se referían a cuestiones específicas de esta elección; entre otras razones porque, como venimos argumentando, no se encontraba regulada esta posibilidad (especialmente en las normas básicas). A nuestro modo de ver, era necesaria la incorporación de unos criterios mínimos a tener en cuenta en una decisión como es la elección de la forma de gestión del servicio público (o su cambio) y, sobre todo, por la relevancia que tiene para la efectividad de los fines de los servicios públicos, como finalmente se ha hecho.

### **2.3. Problemática relacionada con los cambios de las formas de gestión.**

El procedimiento establecido para ejercer la iniciativa pública económica ha sido pues, la vía procedimental utilizada por algunos Ayuntamientos para cambiar la forma de gestión de los servicios públicos locales. Aunque las consideraciones realizadas a continuación se refieren al caso concreto analizado, buena parte de ellas pueden tener carácter general. Y, por ello, creemos poder afirmar que se trata de la forma habitual de elegir las formas de gestión de los servicios públicos por las Entidades locales.

En el caso objeto de nuestra atención se trata de cambiar una forma de gestión directa por una indirecta; cambio habitual durante años y origen de otras problemáticas, a algunas de ellas nos referiremos a lo largo de este trabajo.

Como ejemplo concreto abordamos el cambio de la forma de gestión llevado a cabo por el Ayuntamiento de León. Sobre este caso se puede ver la STSJ 2260/2012 de Castilla y León, de 28 diciembre. También se ha pronunciado el Tribunal Supremo en casación mediante la sentencia 744/2015, de 23 de febrero.

Adelantándonos a lo que se verá a continuación se ha de aludir a la laguna normativa mencionada, en lo que al procedimiento para la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales se refiere, y por ello mismo se puede vislumbrar, en muchos casos, cómo la conformación del expediente tramitado por las Entidades locales (los informes o memorias elaboradas al efecto) se ha planteado más como una fórmula para hacer coincidir lo expresado en el expediente (resultado) con lo querido por los responsables públicos. De este modo, en buena medida, el expediente ha estado más orientado a justificar una decisión ya tomada que a evaluar los específicos aspectos técnicos más relevantes en una actuación como la de elegir la mejor forma de prestar del servicio público. Esta circunstancia se ha intensificado durante los años de la crisis económica, caracterizados por los acuciantes problemas financieros de las Administraciones en general y las locales en particular. Aunque la vertiente financiera no sea determinante para elegir una u otra forma de gestión, la realidad, es que ha sido uno de los argumentos utilizado como justificación para ciertos cambios en las formas de gestión, especialmente cuando se ha pasado de una gestión directa a una indirecta, como veremos en este caso y otros que abordaremos en los capítulos siguientes.

Por su interés, veamos algunas de las razones esgrimidas por este Ayuntamiento para justificar el cambio en la forma de gestión llevado a cabo; sobre todo para mostrar, a nuestro modo de ver, que en esta actuación (como en otras) debían incorporarse a las normas administrativas ciertos parámetros jurídicos de referencia específicos, en particular los referidos al ámbito económico. También nos ayudará a valorar la reforma llevada a cabo en el artículo 85.2 de la norma básica local y en otras normas reguladoras (con mayor o menor amplitud) de la vertiente organizatoria en los servicios públicos locales. Pues, la cierta colateralidad con que se ha visto la forma de gestión (en relación con los servicios públicos) ha posibilitado utilizar argumentos en la motivación realizada que no siempre han estado relacionados con la forma de gestión (ya hemos

aludido a ello y profundizaremos). Interesa en este momento acudir a los argumentos o ineficiencias en la forma de gestión de servicios públicos y cómo los ayuntamientos, en particular el que es objeto de nuestra atención, se ha planteado abordarlas, a través de un cambio en la forma de gestión.

Como punto de partida nos situamos en la justificación general realizada por el Ayuntamiento de León para cambiar la forma de gestión y sintetizada por la sentencia referenciada al decir,

*“La Memoria trata de los aspectos susceptibles de mejorar el servicio; en especial la mejora de la eficiencia del servicio de distribución, la modernización del servicio, la necesidad de financiación para las inversiones y la reducción del volumen de gastos de personal. Examina aspectos en los que resultaría beneficioso un sistema de gestión indirecta, como la aportación de los conocimientos y medios de empresas expertas en el servicio, mejoras en la eficiencia, en el control, en las inversiones y la reducción en gastos de personal.*

En este párrafo, podemos apreciar cómo estos argumentos están más relacionados con algunas de las deficiencias o ineficiencias en la prestación de este servicio público que con un problema real relacionado con la forma de gestión y su necesidad de cambio. No obstante, como hemos anticipado, la solución por la que se ha optado para intentar subsanarlas ha sido cambiar la forma de gestión.

De otro lado, como contrapunto y justificación, se exponen los “beneficios” de la forma de gestión indirecta, como si fuera la panacea para abordar las ineficiencias en la gestión del servicio público (no debemos sorprendernos, es sabido que ha sido una de las argumentaciones habituales para estos cambios).

Desde ese planteamiento de partida, a continuación, se desglosan y detallan algunas de las deficiencias o ineficiencias mencionadas, así como la configuración de la forma de gestión de este servicio público desde su declaración como tal en la década de los cincuenta del siglo pasado. En concreto y siguiendo el procedimiento que hemos desarrollado en el epígrafe precedente se resume en la sentencia algunos de los aspectos previstos para tal procedimiento, por ejemplo,

*“La Memoria, en la parte social, estudia el Servicio de abastecimiento de agua potable del municipio de León, recoge los aspectos fundamentales del Servicio*

*municipalizado de aguas del mismo en la situación entonces existente; indica que ese tipo de prestación del servicio carece de personalidad jurídica diferenciada y sigue integrada en la organización administrativa general del ente local. En coherencia con lo anterior el personal del servicio está todo él integrado en la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento aneja al Presupuesto único. Establece en el apartado 3 los aspectos del servicio susceptibles de mejora.*

*Resaltan la necesidad de lograr la máxima eficacia en la distribución y la necesaria modernización del servicio, la necesidad de reducir su coste y la falta de financiación para las inversiones”.*

En este último párrafo encontramos dos elementos de particular interés. Porque, como se verá, son dos de los aspectos en los que se ha centrado la reforma de la norma básica local, es decir, el coste del servicio y su financiación. Aunque, como decimos, en este caso y para abordar las mejoras necesarias en la prestación de este servicio se ha planteado como solución el cambio en la forma de gestión. Y, ante cada una de las deficiencias o ineficiencias expresadas se ensalzan los “supuestos” beneficios de la gestión indirecta en este servicio público, en particular se alude en la sentencia a los siguientes,

*“Sobre los aspectos en que resultaría beneficioso un sistema de gestión indirecta. Así, estima conveniente plantear una fórmula que suponga un giro fundamental en la situación actual del servicio de aguas, abriéndose la puerta del cambio de gestión directa a la gestión indirecta es decir, con la participación del sector privado en la gestión.*

*Añade, que algunos aspectos en que podría resultar beneficioso el cambio de gestión pueden ser los siguientes: aportación de estructuras, medios y conocimientos especializados. Expone que a la vista de la naturaleza del servicio y del sector económico que se ha generado en torno a la gestión del agua, resulta mucho más fácil lograr unas mayores cotas de conocimientos y experiencias cuando el servicio se presta con la participación del sector privado”.*

Así, se insiste en destacar las “ventajas” de la forma de gestión indirecta. No decimos que no sea así, simplemente tratamos de resaltar que sólo se aborden y expongan por el

titular del servicio público ante un cambio en la forma de gestión. En este sentido, se ha de hacer mención a una de las problemáticas que el Ayuntamiento dice pretender subsanar con el cambio de la forma de gestión, sobre todo cuando se aduce que será el socio privado quien venga a solventarla. Sobre este particular se refiere la sentencia al aludir a lo siguiente,

*Constituye otro dato la mejora en la eficiencia del servicio y en el uso racional de los recursos. Recuerda que una de las principales deficiencias del actual servicio es que no se factura casi dos tercios del agua suministrada; considera que la aportación que realiza la parte privada puede resultar fundamental a la hora de lograr un mejor control del servicio de suministro de agua y una mejor eficiencia del servicio.*

En nuestra opinión, no creemos del todo acertado el argumento dado por el Ayuntamiento, en particular si lo ponemos en relación con el principio de eficiencia, al que expresamente se alude (sobre los fundamentos de este principio nos remitimos al capítulo siguiente). Si prestamos atención, en realidad, nos encontramos ante un problema más relacionado con la gestión financiera del servicio que con la eficiencia en su prestación, aunque también la recaudación de los ingresos públicos esté sometida al deber de la eficiencia. Y, es cuanto menos sorprendente, como hemos adelantado, decir que se desfase en la facturación es un problema a solucionar mediante la gestión indirecta.

La siguiente argumentación, sobre las ventajas de la gestión indirecta, debe resaltarse especialmente y poner en valor su obviedad; es decir, el titular y responsable del servicio público (con todas sus consecuencias) es el Ayuntamiento. No obstante, se resalta y recoge como ventaja tal titularidad en el cambio de la forma de gestión, al decir,

*“Recoge el dato del mantenimiento de los elementos de control público del servicio. Recuerda que el hecho de prestar el servicio de forma indirecta no tiene por qué suponer una pérdida de control del mismo. En todo caso la titularidad del servicio seguirá siendo del Ayuntamiento; y la regulación de las tarifas del servicio en todo caso corresponde Ayuntamiento. Estos aspectos estarían presentes en cualquier forma de gestión indirecta, pero la figura de la sociedad de economía mixta aún un doble control que no se da en la*

*concesión.*

*Por un lado el control corresponde al Ayuntamiento por ser el titular del servicio; con la potestad de reglamentar el servicio, fijar las tarifas del mismo, y demás poderes que sean inherentes por su condición.*

*Por otro lado el control que corresponde al Ayuntamiento como participante en la sociedad de economía mixta, a través del capital del que es propietario. Esta participación es decisiva si el Ayuntamiento ostenta la mayoría del capital”.*

Efectivamente, todas las potestades mencionadas son del Ayuntamiento, aunque durante las décadas en que se ha prestado el servicio mediante gestión directa no parece que se hayan ejercido para la finalidad que fueron conferidas: procurar la mejor gestión posible.

Como hemos anticipado, la vertiente financiera en este tipo de cambios cobra protagonismo, en particular la referida a las inversiones siempre necesarias en cualquier forma de gestión de los servicios públicos u otras actividades, aunque parezca como si sólo fuera mejorable cuando se acude a esta forma de gestión. En este caso se recoge en la sentencia al decir,

*Como otro aspecto beneficioso del sistema de gestión indirecta se recoge el de la mejora de las inversiones en el servicio, indicando que con la entrada de capital privado se posibilita el mejorar el nivel de inversión en el servicio. La aportación privada puede contribuir a mejorar el nivel de inversión en un servicio en el que es clave, para su adecuada prestación presente y futura de aquel, la renovación de redes, instalaciones, medios materiales y elementos tecnológicos.*

No parece necesario insistir en los argumentos dados por el Ayuntamiento, creemos haber mostrado algunas de las problemáticas presentes en la gestión de los servicios públicos y, cómo en este caso, se argumentan para cambiar la forma de gestión de los servicios públicos. No obstante, una nota más parece necesaria y se refiere a un aspecto no menor ni menos importante: el personal. En relación con él merece la pena ver lo dicho por el Ayuntamiento y extractado en la sentencia,

*Igual se recoge el dato beneficioso de la reducción a medio y largo plazo de los gastos de personal. Expone que el cambio de gestión permitirá al*



*Ayuntamiento que el nuevo personal, que conforme a las necesidades del servicio se vaya incorporando al no estar acogido a las condiciones del actual Convenio Colectivo tenga un menor coste por empleado.*

La conclusión final de la memoria ya la hemos adelantado: la solución a los diversos problemas existentes en la gestión de este servicio público es, simplemente, el cambio en la forma de gestión. No queremos decir que no sea una opción a valorar, sino llamar la atención sobre la responsabilidad inherente en la titularidad de un servicio público local, también la referida a desarrollar una gestión de los servicios públicos dirigida a servir de la mejor forma posible a los fines pretendidos por el servicio público, y en este caso, no parece que haya sido así.

Pero, como ya se ha dicho, las normas reguladoras de esta potestad no preestablecía en principios o parámetros de referencia a los cuales dar respuesta y motivar específicamente. En consecuencia, la Entidad local ha realizado una motivación para tomar una decisión discrecional y, en base a ellos, la sentencia expresa,

*"A la vista de todos los argumentos expuestos puede extraerse la conclusión de que resulta necesario dar un giro a la gestión del servicio de suministro de agua potable del Ayuntamiento de León, de tal forma que ese cambio suponga un revulsivo que redunde de forma fundamental en la calidad del servicio, en su eficiente economía y en el uso racional de los recursos hídricos de que dispone este Municipio"*

Sólo una reflexión más y relacionada con uno de los puntos sobre los que haremos distintas referencias en los capítulos siguientes, el alcance del control judicial en este tipo de actuaciones. Efectivamente, estamos más o menos de acuerdo, nos parezca más o menos acertada la argumentación, lo cierto es que el Ayuntamiento ha cumplido con su obligación de motivar un acto discrecional como éste; cuestión distinta son los argumentos dados. En consecuencia, la sentencia no puede más que concluir,

*En definitiva la Memoria, en lo esencial, ofrece argumentos suficientes dentro del "expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida", sobre la conveniencia de utilizar como instrumento de gestión indirecta, la sociedad de economía mixta. Se indica en la Memoria que con esta fórmula de cogestión administrativa, se utilizan "formas mercantiles más ágiles y flexibles que las administrativas, se ve beneficiada por la cooperación de personal*

*técnico especializado..., o por la aportación de un capital privado que, en determinadas cosas, que le permita suplir o complementar la insuficiencia de sus propios recursos. Y todo ello manteniendo además no sólo un control externo del servicio o de la actividad de la que sigue siendo titular, sino también con control interno basado en la condición de socio, dentro del seno de la propia empresa". De lo razonado en la Memoria, queda racionalmente justificada y motivada la elección del modo gestor.*

Así es, el control judicial de las decisiones discrecionales se dirige y realiza en función de las previsiones normativas (tendremos ocasión de profundizar sobre el alcance de dicho control, especialmente en lo que se refiere a la jurisprudencia desarrollada cuando se abordan decisiones técnicas como éstas).

Baste ahora resaltar, nuevamente, el amplio margen de actuación con que se había configurado la elección de las formas de gestión. De hecho, se ha defendido con bastante fundamento que, en modo alguno se vincula la actividad local con un modo de gestión predeterminado<sup>50</sup>. No obstante, esta afirmación debe matizarse con el sentido de la optimización en las actuaciones administrativas que defendemos y justificaremos; pues, la laguna normativa mencionada no eximía a las Administraciones locales de procurar la mejor prestación de los “servicios públicos de competencia local”; y elegir aquella forma de gestión que mejor sirviese a los intereses locales justificadores de toda intervención pública.

La problemática relacionada con las formas de gestión en el ámbito público viene de lejos, en particular la creación de entes instrumentales y la gestión indirecta. La nota común se encuentra en someter al régimen privado buena parte de las actuaciones públicas (alguna referencia al respecto realizamos en capítulos posteriores).

Unas reflexiones finales sobre la discrecionalidad en esta actuación nos conducirán al contexto económico y financiero de la Unión Europea en que se han de desarrollar todas las actuaciones públicas y privadas; en particular los efectos de la reforma del artículo 135 de la Constitución y, sobre todo, acercarnos a los principios económicos prescritos por nuestra Carta magna y dirigidos específicamente a las Administraciones públicas, como venimos apuntando.

---

<sup>50</sup> Entre otros se puede ver VILLAR ROJAS, F.J., “Los servicios,...”, op. cit., págs. 185 y ss.

### 3. Efectos de la discrecionalidad organizatoria.

La elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales es uno de los ámbitos de actuación en el cual las normas administrativas han configurado su ejercicio como una potestad discrecional. No obstante, como todas las potestades y como toda actuación administrativa (la potestad organizatoria) está sometida a la Ley y al Derecho y debe servir con objetividad a los intereses generales.

La línea infranqueable delimitadora en el ejercicio de las potestades públicas se encuentra en los principios y valores que rigen y dirigen las actuaciones administrativas, al incorporar distintos límites y condicionantes para garantizar la consecución de los fines públicos sin afectar más de lo necesario a los derechos y libertades de los ciudadanos (también los económicos).

En la elección de las formas de gestión, el procedimiento administrativo es el cauce para evaluar las distintas alternativas que la norma administrativa posibilita, durante el cual se va reduciendo la discrecionalidad administrativa y concretarse en aquella forma de organización que mejor sirva a los fines pretendidos<sup>51</sup>. Sin embargo, como hemos señalado, en esta elección no se había previsto un procedimiento específico para ejercerla y la finalidad de los procedimientos administrativos no se ha visto reflejada en toda su extensión. Tampoco se exigía, expresamente, la realización de informes o análisis referidos a los elementos técnicos, económicos o financieros, en términos jurídicos y dirigirlos a dotarse de la mejor organización posible. Y, por ello, a veces se ha acudido a la vía de procedimientos administrativos previstos para otras finalidades<sup>52</sup>, como se ha visto.

---

<sup>51</sup> En las potestades discrecionales se ha señalado que la inicial pluralidad de soluciones alternativas que la norma habilitante de un poder discrecional hace posibles se reducen notablemente en los casos concretos, como consecuencia natural del propio procedimiento administrativo que la Administración viene obligada a seguir, en todo caso, para efectuar la elección que la normativa permite. Para eso está, precisamente, el procedimiento administrativo, cuya función institucional es asegurar “la legalidad, acierto y oportunidad” de las decisiones de la Administración. En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Curso,...*, op. cit., págs. 522 y ss.

<sup>52</sup> En relación con la importancia de los procedimientos administrativos en supuestos de actividad discrecional acudimos al razonamiento realizado en la Sentencia del Tribunal supremo 6100/1993, de 21 de septiembre, FJ 3º. Aunque referida al ámbito del planeamiento urbanístico, el fundamento sería aplicable al tema central de nuestro trabajo. En el argumento de esta sentencia se sintetiza la jurisprudencia sobre este particular y expresa, “Sobre la base de una observación de la realidad y de una

La discrecionalidad presente en la potestad organizatoria no es ningún tipo de mal. Simplemente es la fórmula utilizada por el legislador para posibilitar a las Entidades locales el desarrollo de aquellas formas organizativas que mejor sirvan al interés local pretendido con el servicio público concernido. Habrá veces en las cuales se presentan determinadas circunstancias que pueden diferir en función de la actividad a realizar, pero son perfectamente estimables con anticipación, a través de un ajustado cálculo jurídico, técnico o económico.

En consecuencia, cuando se ha configurado esta potestad como discrecional no se trata en modo alguno de invertir el sistema por parte de las Administraciones (como se ha pretendido en muchos casos). La discrecionalidad existe y existirá siempre, bien distinguida de la arbitrariedad (proscrita por nuestra Carta magna<sup>53</sup>). Cuando se configura una potestad como discrecional no significa que no existan técnicas de control, aunque algunas se hayan mantenido limitadas, ya lo hemos apuntado y desarrollamos en otro capítulo.

El pleno sometimiento de las Administraciones públicas a la ley y al Derecho es el mandato de partida, al cual dirigimos y centramos nuestra atención, más allá de aquellos supuestos concretos en los que exista un mayor o menor margen de actuación<sup>54</sup>. Desde esta perspectiva, los principios despliegan su efectividad y finalidad imponiendo una serie de exigencias al margen de actuación atribuido a las Entidades locales por las normas administrativas. En lo que aquí interesa, para dotarse de la mejor estructura

---

reflexión en la que atendiendo a ciertos “objetivos” se contemplan y analizan las “distintas alternativas posibles”, ha de producirse la “elección” de un determinado modelo territorial, que además ha de “justificarse”: este es el momento de máxima discrecionalidad pues son posibles varias (incluso muchas) soluciones jurídicamente indiferentes. Pero después, una vez elegido el modelo y fijados los “criterios de la ordenación” propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones coherentes”.

<sup>53</sup> Al respecto se ha puntualizado “El articulado de la Constitución proporciona sobrados pertrechos para salir al combate contra la arbitrariedad que se camufla bajo la venerada apariencia de la discrecionalidad (que la ley deja en manos de la Administración). Pongamos por ejemplo que la Administración decide algo (sin que sepamos porqué) y que a la postre se revela conforme a la justicia o a las leyes ¿podría ser acusado de arbitrario? Naturalmente que sí; el acierto no basta porque a veces (muchas) se acierta por casualidad. Por tanto, son asuntos diversos, por un lado lo que se decide y, por el otro, la justificación de lo decidido. Lo que se decide será justo o injusto, legal o ilegal. Si la decisión aparece justificada será considerada racional y, de lo contrario, arbitraria”. Vid. IGARTÚA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 46, 1996, págs. 95-118.

<sup>54</sup> En este sentido SORIANO GARCÍA, J. E., *El poder, ...*, op. cit., págs. 155 y ss.

organizativa posible. Y, para ello, la potestad que lo hace posible se encuentra supeditada al cumplimiento de un conjunto de mandatos inherentes a su propia finalidad. En este sentido, nuestra Carta magna no establece prelación entre los principios y valores instituidos, sino simple coherencia.

Pues bien, el tradicional y principal argumento esgrimido por las Administraciones para configurar distintas estructuras públicas en torno a ellas, con las cuales dar respuesta a los fines encomendados, y elegir las formas de gestión de las distintas actuaciones administrativas, ha sido el principio constitucional de eficacia (aludimos a este principio en el capítulo siguiente). Baste ahora recordar alguno de los argumentos de las Administraciones relacionado con este principio y la organización administrativa, en particular cuando argüían que no era posible alcanzar la eficacia exigida constitucionalmente por la excesiva rigidez del funcionamiento de las Administraciones públicas en el ámbito del Derecho administrativo.

El objetivo esencial, se decía, era organizar una Administración capaz de conseguir sus fines sociales, medioambientales, etc., con mayor agilidad y eficacia mediante la flexibilización de su régimen de funcionamiento y eliminando numerosas trabas jurídicas y burocráticas.

Desde el punto de vista jurídico, la defensa de esa visión condujo al progresivo abandono de la aplicación de las reglas y principios de Derecho administrativo en aquellas actuaciones que admitían alguna forma de gestión mercantil, sustituyéndolas por la aplicación del Derecho privado. En ellas se cambiaba la forma de prestación directa de servicios públicos por la gestión indirecta mediante contratos adjudicados por las distintas Administraciones. Allí donde esta fórmula no era posible o no se consideraba, se trataba de crear entidades con forma jurídica privada. Donde ni siquiera ello era factible, se procura flexibilizar el régimen administrativo, aplicando el Derecho privado a las relaciones de la Administración con su personal y con sus bienes, reduciendo o simplificando significativamente trámites y controles<sup>55</sup>. La consecuencia de esta sucesión de actuaciones ha sido crear todo un entramado de entes instrumentales

---

<sup>55</sup> La “mitificación” de la eficacia de la empresa privada tuvo como primera consecuencia la crítica más radical de las formas tradicionales de actuación pública como la rigidez burocrática, el formalismo legalista, el procedimentalismo, etc. Frente a ello se propugnaba la introducción en el ámbito público de métodos y formas de gestión importadas del mundo empresarial, sin más consideración. Vid. SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo, parte general*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 63 y ss.

y contratos públicos para la gestión de buena parte de las actuaciones públicas en torno a las Administraciones.

Creemos necesario señalar algunas cuestiones, a nuestro modo de ver relevantes, sobre las argumentaciones dadas para llevar a cabo ciertas acciones administrativas (como las señaladas), en particular por su relación con la elección de la formas de gestión de los servicios públicos. Cuando se decía que el cambio organizatorio llevado a cabo lo era por la mayor eficacia del sector privado se olvidaba, convenientemente, que la eficiencia (no eficacia) de las organizaciones privadas no se encuentra en las virtudes del Derecho privado, sino fundamentalmente en una circunstancia prácticamente inexistente en la órbita de actuación de las Administraciones públicas: el sector privado actúa en un escenario de libre competencia que exige sobrevivir a una tensión organizativa y funcional máxima<sup>56</sup>. Las Administraciones públicas no están en la guerra del mercado, ni en ninguna otra. De hecho, no sólo no se ha alcanzado por esta vía la eficacia pretendida, sino que se ha mostrado cómo la finalidad estaba más dirigida hacia la liberación (al menos flexibilización) de los controles públicos<sup>57</sup>. Además, las Administraciones públicas, aunque actúen en régimen de Derecho privado, no están condicionadas por el riesgo empresarial y han encontrado en los presupuestos públicos una financiación ilimitada, hasta fechas recientes<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> También se ha de recordar que en el sector privado son las leyes del mercado las que operan como parámetro de corrección (la tendencia natural a la desorganización se equilibra automáticamente por estas leyes). En el ámbito público, por el contrario, hay una tendencia innata de toda organización pública a asegurar su permanencia y se escuda fundamentalmente en los monopolios legales. La Administración pública constituye el monopolio por excelencia de la organización; monopolio que le permite, de un lado establecer sus ingresos sin competencia y al suceder que las Administraciones públicas, en esencia, obtienen sus ingresos por vía presupuestaria, esto les ha conferido una agradable estabilidad durante años (no necesariamente mayor que la de algunos monopolios). Y, de otro, el margen de apreciación conferido, en muchas ocasiones, le permite definir sus objetivos sin apreciar en toda su amplitud y consecuencias las necesidades reales.

<sup>57</sup> El importante desarrollo de las posibilidades así descubiertas había desembocado en una situación de aparente ausencia de límites precisos a la potestad organizatoria. En este sentido DEL SAZ CORDERO, S., "La huida del Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 133, enero-abril, 1994, págs. 57-98. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. Parte General*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1991, págs. 44 y ss.

<sup>58</sup> Véase PAREJO ALFONSO, L., "Organización y actividad en la Administración pública", en *Eficacia y Administración, Tres estudios*, INAP BOE, Madrid, 1995, págs. 21 y ss. Más recientemente se ha señalado que ese conglomerado de entidades que rodean las Administraciones públicas en general y las locales en particular; que utilizan los métodos públicos, sus poderes y financiación, para lo que les conviene y los privados, para lo que les conviene también. Mezcla de poder y dinero que, *pro domo sua*, permite a quienes se posibilita esa situación encontrarse en el mejor de los mundos jurídica y económicamente posibles. Ni las responsabilidades, controles o rendición de cuentas del Derecho público. Pero tampoco el puro quehacer privado, que para eso se es distinto. En definitiva, la autonomía de la voluntad privada ejercida sobre la base de una potestad pública. La creación de lo que se ha denominado

En el planteamiento descrito subyace una problemática relacionada con la presunta indiferencia jurídica inherente en la discrecionalidad administrativa. En lo que aquí interesa, respecto de una u otra forma de gestión de los servicios públicos; pues, se ha de recordar que ni para nuestra Constitución ni para los ciudadanos es indiferente el resultado de una u otra forma de organización. Ya que, la exigencia primaria se encuentra en el servicio objetivo a los intereses generales; y, ese servicio debe prestarse de la mejor forma posible, también de la forma más sostenible económicamente.

La discrecionalidad en la potestad organizatoria tiene en ese condicionamiento un referente particular, para el cual colaboran y contribuyen todos y cada uno de los principios que limitan y condicionan el ejercicio de esta potestad, también los económicos, a pesar de su ausencia en las normas administrativas durante años. Pero, el mayor o menor acierto del legislador en la configuración de esta potestad no ha eximido a las Entidades locales de procurar la mejor gestión posible, específicamente desde una perspectiva económica.

No cabe duda que la Administración, como toda organización, debe adaptarse a las demandas de los tiempos y a una cierta renovación constante. Si bien, las Administraciones públicas, a pesar de la velocidad con la que se precipitan algunos acontecimientos, por imperativo constitucional, no pueden dejar de respetar los límites que rigen y condicionan todas sus actuaciones<sup>59</sup>. La dotación de toda organización implica el ejercicio de cierta parte del poder público constituido y, por tanto, con incidencia potencial en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos. Precisamente, los principios vienen a reforzar las garantías que requiere el manejo de la solución organizativa en términos de medio más idóneo para alcanzar la finalidad pretendida en cada uno de los casos y, en esa acción, la vertiente económica cobra relevancia propia<sup>60</sup>.

---

como un *mixtúm* público privado es consecuencia nada despreciable, por lo que al ámbito organizativo se refiere. Vid. SORIANO GARCÍA, J. E., *El poder*, ..., op. cit., págs. 152 y ss.

<sup>59</sup> Ese límite derivado de nuestra Carta magna ha encontrado un apoyo fundamental en el Derecho de la Unión Europea. Desde esta perspectiva y también por los efectos de la crisis económica se ha abordado recientemente y denominado “El retorno del Derecho Administrativo” por SÁNCHEZ MORÓN, M., *Revista de Administración Pública*, nº 206, mayo-agosto, 2018, págs. 37-66.

<sup>60</sup> El empleo del poder y, por tanto, de coacción, más concretamente el grado en que tal empleo pueda tener lugar demanda el juego de los pertinentes factores constitucionales de legitimación de la Administración. En este sentido PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y reforma? del Derecho administrativo en España*, INAP, Madrid, 2012, págs. 260-261.

Pues bien, aunque en principio puede parecer que la denominada durante la década de los noventa como “huida del Derecho administrativo” no tiene actualidad, como recientemente se ha defendido, sigue siendo un problema <sup>61</sup>. En particular, porque en muchas ocasiones, cuando nos referimos al derecho aplicable a la multitud de entes públicos existentes, entramos en un mundo en el que no es fácil saber (con la precisión y el rigor que exige saberlo cuando se ha de dar una respuesta concreta y hallar una solución a un problema real y no meramente teórico) cuál es exactamente el derecho aplicable. Porque, en efecto, cuando un ente del sector público o una actuación suya queda extramuros del Derecho público, porque ha sido calificado de “privado”, no puede decirse que eso no constituya un problema, argumentando que, al quedar fuera del Derecho público, entra en el ámbito de aplicación del Derecho privado, especialmente cuando nos encontramos con alguna forma de gestión de servicios públicos.

Por tanto, el problema existe al menos por dos razones. La primera, porque entrar en el Derecho privado, en ocasiones equivale, sencillamente, a asumir el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y a la aplicación del principio de legalidad en su vertiente de vinculación negativa a la ley. Ambos principios encajan mal cuando nos adentramos en el ámbito público y sus potestades. Y la segunda, el problema no ha sido, ni es, la creación de entes instrumentales de naturaleza privada para gestionar servicios públicos, sino saber cuál es, exactamente, el derecho aplicable al caso, porque, muchas veces, esta forma de actuar lleva a un terreno todavía menos seguro que el de la aplicación, pura y dura, del Derecho privado<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Sobre esta problemática se subraya el indudable papel que ha tenido el Derecho europeo, especialmente con el reforzamiento primero de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y, más recientemente, mediante las nuevas Directivas sobre contratación. CHINCHILLA MARÍN, M. C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración pública*, n° 200, mayo-agosto 2016, págs. 361-383.

<sup>62</sup> En este sentido, son distintos los problemas específicos que se plantean y resaltados por CHINCHILLA MARÍN, M. C., “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración pública*, n° 203, mayo-agosto 2017, págs. 17-56. Por ejemplo, cuando las normas de derecho administrativo excluyen de su ámbito de aplicación determinadas actuaciones (piénsese en los contratos excluidos de la Ley de Contratos del sector público) o determinadas personificaciones (piénsese, por ejemplo, en las sociedades mercantiles en la legislación de bienes públicos), suelen añadir fórmulas tan ambiguas como la de que esos contratos quedan, no obstante, sujetos a “los principios” de la ley de que se trate, para resolver las dudas y lagunas que puedan plantearse, o que esas sociedades mercantiles se regirán por el derecho privado, salvo lo que, de las leyes de derecho público, les resulte de aplicación. Así, por ejemplo, se plantea el problema de determinar cómo aplicar sólo “los principios” (como los de publicidad y concurrencia, o la capacidad para contratar) sin entrar de lleno en las “reglas” (los procedimientos de contratación o las prohibiciones de



Además, la realidad actual de nuestro Estado social y de Derecho nos permite apreciar, en términos generales, cómo entre los instrumentos organizativos que atienden intereses generales se encuentran organizaciones de origen público sometidas al Derecho público, organizaciones de origen público sometidas al Derecho privado, organizaciones de origen privado sometidas al Derecho privado y organizaciones de origen privado con importantes implicaciones en el Derecho público<sup>63</sup>. No es, por tanto, en la actualidad, la naturaleza jurídica de un ente, ni el Derecho que le es aplicable, el que nos da la clave, aunque sí múltiples inconvenientes. La interrelación entre el Estado y la sociedad se ha

---

contratar). En caso de un contrato patrimonial, para el que su ley específica (ley especial) ha establecido que se registrará por el derecho privado, pero que está sujeto a los “principios” de las leyes sobre patrimonio de las Administraciones públicas (ley general), ¿se le aplican las prohibiciones de contratar porque la Ley de Patrimonio, para los contratos sobre bienes patrimoniales, haya establecido que les resultan de aplicación las prohibiciones de contratar de la legislación de contratos? ¿O, por el contrario, dado que la ley especial, para ese contrato, ha establecido que se rigen por el derecho privado, pero con sujeción a los principios (no a las reglas) de la legislación general de bienes públicos, le aplicamos, en cuanto a la capacidad de contratar las prohibiciones de contratar, pero no al cien por cien, sino de forma más flexible o relajada? ¿Y hasta dónde habría que rebajarlas, de tal manera que se pudiera considerar suficiente para cumplir con un principio (un ente público solo debería hacer un contrato sobre un bien público, aunque sea patrimonial, con un sujeto que tenga capacidad para contratar, en el sentido positivo y negativo del término) pero sin tener que llegar al cumplimiento íntegro de una norma? El problema no se agota con inseguridad jurídica y de dificultad de definir, en cada caso concreto, cuál es el derecho exactamente aplicable. Además, ante la inexistencia de un criterio unitario en la jurisprudencia al respecto y la variedad de argumentos para aplicar una regla (separación de responsabilidades) o la contraria (comunicación de responsabilidades) ya que, mientras que en unos casos se aplica el criterio de la separación y no comunicabilidad de responsabilidades con base, únicamente, en el argumento formal de la existencia de un ente dotado de personalidad jurídica propia; en otros, por el contrario, se trasciende del dato de la personalidad jurídica, bien afirmando, sin más, que en el sector público no hay una distinción real de personalidades, bien penetrando en el sustrato real de las personas jurídicas de que se trate para constatar si, no obstante la diferenciación de personas jurídicas, existe identidad en sus órganos de gestión, o si la Administración matriz ejerce la tutela sobre la sociedad mercantil, o si dicha Administración la financia, o, incluso, si ha existido un comportamiento abusivo o fraudulento por parte de la Administración matriz. Pues, una cosa es que la casuística tenga necesariamente que llevar a soluciones distintas, según los supuestos que se planteen, y otra muy diferente es que renunciemos por completo a sentar unas bases que nos permitan llegar a una solución mínimamente coherente sobre la cuestión planteada. Y, en general, que nos permitan comprender qué significado tiene, realmente, para el derecho público, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles públicas.

<sup>63</sup> Los importantes cambios llevados a cabo en las últimas décadas han dado lugar a lo que se ha denominado como “nuevas relaciones entre el Estado y la sociedad”. Perspectiva ampliamente desarrollada en distintos trabajos por ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013. También “La regulación de la economía desde el Estado garante”, *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, vol. 2, Thomson -Aranzadi, Pamplona, 2007. O “Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad”, *Documentación Administrativa, Nueva Época*, nº 1, enero-diciembre 2014, págs. 59 -74. O “La Administración garante. Una aproximación”. *Revista de Administración pública*, nº 197, mayo-agosto, 2015, págs. 25 y ss.

producido con tal extensión y profundización entre ambos que tiene como resultado el que lo público no se defina por el agente que lo realiza<sup>64</sup>.

Las formas de gestión de los servicios públicos locales no han sido ajenas a esta evolución, pero ello no exime ni elimina la obligación de las Entidades locales de procurar la opción organizatoria que mejor sirva a los intereses de los vecinos, como usuarios directos de los servicios públicos prestados y, en muchos casos, de recepción obligatoria<sup>65</sup>. Y, más que la fórmula organizativa específica adoptada, lo importante se encuentra en el fin perseguido y en el pleno sometimiento a los principios que rigen y delimitan la forma de alcanzarlo.

Las Entidades locales, para alcanzar la finalidad mencionada, deben superar el proceso de filtración derivado de los principios; particularmente aquellos con especial incidencia en este ámbito. Y, si así debe ser, entonces será mediante la motivación suficiente el medio para acreditar que la opción tomada es aquella que mejor sirve a los fines pretendidos.

En este sentido, los fundamentos de los principios son los determinantes en la elección organizativa y los procedimientos administrativos la garantía en las decisiones materialmente públicas (detrás de la cual está el poder público) para asegurar, no sólo que se persiguen fines de interés general, sino también que la opción elegida, en nuestros días, sea la más eficiente y sostenible, si a la forma de gestión de los servicios públicos locales nos referimos.

---

<sup>64</sup> Si no, más bien, como se ha defendido, por el conjunto de objetivos socioeconómicos respecto de los cuales el Estado pretende obtener unos resultados determinados, es decir, cuyos resultados no se dejan indiferentemente a la mera iniciativa privada y al juego de las reglas del mercado. La paradoja consiste en que nada ha impedido que el Estado considere que el juego de las reglas del mercado son el mejor instrumento para la consecución de sus objetivos en relación con determinados sectores de actividad ni que, como es más que habitual, someta a sus propias organizaciones o la prestación de los servicios públicos sobre los que ostenta su titularidad a organizaciones sometidas al Derecho privado. Vid. ORTEGA ALVAREZ, L. I., “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, enero-abril, 1994, págs. 7-16.

<sup>65</sup> En este sentido, se puede mencionar algunas de las medidas que incluye la Ley 27/2013 en relación con el sobredimensionamiento del sector público local. En particular, la que hace referencia a la disolución de entidades deficitarias; pues, como bien se ha señalado, buena parte del sector público local presta servicios públicos, algunos de ellos obligatorios (conforme al artículo 26.1.) por lo que la simple desaparición de entidades instrumentales locales no disolverá el gasto corriente generado en la prestación de servicios. Vid. VELASCO CABALLERO, F., “La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local”, en *Reforma del Régimen Local, La ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, (Coord.) Domingo Zaballos, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 43-82.

La incorporación de los principios económicos y financiero -presupuestarios a las normas administrativas, en particular en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales, nos lleva a dedicar el siguiente capítulo a ambas vertientes en nuestra Constitución y el entorno europeo que nos hemos dado. Aunque serán de atención preferente la vertiente económica, como se ha anticipado y desarrollaremos.

## **CAPÍTULO II.**

# **GÉNESIS Y DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y FINANCIERA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA.**



## **CAPÍTULO II. GÉNESIS Y DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y FINANCIERA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA.**

### **1. La constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y sus consecuencias.**

1.1. Las reglas financiero-presupuestarias derivadas de la Unión Europea.

1.2. El contexto económico y financiero de la reforma constitucional de 2011.

1.3. Principales consecuencias de la constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

### **2. El principio de sostenibilidad económica como manifestación y expresión de los principios de eficiencia y proporcionalidad en la actividad pública.**

2.1. La supeditación de la actuación administrativa a los principios del artículo 31 de la Constitución.

2.2. Las relaciones entre los principios constitucionales de eficiencia, economía y eficacia.

2.3. Los fundamentos del principio de sostenibilidad económica.

### **3. Vías de articulación del principio de sostenibilidad económica tras la reforma del artículo 135 de la Constitución.**



## **1. La constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, sus consecuencias.**

### **1.1. Las reglas financiero-presupuestarias derivadas de la Unión Europea.**

El proceso de construcción de la Unión Europea y la asunción por ésta de competencias normativas sobre numerosas materias ha dado lugar a una profunda europeización de la vida económica, financiera y social de los Estados miembros a partir de la formación de un cuerpo de principios generales de actuación. Ese proceso se ha traducido en una clara convergencia jurídica entre los distintos Ordenamientos jurídicos nacionales y una intensa transformación de las tradicionales estructuras económicas y financieras de los Estados miembros de la Unión. Naturalmente, la mayor parte de los cambios llevados a cabo están dirigidos a alcanzar las finalidades propias de la Unión Europea. En pocas palabras, estas finalidades se pueden resumir en la creación de un espacio europeo de libre circulación de personas, mercancías y capitales<sup>66</sup>. La consecución de estos ambiciosos objetivos descansan, esencialmente, sobre los principios vertebradores y configuradores tanto de la Unión económica como de la Unión monetaria y, a la consecución de los propósitos mencionados se han desarrollado diversos instrumentos jurídicos que vienen a intentar garantizar y dotar de cobertura jurídica los fines pretendidos.

En el ámbito de la Unión Monetaria fue el Pacto de Estabilidad y Crecimiento el documento que recoge las líneas maestras para hacer posible implantación de la moneda única<sup>67</sup>. Los países firmantes adquieren una serie de compromisos que deben cumplir en

---

<sup>66</sup> La dinámica emprendida por la Unión para desarrollar e implantar su finalidad primaria ha conllevado derribar importantes barreras (especialmente económicas) que, en muchos casos, se consideraban irrenunciables. Las determinaciones de los Tratados de la Unión Europea están a favor de la liberalización y entrega al mercado y la libre competencia de importantes capítulos de actividad económica desarrollada en la órbita del sector público. Las propias bases de la Unión se oponen abiertamente a los monopolios, en tanto que el modelo económico sobre el que se edifica y articula gira en torno al principio general: la libertad de empresa en una economía de mercado (principio incluido en nuestra Constitución). En concreto el artículo 38 expresa “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.” No obstante, como otros preceptos constitucionales se ha de interpretar en el marco del Estado social y de derecho definido por la Carta magna.

<sup>67</sup> El Pacto de Estabilidad y Crecimiento acordado en el Consejo Europeo de Amsterdam, de 17 de junio de 1997 centraba su atención en el rigor presupuestario de los países miembros que pretendiesen acceder a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria el 1 de enero de 1999. El objetivo principal



sus respectivos Estados, principalmente relacionados con las finanzas del sector público. Tales compromisos conllevan asumir distintos mandatos y obligaciones específicas y directas, en las cuales prevalecen y tienen unos destinatarios concretos: las Administraciones financieras de cada Estado miembro de la zona euro. Estas Administraciones deben adoptar las medidas necesarias para disciplinar las cuentas públicas conforme a los parámetros acordados. Esa disciplina, en síntesis, se concreta desde dos parámetros fundamentales y referidos al ámbito presupuestario y al financiero: de un lado, mediante la limitación del nivel de déficit público y, de otro, restringiendo el volumen del endeudamiento público<sup>68</sup>.

La traslación a los Ordenamientos jurídicos nacionales de los compromisos adquiridos conlleva ciertas modificaciones en el modelo financiero -presupuestario vigente de los Estados, al igual que se adaptaban distintos aspectos significativos de los modelos económicos en los países miembros de la Unión <sup>69</sup>. Como en actuaciones previas, los

---

perseguido por este Pacto era garantizar la disciplina presupuestaria de los Estados miembros pertenecientes a la moneda única.

<sup>68</sup> En el Pacto de Estabilidad y Crecimiento se disponía expresamente: “Estados miembros se comprometen a respetar el objetivo presupuestario a medio plazo establecido en sus programas de estabilidad o convergencia consistente en conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o con superávit, y a tomar las medidas presupuestarias correctoras que estimen necesarias para alcanzar los objetivos fijados en sus programas de estabilidad y convergencia. Los estados miembros corregirán los déficits excesivos tan pronto como sea posible una vez que éstos se hayan producido; dicha corrección deberá haber terminado no más tarde el año siguiente al de la identificación del déficit excesivo, salvo que concurren circunstancias especiales”. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento se articuló jurídicamente a través de los Reglamentos 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; y el Reglamento 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. Pasaron pocos años para que se pusieran de manifiesto las primeras insuficiencias de estos Reglamentos, tanto en su vertiente preventiva como en la correctora en relación con los procedimientos de déficit excesivos de algunos Estados (en el año 2003). Esta situación conllevó la modificación del Reglamento 1466/97 operada por el Reglamento 1055/2005, de 27 de junio de 2005, y la modificación del Reglamento 1467/97 mediante el Reglamento 1056/2005, de 27 de junio de 2005. Estas modificaciones tuvieron por objeto mejorar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, tanto en su vertiente preventiva como en su vertiente correctora. Se reconoció igualmente la heterogeneidad económica y presupuestaria de los países miembros; en particular sobre el objetivo presupuestario a medio plazo se diferenciaría por Estados. Así, se haría “una variación definida de los objetivos presupuestarios a medio plazo específicos de cada país, en términos de ajuste en función del ciclo económico y una vez aplicadas las medidas excepcionales y temporales”. Además, se precisaba que “debería establecerse un enfoque más simétrico de la política fiscal a lo largo del ciclo mediante una mayor disciplina presupuestaria en tiempos de bonanza económica, con el objetivo de evitar políticas procíclicas y de alcanzar gradualmente el objetivo presupuestario a medio plazo”.

<sup>69</sup> En nuestro país, la flexibilidad de la denominada Constitución económica implica que no garantiza ningún modelo específico de economía de mercado, sino una economía de mercado abierta en la cual caben tantas economías de mercado específicas como quieran los poderes constituidos (aunque no puede resultar ni una economía dirigida ni una economía pura de mercado. Entre los múltiples trabajos referenciados se encuentran: GARRIDO FALLA, F., *El modelo económico en la Constitución española* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981. BASSOLS COMA, M., *Constitución y Economía*,

cambios normativos estaban encaminados a una mayor coordinación, vigilancia y estabilidad financiera para el conjunto de las Administraciones públicas en el marco del compromiso adquirido<sup>70</sup>. Este proceso conllevaba una relativa transformación, en cierta forma significativa, sobre el modelo desarrollado en muchos Estados y con base en el cual se venía actuando en el ámbito financiero-presupuestario público.

Para garantizar la estabilidad financiera en los países miembros de la Unión Monetaria se establecieron distintos condicionantes que debían cumplir los Estados; entre ellos destaca la limitación del recurso a la deuda pública como fórmula para cuadrar el presupuesto, tanto en el momento de su aprobación como en las posteriores fases de ejecución y liquidación. Así, en el ámbito de la Unión Monetaria la solidez financiera y

---

Tecnos, Madrid, 1988. MARTÍN -RETORTILLO BAQUER, M., *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988; ROJO FERNÁNDEZ -RIO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 169-170, 1983. ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, McGraw Hill, Madrid, 1995. ARIÑO ORTÍZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993. ALBERTI ROVIRA, E., “La Constitución Económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución (III)), n° 71, mayo - agosto, 2004.

<sup>70</sup> En España, los Reglamentos comunitarios se incorporaron a nuestro Ordenamiento mediante la aprobación de la Ley 18/2001, de 12 de noviembre, de estabilidad presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, conforme al Pacto de Estabilidad y Crecimiento acordado en junio de 1997. De facto, se incorporaba una limitación del uso del déficit público y su contención de una forma armonizada para el conjunto de los países que constituyen la Unión Económica y Financiera. Con origen en la modificación de los Reglamentos comunitarios se llevó a cabo la reforma de las normas referenciadas mediante el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. La introducción de las reglas de estabilidad presupuestarias en el Ordenamiento jurídico interno planteó cierta problemática respecto del régimen de distribución territorial de competencias y parecía alzarse como un obstáculo para su plena efectividad. Principalmente, por la necesidad de conciliar las reglas de estabilidad presupuestaria con el régimen de autonomía financiera infraestatal. Pero, sobre todo, se reveló cierta insuficiencia en los mecanismos jurídicos de reacción frente a los incumplimientos de las normas aprobadas. Las citadas normas fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional por diversas Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha, Cataluña; Aragón, Extremadura o el Principado de Asturias). El principal argumento fue la limitación de las competencias de Comunidades Autónomas y Corporaciones locales en materia de gastos públicos. El Alto Tribunal los ha resuelto y, en síntesis, ha declarado que no existía incompatibilidad alguna entre las reglas de estabilidad presupuestaria impuesta por éstas normas y el respeto de la autonomía financiera. Los fundamentos se encuentran en la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2011, de 20 de julio. Pues, como sabemos en agosto de 2011 se llevó a cabo la constitucionalización de los compromisos europeos en materia financiera y, entre otras consecuencias, retrasó y condicionó el sentido de las Sentencias pendientes. Es decir, la 157/2011, de 18 de octubre; las 185/2011, 186/2011, 187/2011 y 188/2011, todas ellas de 23 de noviembre; las 195/2011, 196/2011, 197/2011 y 198/2011, todas ellas de 13 de diciembre; y la 203/2011, de 14 de diciembre.

la prohibición de déficits excesivos se constituyeron en requisitos imprescindibles para la estabilidad y consolidación del proyecto de una Unión Económica y Monetaria<sup>71</sup>.

Las reglas financieras derivadas de la moneda única están destinadas a garantizar una sólida gestión de las finanzas públicas en los Estados miembros, cuya principal finalidad es evitar que la política presupuestaria de algún Estado miembro penalice a los otros Estados a través de los tipos de interés (pues, la moneda única actúa como correa de transmisión casi inmediata de cualquier perturbación o crisis producida en alguno de los Estados miembros, debido a la interdependencia financiera derivada de compartir la misma moneda); así como la propia confianza en la estabilidad económica de la zona euro<sup>72</sup>.

La consecuencia fundamental de aplicar las nuevas reglas financieras, como decimos, era que se limitaba el uso del déficit público y el recurso a la deuda pública como medios de financiación de los gastos corrientes de las Administraciones públicas.

Los Estados miembros se comprometieron a perseguir el objetivo a medio plazo de situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o en superávit. Ahora bien, la institución de la moneda única conlleva una política monetaria instrumentada a escala

---

<sup>71</sup> Hasta la adopción e incorporación de la moneda única a nuestro país, el Ordenamiento jurídico permitía que el Estado pudiera financiar los desequilibrios de sus cuentas públicas sin especiales dificultades, pues el Banco central administraba el monopolio de la emisión de moneda al servicio de la economía y del propio Estado. La dependencia del Banco central respecto del Estado, junto a la potestad de emitir ilimitadamente moneda, le aseguraban siempre un suscriptor de última instancia para los títulos de deuda pública necesarios para compensar su déficit. De esa forma, si el Estado no lograba la financiación de los terceros en el mercado se convertía en deudor de su propio Banco central. En otras palabras, el Estado se autofinanciaba. No otra razón respaldaba la extendida idea de que el Estado no podía quebrar. Así, el Estado encontraba siempre una financiación ilimitada en su Banco central, si bien tal proceder resultaba perverso con el tiempo, en la medida que inducía a un desequilibrio casi permanente en las finanzas públicas; depreciaba el valor adquisitivo del dinero con el que se financiaban los déficits públicos; provocaba una pérdida de competitividad de la economía del país; la subsiguiente crisis empresarial, de empleo y de las finanzas públicas; concluyendo con la devaluación de la moneda y su correlativo empobrecimiento del país (Todos estos efectos se produjeron en la crisis económica de la década de los noventa, por citar la última del pasado siglo).

<sup>72</sup> La pretensión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento era evitar los denominados, en términos comunitarios, “déficit excesivos” (déficits elevados y persistentes); pues éstos generan expectativas de mayor presión fiscal y los mercados de capitales reaccionan elevando adicionalmente los tipos de interés a largo plazo. Esta problemática, en el contexto de moneda única, conllevaría el incremento del coste de la financiación, lo cual no sólo perjudicaría a los países en déficit excesivos sino que alcanzaría al resto de países miembros de la Unión Monetaria. El Pacto tenía por objeto garantizar una convergencia sostenida y duradera de las economías de los Estados miembros de la zona euro. (La realidad vivida durante los peores años de la reciente crisis económica ha mostrado estos efectos, con especial incidencia en algunos Estados). Vid. MARTÍNEZ SIERRA, J. M., “La Constitución económica en la Unión Europea y España”, en *Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, Coord., Lima, Olivas y Ortiz-Arce, Diles, Madrid, 2007. págs. 394 y ss.

europea mientras que otras políticas, por aquellas fechas, seguían siendo competencia, en buena medida, de los Estados miembros. Por tanto, se reconocía que una política monetaria orientada hacia la estabilidad de precios no era suficiente, por sí sola, para el buen funcionamiento de la Unión Monetaria y, por ello, se estableció como obligación general a cumplir por los Estados miembros de la zona euro la de “evitar déficits públicos excesivos y mantener unas finanzas públicas saneadas”<sup>73</sup>.

Para garantizar el cumplimiento de los compromisos financieros adquiridos, materializados en los objetivos marcados de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, se incorporó a los Ordenamientos jurídicos internos los instrumentos normativos dirigidos a garantizar el desarrollo de la actividad pública de acuerdo con los parámetros de referencia definidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y desarrollados por los Reglamentos comunitarios. La principal consecuencia de las normas dictadas sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera se encontraba en la adaptación de la actividad desarrollada por las Administraciones públicas a las nuevas coordenadas presupuestarias y financieras.

En nuestro país, la incorporación al Ordenamiento interno de los principios de estabilidad presupuestaria y financiera, tenían una función rectora proyectada sobre la actividad financiera pública y no se trataban de medidas coyunturales; por el contrario, debían contemplarse como cambios estructurales; pues, conllevan un cambio casi radical en ciertas formas tradicionales de actuación pública.

Una nota más nos parece relevante en esta escueta alusión al marco general de actuación europeo: las primeras normas sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera coincidieron con una coyuntura económica favorable (en un escenario de crecimiento económico). Esta coincidencia facilitó que durante los primeros años de vigencia de la nueva regulación de actuación financiera pública se cumplieran con relativa facilidad las exigencias derivadas del escenario financiero marcado por las instituciones comunitarias. El mantenimiento o incremento de los ingresos públicos durante aquellos años posibilitaba a las Administraciones mantener un cierto nivel de

---

<sup>73</sup> El diseño del Pacto de Estabilidad y Crecimiento pretendía evitar las políticas procíclicas, al contemplar de manera diferenciada los requerimientos de estabilidad presupuestaria en función de la fase del ciclo económico. En este sentido E SPARZA AROZ, M., “El nuevo marco de estabilidad presupuestaria en España”, *Revista parlamentaria de la asamblea de Madrid*, n° 26, primer semestre 2012, págs. 153-202.

gasto público, aunque no siempre se valoraba el elemento temporal y los cambios en los ciclos económicos, como es conocido<sup>74</sup>.

## **1.2. El contexto económico y financiero de la reforma constitucional de 2011.**

Transcurridos varios años desde la implantación de la moneda única e instaurado el marco jurídico exigido por el nuevo contexto financiero -presupuestario mediante la promulgación de las leyes sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera se inició la reciente crisis económica. Como suele ser habitual, las crisis traen origen en la existencia de una “burbuja” de algún sector de la economía que estalla y determina el cambio en la fase del ciclo económico (en nuestro caso primero fue la burbuja inmobiliaria seguida rápidamente, casi en una relación causa-efecto, de la financiera).

En esta ocasión, las tradicionales “recetas” adoptadas por los Poderes públicos y que les habían permitido sortear las crisis económicas acaecidas en las últimas décadas (con mayor o menor acierto, coste y duración) no tuvieron los efectos esperados; y, no sólo persistía en el tiempo la crisis sino que no se vislumbraba su final.

Así, ante la inoperatividad de buena parte de las medidas adoptadas se hubo de asumir que las nuevas realidades europeas y globales presentaban importantes diferencias, especialmente en el ámbito financiero, respecto de las existentes en fechas no muy lejanas. Sin embargo, en algunos países miembros de la Unión Europea, a la hora de gestionar esta crisis, no se valoró en toda su extensión el alcance y las consecuencias implícitas del nuevo contexto económico -financiero europeo y global; éstas y otras muchas circunstancias han conllevado que la reciente crisis haya presentado unas características singulares, especialmente porque ha tenido mayor duración y profundidad de las inicialmente previstas.

---

<sup>74</sup> A nuestro modo de ver, fue una de las principales razones por las que en general, los países miembros cumplieron con los compromisos adquiridos. Sin embargo, dicho cumplimiento no era consecuencia de una actuación pública guiada por los principios rectores europeos de la actividad financiera sino como consecuencia del nivel de ingresos públicos. Esta realidad tuvo como efecto fundamental el no abordar importantes cuestiones de fondo que conllevaban las nuevas realidades; en particular las obligaciones de nuestras Administraciones públicas de adecuar sus actuaciones a los principios comunitarios de la gestión financiera.

La vertiente financiera de la crisis en los Estados europeos que comparten moneda se ha manifestado en la “relativa” desaparición de la garantía de financiación de sus déficits y renovación de la deuda pública. Ahora, los Estados deben acudir a acreedores privados y han de otorgarles suficiente confianza en cuanto a la devolución de las cantidades adeudadas. En la nueva realidad global se encuentra, además, con el desarrollo de un entramado de entidades en torno al cual se articula en su totalidad el sistema financiero, que se atiene a sus propias normas y a las referencias que emiten entidades privadas, como son las declaraciones de las agencias de *rating*, por haberlo convenido así mediante expedientes autorregulatorios las entidades financieras <sup>75</sup>. De esta forma, nos hemos encontrado por primera vez ante una coyuntura económica desfavorable que ha golpeado específicamente a países unidos en torno a una moneda común y nos ha situado ante un escenario radicalmente diferente a lo conocido.

La principal consecuencia estuvo en que ciertos Estados miembros presentaban unas cuentas públicas cada vez menos saneadas (con niveles de déficit público, principalmente, muy superiores a los límites marcados); esta situación generaba incertidumbre financiera en los mercados internacionales y se encarecía cada vez más su acceso a esos mercados financieros.

Aquellos niveles de déficit y deuda pública traían origen en la relativa flexibilidad aplicada por los Estados miembros en relación con los compromisos europeos adquiridos, en lo que a sus cuentas públicas se refiere. No olvidemos a los destinatarios del expreso mandato mencionado: las Administraciones públicas, no se dirige a los ciudadanos. Unas Administraciones públicas que han mostrado un respeto relativo a las obligaciones impuestas por las normas sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En aquellos primeros años de la crisis, por más acuerdos, medidas o compromisos adoptados, tanto a nivel comunitario como en el ámbito interno, la deriva y niveles alcanzados por las cifras macroeconómicas de algunos países europeos alcanzaron cifras cuasi alarmantes.

---

<sup>75</sup> Estas agencias privadas adquieren un poder extraordinario y la opinión pública ha comprobado que sus declaraciones afectan de lleno, hasta conmocionar en muchos casos, a los poderosos Estados soberanos y sus gobernantes, pues son capaces de ponerlos en jaque y se ven en la obligación de ajustar a ellas sus políticas económicas. Vid. ESTEVE PARDO, J., “Perspectiva,...”, op. cit., págs. 59-74.

De hecho, las tensiones financieras en varios países europeos proyectaban cada vez más dudas sobre el proyecto de integración de la Unión Europea y se imponía la necesidad de conseguir una mayor coordinación de las políticas europeas en materia fiscal, presupuestaria y financiera. La conjunción de estos y otros problemas fueron poderosos argumentos para que en el ámbito comunitario se tomara en consideración la única medida aún no abordada a ese nivel y que podría poner freno a aquella extrema situación económica y financiera. Así, los importantes desequilibrios generados en las cuentas públicas de algunos de los Estados miembros llevaron finalmente a plantear la incorporación de los compromisos financieros y los principios que guían la moneda común a las Constituciones de los países miembros, como ya habían hecho algunos de ellos<sup>76</sup>.

En el Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011 se acordó una declaración que, finalmente, se convertiría en el punto de inflexión de la grave situación generada, tanto en el seno de la Unión como en buena parte de los Estados miembros. Concretamente el acuerdo consistió:

*“Los Estados miembros participantes se comprometen a traducir en legislación nacional las normas presupuestarias de la Unión Europea establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Los Estados miembros seleccionarán el instrumento jurídico nacional específico que se emplee, pero se cerciorarán de que posea un carácter vinculante y duradero suficientemente sólido (por ejemplo, constitucional o de ley marco). La formulación exacta de la norma también será decidida por cada país si bien deben asegurar la disciplina presupuestaria tanto en el nivel nacional como en el subnacional.”*

Esta declaración también tuvo como consecuencia la de acordar un mayor intervencionismo de las autoridades comunitarias en las facultades de actuación financiera de los Estados miembros. A partir de aquel momento se puede afirmar que la política económica y financiera de los Estados se ha convertido en europea mediante el proceso de consolidación presupuestaria finalmente impuesto a los Estados miembros<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Como era el caso de Alemania, en el año 2009. Sobre la reforma alemana y su influencia en la llevada a cabo en España puede verse, GOMEZ ORFANEL, G., “La reforma constitucional del federalismo financiero alemán (Föderalismusreform 2009) y la reforma constitucional española de 2011”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 38, septiembre-diciembre, 2009, págs. 233-242.

<sup>77</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ BEREIJO, “Constitución económica y Constitución fiscal”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, (Coord.) López

La recomendación del Consejo Europeo a los países miembros alcanzó también al ámbito de la Unión Europea, mediante la reforma llevada a cabo del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria<sup>78</sup>.

La reforma del Tratado ha tenido, entre sus finalidades, reforzar los pilares económico - financieros de la Unión a través de una mayor coordinación económica y financiera, traduciéndose en compromisos nacionales concretos, cuyo cumplimiento se supervisa cada año<sup>79</sup>.

---

Garrido y Martínez Alarcón. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pág. 144 y ss. También se ha señalado la creación de una profunda relación de interdependencia entre los marcos jurídicos nacionales y europeos. Los dos se necesitan; se puede decir que ninguno es completo sin el otro o que, más bien, lo completo (si se puede hablar de esta característica de forma apropiada) resulta de su suma necesaria. Vid. EMBRID IRUJO, A., “Norma, Economía y lenguaje en el derecho de la crisis económica. El control judicial de la actividad administrativa en la economía. Algunas reflexiones”, *Documentación administrativa, nueva época*, nº 1, enero -diciembre, 2014. En relación con los cambios en nuestro Ordenamiento, en particular los relativos a la supervisión comunitaria, es de interés lo expresado por LINDE PANIAGUA, E., “La supervisión como conjunto variable de potestades. Una nueva frontera del Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 -28, julio-diciembre 2014 - enero-junio-2015, págs. 175-204.

<sup>78</sup> Esta reforma se ha instrumentado a través de tres bloques de medidas: 1) Pacto fiscal (Título III); 2) Coordinación y convergencia económica de la política económica (Título IV) y 3) Gobernanza de la zona euro (Título V). Su concreción se ha producido con la aprobación de seis instrumentos legislativos (el denominado six pack) que suponen una profunda reforma del marco de actuación de los Estados miembros de la Unión. Cuatro de ellos relativos a la política fiscal (dos que reforman el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, un tercero que impone sanciones para el caso de incumplimiento de aquellos países de la zona euro; y una directiva que obliga a que los marcos fiscales nacionales cumplan unos requisitos mínimos). Los otros dos: uno crea un nuevo procedimiento de identificación y corrección de los desequilibrios macroeconómicos excesivos y el otro regula la posibilidad de imponer sanciones en determinados casos de incumplimiento a países de la zona euro. Su instrumentación jurídica se ha llevado a cabo mediante el Reglamento 1173/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro. Reglamento 1174/2011, del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011 relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona euro. Reglamento 1175/2011, del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento 1466/97, del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las actuaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. Reglamento 1176/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos. Reglamento 1177/2011, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. Directiva 2011/8 5/UE, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

<sup>79</sup> En particular, el Reglamento 1175/2011, expresa en su considerando octavo que la experiencia adquirida y los errores cometidos durante el primer decenio de la Unión Económica y Monetaria ponen de manifiesto la necesidad de mejorar la gobernanza económica de la Unión, que debería basarse en una mayor apropiación nacional de las normas y las políticas establecidas de común acuerdo, así como en un marco más sólido a escala de la Unión para la supervisión de las políticas económicas nacionales. Y su objetivo fundamental es fortalecer los mecanismos para garantizar su implementación, especialmente mediante una modificación de la vertiente preventiva, mediante la incorporación de la evolución del gasto en la evaluación del cumplimiento de los objetivos presupuestarios a medio plazo de los países, el reforzamiento del criterio de la deuda pública, así como la introducción de nuevas obligaciones de información y sanciones financieras para los países de la zona del euro, que se aplicarán con mayor



En suma, la mayor parte de las modificaciones introducidas a nivel comunitario tienen un elemento común: el endurecimiento de la vigilancia y control de las cuentas públicas de los Estados. El control de la estabilidad presupuestaria y del nivel de deuda pública se erige en elementos esenciales para la evaluación de la salud financiera de los Estados miembros y actúan como indicadores, de especial relevancia, en la consideración de la situación económico-financiera de un Estado. A este fin se llevó a cabo un desarrollo normativo que endurece el régimen sancionador; los controles y evaluaciones periódicas de los informes presentados por los Estados; además de establecer un conjunto de requisitos mínimos que deben ser respetados por los marcos presupuestarios nacionales.

### **1.3. Principales efectos de la constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.**

Las normas que debían hacer realidad los principios estructurales sobre los que se asienta y erige la Unión Europea han sido adoptados e incorporados por los Estados miembros en el ámbito interno. En España, la adaptación de nuestras normas internas a los principios europeos se llevó a cabo sin que fuera necesario reformar las bases esenciales de nuestra Constitución. Durante más de tres décadas no se ha añadido ni quitado nada a nuestra Carta magna, si bien es claro que ha habido ciertas modulaciones en la interpretación de algunos preceptos constitucionales. Esas modulaciones se pueden considerar como una suerte de desarrollo necesario ante la progresiva integración europea de nuestro país y la propia evolución de la sociedad en general<sup>80</sup>. Así, aunque la Constitución básicamente no ha variado, sus palabras ya no dicen lo mismo, porque

---

anticipación y de manera más gradual y gozarán de un mayor automatismo en su aprobación. Asimismo, la reforma reconoce la importancia de una definición adecuada de los marcos fiscales no solo a nivel europeo, sino también en el ámbito nacional, por lo que se exige a los Estados miembros el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos en sus marcos presupuestarios con el fin de que contribuyan de una manera más eficaz al logro de la estabilidad presupuestaria.

<sup>80</sup> En este sentido BUSTOS GISBERT, R., “Integración europea y Constitución Española: ¿tancretismo, desnudez o invisibilidad?”, en *Treinta años de Constitución: congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, (Coord.), García Roca y Enoch Alberti, Asociación de Constitucionalistas de España. Congreso Extraordinario, Madrid, 2009, págs. 420 y ss.

ahora hay que leerlas a otra luz distinta, a la luz del proceso de consolidación de la Unión Europea<sup>81</sup>.

A principios del nuevo siglo, en nuestro país se llevó a cabo el desarrollo de la normativa sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; desarrollo que a pesar de no tener respaldo explícito en nuestra Constitución tampoco colisiona con otros principios constitucionales<sup>82</sup>. Al igual que en tantos otros ámbitos, nuestra Carta magna tiene la cualidad de ser lo suficientemente flexible como para dar cabida a una normativa que apuesta por un modelo acompañado de la prevención y eliminación del déficit público y unos niveles de endeudamiento público que no sobrepasen los umbrales establecidos por las instituciones comunitarias (en pocas palabras, un modelo basado en mantener unas cuentas públicas saneadas).

En el ámbito de las cuentas públicas, con la promulgación de las leyes sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, se debía llevar a cabo una reconsideración de ciertas tradiciones instauradas en el ámbito financiero y presupuestario de las Administraciones públicas; principalmente por su relación directa con el principal mandato dado por nuestra Constitución y dirigido a garantizar las finalidades pretendidas por la misma. Estas finalidades no han cambiado, simplemente se han desarrollado en un marco jurídico, económico y financiero más definido: el marcado por las líneas de actuación establecidas para los países miembros de la Unión Económica y Monetaria<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Sobre estos cambios puede verse RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012, págs. 141-170.

<sup>82</sup> Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en las sentencias dictadas con motivo de la derogada normativa sobre estabilidad presupuestaria. Especialmente en la 134/2011, de 20 de julio, previa a la reforma constitucional.

<sup>83</sup> El marco de actuación comunitario es esencial para la estabilidad económica del propio Estado. Además, la estabilidad sí se encuentra recogida expresamente en nuestra Constitución, aunque en términos generales, entre otros, en el artículo 40.1. También se hace referencia a ella en la letra b) del apartado 1 del art. 2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas “La garantía del equilibrio económico, a través de la política económica general, de acuerdo con lo establecido en los arts. 40.1, 131 y 138 de la Constitución, corresponde al Estado, que es el encargado de adoptar las medidas oportunas tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa y la estabilidad presupuestaria, así como el desarrollo armónico entre las diversas partes del territorio español. A estos efectos, se entenderá por estabilidad presupuestaria la situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición establecida en el sistema europeo de cuentas nacional y regionales”. En cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto se puede destacar lo expresado, entre otras, en la STC 79/1992, de 28 de mayo, FJº 1, al decir que “la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias, pues la cesión del

Sin embargo, durante la crisis económica nos hemos encontrados ante graves problemas financieros generales y de las Administraciones públicas en particular, y fue necesario acudir nada menos que a la reforma del texto constitucional en un intento de evitar que el propio Estado viera comprometida su sostenibilidad<sup>84</sup>.

En consecuencia, para entender el sentido de la reforma del artículo 135 de la Constitución es importante identificar el contexto en que se llevó a cabo y las razones que la propiciaron. Como ya hemos dicho, esta reforma constitucional estuvo condicionada, de forma determinante, por los importantes problemas financieros que presentaban buena parte de los países miembros de la zona euro, que no en la propia exigencia y necesidad del reconocimiento constitucional de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (ambos principios se encontraban desarrollados en las leyes vigentes durante más de una década hasta la reforma de la Constitución, distinto ha sido su cumplimiento por parte de las Administraciones públicas). Expresado en otros términos, se vino a reconocer la insuficiencia de las técnicas del Derecho europeo e interno, en el ámbito de las finanzas y presupuestos públicos, para lograr el cumplimiento de reglas tan relevantes para la moneda única como las derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; y se hubo de acudir a las constituciones nacionales para buscar y finalmente encontrar la efectividad que la regulación previa no había proporcionado.

Por tanto, la reforma del artículo 135 de nuestra Constitución, no sólo se ha de contextualizar en la coyuntura económica y financiera de aquellos años, sino también en la respuesta dada por las Administraciones públicas a unas normas previas<sup>85</sup>. Tampoco debemos obviar que la reforma habría servido, sobre todo y fundamentalmente, para mandar mensajes tranquilizadores a los mercados financieros y a nuestros socios

---

ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental".

<sup>84</sup> Al respecto, se ha señalado la grave inadecuación de uno de los fundamentos constitucionales de la ordenación de las finanzas públicas, máxime si se tiene en cuenta que otros Estados también han debido revisar o iniciar la revisión de sus textos constitucionales en el mismo sentido. En este sentido puede verse a GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., "La reforma del artículo 135 de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012, págs. 31-66.

<sup>85</sup> El principio de estabilidad presupuestaria ya vinculaba a los Estados, hecho que, de por sí, no ha sido suficiente para evitar la situación generada. Vid. BIGLINO CAMPOS, P., "Las tentativas de reforma constitucional en España", en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*. (Coords.) López Garrido y Martínez Alarcón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, págs. 75 y ss.

Europeos escenificando una actitud de responsabilidad por parte de los Poderes públicos frente a la política de gasto público llevada a cabo y que desembocó, en nuestro caso, en unos niveles de déficits primero y deuda pública de después que se pueden calificar no ya de excesivos sino de alarmantes; pues superaron y siguen superando con mucho (ahora sobre todo el nivel de deuda pública) los límites acordados para los países miembros de la zona euro en general y el nuestro en particular<sup>86</sup>.

Con esta reforma se ha reconocido en la Constitución nuestra condición de país miembro de la Unión Europea; aunque se refiera más al ámbito financiero. Su relevancia pasa fundamentalmente por la expresa incorporación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera determinantes en el ámbito Unión monetaria. En cierta medida, la reforma ha culminado el proceso iniciado en la década de los noventa, con los escenarios de consolidación financiera y avanza con la aprobación de las primeras leyes de estabilidad presupuestaria. La aprobación de las primeras normas en este ámbito implicaba un auténtico “pacto interno” de estabilidad en las cuentas públicas y se traslada a los Ordenamientos de los países miembros gran parte del esquema de supervisión de la Comisión respecto de los Estados<sup>87</sup>. En consecuencia, la modificación de nuestra Carta magna, en el verano de 2011, no ha venido justificada por nuestra pertenencia a la Unión, sino que fue la fórmula finalmente adoptada para intentar garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados que comparten moneda. En la exposición de motivos de la reforma se refleja esta finalidad al decir:

*“lo que se pretende es garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea”.*

Reiteramos, la reforma del artículo 135 tenía el objetivo fundamental de otorgar rango constitucional a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, introduciendo al máximo nivel normativo de nuestro Ordenamiento jurídico la regla que limita tanto el déficit público de carácter estructural como la deuda pública, ambos

---

<sup>86</sup> El actual nivel de deuda pública (en torno al 100% del PIB) puede generar ciertos problemas añadidos en fechas no muy lejanas; sobre todo por la previsible subida de tipos de interés y la cada vez más evidente desaceleración del crecimiento económico.

<sup>87</sup> Vid. RUIZ ALMENDRAL, V., “La reforma constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 38, 2012, págs. 89-159.

remitidos a los valores de referencia marcados en el Tratado de la Unión Europea<sup>88</sup>. Así, la expresa incorporación de este objetivo a nuestra Constitución ha representado su apertura expresa y concreta al Ordenamiento jurídico comunitario.

El principal efecto de esta reforma fue señalado por el Consejo de Estado, al decir

*“la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera se configuran como límite constitucional, cuya contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad, y también una orientación constitucionalmente vinculante, que prescribe un programa constitucional obligatorio para la actividad financiera pública”*<sup>89</sup>.

Pero, la reforma llevada a cabo, en nada modifica los compromisos comunitarios asumidos por nuestro país de respetar los límites financieros establecidos en los Tratados, sino que, como la misma exposición de motivos del texto de la reforma comienza señalando,

*"la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos"*.

---

<sup>88</sup> Unos principios estructurales del derecho comunitario europeo y ahora principios constitucionales que obligan a todas las Administraciones públicas. En este sentido, VILLAR ROJAS, F. J., “Estructuras administrativas y racionalización del gasto público”, *VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Tarragona, 10 y 11 de febrero de 2012.

<sup>89</sup> Dictamen del Consejo de Estado nº 164/2012 sobre el Proyecto de Ley orgánica de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, “La incorporación al texto constitucional de los principios desarrollados por esta Ley viene justificada por el propio significado de la Unión Económica y Monetaria, permite limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos y fortalece la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo. Se trata, en definitiva, de “garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país”. Es igualmente reseñables las sentencias del Tribunal constitucional, tras la reforma constitucional, relativas a los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la legislación sobre estabilidad presupuestaria en la que se toma en consideración el nuevo artículo 135 de la Constitución (particularmente la primera de ellas la Sentencia 157/2011, de 18 de octubre) en que aclara “la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria introduce un nuevo canon de constitucionalidad al que debe atenderse al resolver tales recursos”, resultando así que “el mandato constitucional de que todas las Administraciones Públicas deben adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria vincula a todos los poderes públicos y, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

En definitiva, la elevación a rango constitucional de estos principios no añade ni quita obligaciones que no tuvieran las Administraciones públicas desde su incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico y debía haberse asumido su valor estructural y condicionante de la actuación administrativa. Sin embargo, nuestras Administraciones públicas habían mostrado cierta resistencia al estricto cumplimiento de las obligaciones incorporadas a las normas que los desarrollaron. Por esa misma razón ha resultado, cuanto menos sorprendente, tener que recurrir nada menos que a la reforma de la Constitución para recordar en sede nacional una obligación supranacional adquirida previamente.

Admitida la innecesariedad de la reforma constitucional se ha resaltar nuevamente que, en estrictos términos jurídicos, la nueva redacción de este artículo de la Constitución no añade objetivos ni limitaciones que no estuviesen presentes en nuestro Ordenamiento jurídico y, por tanto, ya eran demandables a las Administraciones públicas desde la entrada en vigor de la normativa sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La diferencia fundamental se encuentra en que tras su incorporación a la Carta magna nos hemos dotado de poderosos instrumentos jurídicos para garantizar su cumplimiento efectivo y , la consecuencia fundamental ha sido limitar la expansión incontrolada de los gastos públicos (aunque no se ha producido el mismo efecto respecto del volumen de la deuda pública).

Aquellas especiales circunstancias que rodearon una medida como fue la reforma de nuestra Constitución provocó un intenso debate, tanto sobre el procedimiento como por el motivo que la propició<sup>90</sup>. Desde una perspectiva sustancial, puede y debe reprocharse la elevación a rango constitucional de lo que constituye una directriz de la política fiscal y financiera, mucho más ligada a la gestión financiera y al comportamiento de los

---

<sup>90</sup> Sobre ambos aspectos pueden verse trabajos como los de FALCÓN y TELLA, R., “La reforma del artículo 135 de la Constitución”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 25, 2011, [www.iustel.com](http://www.iustel.com). DOMINGUEZ MARTÍNEZ, J. M., y LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., “ Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional en España ”, *Diario La Ley*, n ° 7760, 2011 . MARTÍN QUERALT, J. B., “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: ¿una reforma realmente necesaria?”, *Tribuna Fiscal*, n° 252, 2011, págs. 10 -21. CARRO FERNÁNDEZ -VALMAYOR, J. L., MIGUEZ MACHO, L., ALMEIDA CERREDA, M., “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racionalización del gasto público y cláusula del Estado Social”. *VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Tarragona, 10 y 11 de febrero de 2012.

agentes concernidos en obtener, administrar y emplear fondos públicos, que a la necesidad de su plasmación expresa en la propia Constitución<sup>91</sup>.

Más allá de la necesidad mencionada se ha de destacar, entre las novedades introducidas en el nuevo artículo 135 de nuestra Constitución, la de vincular los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas específicamente a los valores de referencia incorporados el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así como la expresa alusión al desarrollo de sus previsiones mediante la aprobación de una ley orgánica, materializada con la aprobación de la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera<sup>92</sup>. Esta norma ha profundizado en el renovado esquema comunitario y pretende asegurar la efectiva incorporación e implantación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera al conjunto de las Administraciones Públicas, además se adentra en las obligaciones impuestas a los administradores públicos. Entre las modificaciones más significativas, respecto de la regulación previa, se encuentra la definición y forma de determinación de los límites de déficit, deuda y gasto público aplicables a los distintos niveles de las Administraciones Públicas, así como cambios en los procedimientos y mecanismos de corrección en caso de desviación con respecto a los mismos. Ambos principios se apoyan en el cumplimiento de una serie de reglas que establecen unos objetivos de saldo presupuestario estructural y deuda a alcanzar en el año 2020<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> En este sentido se ha afirmado que “con la estabilidad presupuestaria se ha incurrido en un exceso de legislación y en graves defectos de aplicación. Y para lo que no sirvieron las leyes que precedieron, se opta por llevarlo a la Constitución, sin que tanta actuación legislativa tenga porqué garantizar el efectivo cumplimiento y los excesos, como es sabido, son pagados por los contribuyentes que no ven mejorada la calidad de las instituciones. La estabilidad presupuestaria debería comportar todo un ejercicio de buenas prácticas de los responsables de las Administraciones públicas y no tener que conducir a un excesivo dogmatismo legislativo anclado en la numerología. Vid. MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Reforma constitucional y Estabilidad presupuestaria”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, (Coord.) López Garrido y Martínez Alarcón, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, págs. 75-171.

<sup>92</sup> En su preámbulo se reconoce expresamente que “la crisis económica puso rápidamente de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos de disciplina de la anterior Ley de Estabilidad Presupuestaria”. De hecho, se recuerda que el déficit llegó a situarse en el 11,2% del Producto Interior Bruto. Y, como hemos señalado, la reducción de ese porcentaje en los últimos años se ha visto acompañado con un incremento más que considerable de la deuda pública.

<sup>93</sup> El principio de estabilidad presupuestaria se concreta bajo la forma de prohibición del déficit estructural a partir de 2020 como plazo máximo. Se señalan como excepciones en el caso de reformas estructurales con impacto presupuestario positivo a largo plazo pero que a corto plazo puedan suponer un mayor déficit (con un máximo del 0,4 % del PIB) y la existencia de circunstancias excepcionales, en el sentido ya expresado por el reformado artículo 135 y por la normativa comunitaria (recesión grave,

En relación con los principios generales incluidos en la normas previas sobre estabilidad presupuestaria y financiera se puede afirmar que no han variado significativamente con la nueva Ley, en realidad los fundamentos no han variado, simplemente se ha reforzado el marco jurídico regulador.

Por ejemplo, el principio de estabilidad presupuestaria, tanto en la anterior como en la actual norma reguladora se define como: “*Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural*” (artículo 3.2).

Y, ahora se añade expresamente el principio de sostenibilidad financiera, definido como “*la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea*” (artículo 4.2).

Como decimos, se trata de principios instaurados por la derogada normativa sobre estabilidad presupuestaria. Con su aprobación se vinieron a engrosar los tradicionales principios del ámbito presupuestario, como los de equilibrio, anualidad, neutralidad, especialidad, universalidad, unidad, etc. La nueva Ley sobre Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera identifica los principios básicos vinculados al cumplimiento de los objetivos de la Ley. Por un lado, vuelve a destacar los cuatro principios enunciados en la legislación anterior, estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia y eficacia, y eficiencia en la asignación de los recursos públicos, e introduce tres nuevos principios: sostenibilidad financiera, responsabilidad y lealtad institucional. Y, a éstos tres últimos principios, junto al de eficiencia, se vinculan los

---

emergencia extraordinaria y catástrofes naturales). En relación con la deuda del conjunto de las Administraciones públicas se establece en el 60% del PIB; con un reparto entre subsectores del 44% para la Administración central, 13% para las Comunidades autónomas y 3% para las Entidades locales a alcanzar en 2020. Como complemento se introduce la regla de gastos definida en los términos de la normativa europea. El gasto computable no puede superar la tasa de referencia del crecimiento del PIB a medio plazo o la que se derive del cumplimiento de los planes si fuera más exigente. Todas las Administraciones públicas, incluidas las Comunidades autónomas que estaban excluidas anteriormente, aprobarán su techo de gasto como primer paso para la elaboración del presupuesto, que sea consistente con el objetivo de estabilidad y con esta regla de gasto. Antes del 1 de agosto de cada año las Comunidades autónomas remitirán al Consejo de Política Fiscal y Financiera información sobre el límite de gasto no financiero que cada una de ellas haya aprobado. La cercanía de la fecha pactada en aquel momento nos permite anticipar que es posible alcanzar los niveles de déficit público establecidos, pero la abultada diferencia existente con el nivel de deuda pública es claro que no sólo no se alcanzará sino que poco o nada se reducirá el nivel actual.



límites de déficit estructural y volumen de deuda. El escenario se completa con el principio de sostenibilidad financiera.

Tanto antes como ahora podemos apreciar que entre los principios presupuestarios y financieros se encuentran dos principios constitucionales que tienen un ámbito de aplicación más amplio (los principios de eficiencia y eficacia). Por esa misma razón se incorporaron en nuestra Constitución en títulos diferentes al destinado a los ámbitos presupuestarios y financieros. Así, el principio de eficacia forma parte de los principios generales incorporados en el artículo 103.1 (Título IV. Del Gobierno y de la Administración); y, el principio de eficiencia en el artículo 31.2 (Título I. De los Derechos y Deberes fundamentales).

Por tanto, son dos principios independientes de los presupuestarios y financieros. No obstante, como el resto de principios constitucionales son de plena aplicación a las distintas actuaciones administrativas, también en las relacionadas con la vertiente financiero-presupuestaria de las Administraciones. Sin embargo, son principios más relacionados con la gestión efectiva de los recursos públicos presupuestados. A estos principios constitucionales nos dirigimos a continuación. Y se aludirá a las actuaciones públicas que centran la atención de este trabajo, la elección de las formas de gestión de los servicios públicos.

## **2. El principio de sostenibilidad económica: manifestación y expresión de los principios de eficiencia y proporcionalidad en la actividad pública.**

### **2.1. La supeditación de la actuación administrativa a los principios del artículo 31 de la Constitución.**

Las vertientes económica y financiera de nuestro modelo de Estado encuentran su primer anclaje constitucional en el artículo 31 de la Carta magna. En este artículo se establecen de modo conjunto tanto los principios rectores de la actividad financiera pública como de la económica, también conocidos como principios de justicia en los ingresos públicos y principios de justicia en el gasto público. Este precepto constitucional constituye un avance significativo en la historia constitucional española,

al contemplar ambas vertientes en el mismo artículo y someterlas a idéntico grado de vinculación por parte de sus destinatarios: los Poderes públicos. Especialmente, porque a los tradicionales principios básicos de justicia en los ingresos (justicia tributaria) se añaden los propios del otro polo de la ecuación, la vertiente de los gastos (justicia en los gastos). Además, forma n parte del Título I de la Constitución, con todas las consecuencias jurídicas de tal ubicación<sup>94</sup>.

Con la expresa referencia en el mismo precepto a ambas vertientes se consagra constitucionalmente tanto la justicia en los ingresos públicos como en los gastos públicos. Pues, la contribución de los ciudadanos a los gastos públicos se legitima no sólo porque su detracción se efectúe atendiendo a los principios de justicia en los ingresos (artículo 31.1), sino también porque dicha contribución tiene la exclusiva finalidad de financiar los gastos.

Este artículo de la Constitución, en su primer apartado, contempla los principios formales aplicables a todas las prestaciones patrimoniales y personales de carácter público (en particular el principio de legalidad, en virtud del cual, el establecimiento y exigencia de los tributos se realizará mediante norma con rango de ley)<sup>95</sup>. A renglón seguido se enumeran una serie de principios materiales que regirán las normas desarrolladas para la obtención de ingresos públicos, especialmente los tributarios (capacidad económica, igualdad, generalidad, progresividad y no confiscatoriedad)<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Su vulneración por una ley o disposición normativa con fuerza de ley podrá motivar la interposición de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, mientras que si la norma que contradice tales principios es de rango inferior a la ley, la inconstitucionalidad supondrá su inaplicación por los jueces y tribunales ordinarios.

<sup>95</sup> Aunque la doctrina que se ha ocupado del estudio del artículo 31.1 ha venido señalando que este apartado recoge los principios materiales de justicia tributaria, la realidad es que aunque todos los principios se aplican a los tributos, algunos de ellos pueden o tienen, según los casos, que aplicarse forzosamente a prestaciones de carácter público que carecen de naturaleza tributaria. Especialmente porque conforme viene señalando el Tribunal Constitucional, existe un concepto constitucional de tributo que no tiene por qué coincidir con el concepto legal y que, de hecho, en la actualidad no coinciden. En este sentido AGUALLO AVILÉS A., y BUENO GALLARDO, E., “Comentario al artículo 31 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Española*, (Dir.), Casas-Baamonde y otros, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 1999.

<sup>96</sup> Principios que alcanzan también a la deuda pública (se trata de un ingreso público). La controversia de la deuda pública no se encuentra cuando se utiliza para financiar gastos de inversión; pues los beneficios que pueden generar, en muchos casos, revierten en las generaciones venideras y por tanto asumir parte del gasto de financiación de tales inversiones. Sino que surge cuando se usa para financiar gastos corrientes, los cuales además se incrementan en las fases recesivas de los ciclos económicos, y así derivado de estos incrementos, se ha de recurrir nuevamente a la deuda pública entrando en lo que se denomina la espiral de la deuda pública o el traslado de la financiación de gastos actuales a las generaciones futuras. Como así está ocurriendo actualmente, a pesar de que nuestra pertenencia a la Unión europea conllevaba límites a su expansión (aunque estos límites vengán determinados por fundamentos distintos). Vid. NAVARRO

En este primer apartado, en síntesis, se determina que los recursos financieros públicos se regirán por el principio de justicia tributaria, según el cual los ciudadanos tienen tanto el deber de “contribuir al sostenimiento de los gastos públicos” como el derecho a “un sistema tributario justo” y de “reserva de ley tributaria”<sup>97</sup>.

En este sentido, es cuestión pacífica que la Constitución al regular el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos lo ha hecho estableciendo un marco de referencia para desarrollar normativamente dicho deber (el constituido por la justicia del sistema) de modo que si la regulación de tal contribución se realizase a través de un sistema injusto, por no descansar sobre los principios consagrados en el artículo 31.1 (especialmente sobre el de capacidad económica) no se adecuaría a las prescripciones de este apartado constitucional.

El mismo artículo 31, en su apartado segundo, viene a establecer los principios que han de regir y condicionar tanto la forma de asignar como la de gestionar los recursos públicos obtenidos con pleno respeto a los principios establecidos en el primer apartado. En relación con éstos últimos, añade el citado precepto, que se han de asignar de forma equitativa y su gestión debe ser eficiente (artículo 31.2). El principal e ineludible mandato dirigido a los Poderes públicos es la forma de distribuir (asignar) los recursos públicos. En este mandato la Constitución es contundente y muy clara: habrá de realizarse una asignación de forma equitativa y, desde este punto de partida, se han de estructurar todas y cada una de las actuaciones públicas, en las que se vean implicados recursos públicos. Sin embargo, este precepto constitucional no establece parámetro alguno conforme al cual pueda juzgarse cuándo un gasto puede o no considerarse justo o asignado equitativamente. No obstante, la respuesta nos viene dada por la configuración de nuestro modelo de Estado como social y de Derecho. Desde dicha definición se establecen las líneas maestras para hacerlo realidad y deberán ser

---

FAURE, A., “Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución Española*, (Dir.) López Garrido, (Coord.) Martínez Alarcón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, págs. 290 y ss.

<sup>97</sup> Del primer apartado de este artículo, el 31, se ha llevado a cabo un amplio desarrollo normativo para establecer y recaudar los recursos necesarios que hayan de sufragar las necesidades financieras para la consecución del Estado social y de Derecho definido constitucionalmente, y se ha concretado en un importante sistema tributario para la provisión de los recursos financieros que lo hagan posible. Nada que nuestra Constitución no contemple, pues en ella se concibe al tributo como el medio principal de ingresos públicos para el sostenimiento de las cargas públicas. Así, por el lado de los ingresos es el poder tributario el que despliega su ámbito en la facultad de establecer tributos como medio para nutrir las necesidades públicas de recursos.

atendidas en el desarrollo normativo realizado, en particular , mediante la garantía de prestación de una diversidad de servicios públicos para el cumplimiento de sus fines.

La asignación equitativa realizada tiene su expresión cuantitativa en los presupuestos públicos, los cuales reflejan el plan financiero de las Administraciones públicas para poder atender los múltiples intereses generales a los que deben servir.

Esa planificación financiera también ha de realizarse en el marco de los límites constitucionalmente previstos, ahora completados con los de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en directa conexión con el reformado artículo 135<sup>98</sup>.

El apartado segundo del artículo 31 aún añade algo más, en concreto, otros principios más referidos y dirigidos a la forma de gestionar los recursos equitativamente asignados y, en esa función, el protagonismo lo tienen las Administraciones públicas. Sobre la gestión a realizar (la materialización de lo expresado en los presupuestos), el mismo apartado establece que lo será de acuerdo con los principios de eficiencia y economía. Así, sólo será constitucionalmente legítima la gestión de los recursos públicos llevada a cabo desde todas las exigencias derivadas del artículo 31 (también las contenidas en su segundo apartado). Su principal consecuencia y destinatario son las Administraciones públicas, cuya prioritaria obligación es procurar la mejor satisfacción de los fines de política social y económica establecidos en nuestra Constitución.

Estas breves notas pretenden poner de manifiesto que este artículo es uno de los instrumentos propuestos por la Carta magna para la mejor estructuración y funcionamiento del Estado Social y de Derecho por ella establecido.

Los principios de justicia en el gasto público (asignación equitativa, eficiencia y economía) se constituyen en mandatos al legislador, al cual se le impone su concreción

---

<sup>98</sup> Sobre la importancia del segundo apartado del artículo 31, si se pone en conexión con el mandato del artículo 9.2, se afirmó que podía ser el origen de una nueva concepción constitucional, como un derecho de signo positivo que comprometiera a los Poderes públicos a promover programas de actuación orientados a la consecución de los objetivos sociales del Estado y, constituyendo un paso decisivo al juridificar principios capaces de abrir camino hacia aquellos objetivos sociales plasmados en los principios rectores de la política social y económica. Aunque, en principio, estas apreciaciones parecían depositar demasiadas esperanzas en una simple declaración jurídica, aún dotada de rango constitucional; pero resulta igualmente claro que no puede privarse de todo sentido a ninguno de los mandatos incorporados a nuestra Constitución. Pues, de ella emanan deberes y límites dirigidos a los Poderes públicos para hacer realidad los fines económicos y sociales marcados por nuestra carta magna. En este sentido y más concretamente sobre la denominada Constitución financiera, esencialmente contenida en el Título VI de la Constitución puede consultarse, entre otros, RUIZ ALMENDRAL V., y ZORZONA PÉREZ, J., “Constitución económica y Hacienda pública” en *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, (Coord.) Ramiro Avilés y Peces Barba, Marcial Pons, 2004, págs. 641-696.

en el contenido de las normas dictadas y alcanzan a todas aquellas actuaciones públicas en las cuales se vean implicados recursos públicos. Sin embargo, tienen un ámbito de aplicación particular y específico en las normas administrativas que regulan las distintas acciones de las Administraciones públicas. Pues, serán éstas las que deben desarrollar las diferentes actividades de las Administraciones para hacer realidad los distintos fines encomendados (sociales, medioambientales, etc.) y la dotación de recursos a realizar. Y, en esa labor, la estructura organizativa creada puede colaborar o entorpecer el alcanzar la misión pretendida.

La importancia de la actuación administrativa cobra especial relevancia porque se puede realizar una depurada asignación equitativa de los recursos públicos, pero puede quedar desvirtuada si no se adecúa su gestión a los fundamentos de los otros principios igualmente prescritos por nuestra Carta magna para hacer realidad los fines sociales, económicos, etc., marcados por ella. En ese escenario, el protagonismo lo toman las normas administrativas; después de todo el Derecho Administrativo es el que desarrolla el marco de actuación general de las Administraciones. En consecuencia, por mandato de este precepto constitucional, en cada ámbito de actuación administrativa habrá de tenerse en cuenta si están actuando en la forma establecida por el artículo 31.2; si está siendo fielmente cumplido, con particular incidencia en la denominada racionalidad en la gestión de las Administraciones públicas.

En realidad no parecería del todo coherente que nuestra Constitución imponga a los ciudadanos financiar las actuaciones públicas (las necesarias para atender los intereses generales pretendidos con cada actuación administrativa) si, correlativamente, no impusiera a las Administraciones Públicas llevar a cabo y desarrollar su principal misión desde principios relacionados con una justicia en la gestión realizada; y nuestra Carta magna la identifica en este artículo con los principios de eficiencia y economía. En otro caso, es decir, una gestión pública ineficiente, conllevaría una cierta desnaturalización de las prescripciones constitucionales y abriría la puerta a la posibilidad de dilapidar los recursos puestos en manos de los administradores públicos. Precisamente, con estos principios se intenta cerrar esta puerta, como vamos a ver a continuación, recordando los argumentos utilizados para finalmente incorporarlos a nuestra Carta magna.

Como ya se ha dicho, el apartado segundo del artículo 31 viene a completar los principios constitucionales que han de regir la gestión realizada por las

Administraciones públicas para hacer realidad los fines constitucionales a ellas encomendados, y también pone en relación esas dos vertientes de la actividad administrativa directamente relacionadas: la financiera y la económica. Los recursos públicos (personales, materiales o financieros) han de gestionarse de acuerdo con los principios constitucionales de eficiencia y economía.

La certera redacción dada al artículo 31 (en nuestra opinión, adecuada fórmula constitucional) vino a superar lo que era una tradición en las Constituciones, es decir, centrar la atención casi exclusivamente en la vertiente de los ingresos. En nuestro caso, se lleva a cabo una ampliación en esa visión al establecer de forma conjunta, en el Título I, tanto los principios básicos de justicia en los ingresos como los principios de justicia en el gasto (gestión efectiva de los recursos públicos y no sólo la corriente financiera de los presupuestos públicos).

Su redacción final, se ha de mencionar, tuvo como impulsor al por entonces Senador, el profesor FUENTES QUINTANA mediante enmienda introducida y de cuya intervención cabe resaltar

*“que se debían constitucionalizar los principios a los que debe responder el gasto público. Y ello porque no resulta aceptable que la Constitución ignore los criterios a que debe responder el gasto público cuando tantos artículos del texto constitucional habrán de traducirse prácticamente en aumentos de gasto del sector público. (...) si no se quiere correr el riesgo de que (...) la mano de los gastos públicos anule lo que se ha construido con la mano de los ingresos orientada por los criterios constitucionales. (...) Es previsible que el gasto público refuerce su presencia en nuestra economía en los años próximos. Este crecimiento debe tener lugar bajo la disciplina de principios que den al crecimiento del gasto público sentido y utilidad social<sup>99</sup>.*

Desde luego se trata de argumentos con innegable actualidad. Esta redacción final dio respuesta al clamor de la doctrina en este sentido y con su incorporación se venían a satisfacer las imprescindibles exigencias de justicia, también en la gestión de los recursos públicos, en el modelo de Estado que se configuraba. De esta forma, nuestra Carta magna incorporaba no sólo los principios de justicia material de la actividad

---

<sup>99</sup> Entre los múltiples trabajos que resumen su fundamentación y tramitación parlamentaria se encuentra, DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, págs. 239 y ss.

financiera (ingresos públicos) de la Administración, sino también los principios de justicia en el gasto y habrían de condicionar la propia gestión realizada de los recursos públicos (materiales, personales o financieros) y puestos en disposición de las Administraciones públicas, la vertiente económica<sup>100</sup> (generación del gasto).

Por tanto, desde la perspectiva de la Constitución, se había de configurar un modelo de Administración pública desde todos los mandatos por ella establecidos y, en este ámbito en particular, no son otros que la íntima conexión existente entre las vertientes económica y financiera<sup>101</sup>. En nuestra opinión, con esta magistral configuración realizada por la Constitución Española se establecieron de modo conjunto los principios que presiden, condicionan y subordinan la actuación de las Administraciones públicas y se contempla como un todo.

La importancia de las previsiones financieras y económicas en nuestra Carta magna se evidencia con su inclusión en este artículo, insistimos, forma parte del Título I de la Constitución; después de todo, su ubicación no hace sino reflejar su esencialidad para hacer real y efectivo el Estado social y de Derecho previsto por ella. Ello se debe, en buena medida, a que hacer realidad la práctica totalidad de los derechos y libertades reconocidos en el mismo Título va a depender de la efectiva aplicación de los mandatos contenidos en este artículo, tanto para la obtención de recursos públicos por parte de las Administraciones como de su destino y también de la gestión que ellas lleven a cabo, aunque esta vertiente no haya recibido, como hemos hecho referencia, la atención normativa que a nuestro modo de ver era necesaria.

El objetivo a perseguir debe ser alcanzar un cierto equilibrio entre las distintas vertientes (en forma de derechos y libertades de los ciudadanos) que se ven implicados

---

<sup>100</sup> Al realizar esta consideración conjunta de las prescripciones constitucionales que deben regir tanto el origen de los ingresos públicos como la forma en que se habrán de asignar y destacadamente gestionar, se incorporaron los principios rectores que presiden, tanto los ingresos (capacidad económica, igualdad, generalidad, progresividad y no confiscatoriedad) como su reparto, mediante el mandato de que su asignación lo sea de forma equitativa. Y finalmente, pero no menos importante, que la gestión a realizar lo sea desde los principios de eficiencia y economía. En este sentido CAZORLA PRIETO, L. M., *Comentarios a la Constitución 3ª ed.*, (Coord.) GARRIDO FALLA, Civitas, 2001, págs. 740 y ss.

<sup>101</sup> Se admite que el citado artículo contiene los principios de justicia material que rigen tanto la obtención de los recursos como su aplicación. Pues la justicia en los ingresos públicos no puede realizarse completamente si no va acompañada de la justicia en el gasto público, y por consiguiente, únicamente un examen conjunto de los ingresos y de los gastos públicos puede darnos la orientación político-social. En este sentido RODRIGUEZ BEREIJO, A., *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1976, págs. 40 y ss. Se suele afirmar que los trabajos de Rodríguez Bereijo fueron determinantes para la defensa y redacción final promovida por el profesor Fuentes Quintana.

en cada una de las actuaciones públicas, que no es otro que el exigido por nuestra Constitución. En la aspiración de alcanzar ese equilibrio juega un papel innegable la forma de estructurar y desarrollar las distintas actuaciones administrativas dirigidas a la consecución de los fines encomendados<sup>102</sup>.

Por tanto, los principios de eficiencia y economía nos remiten al ámbito de los gastos públicos, pero no sólo y exclusivamente al procedimiento de gastos y pagos (en términos financiero -presupuestario); sino que amplían su radio de acción al estadio previo, a la forma de generar ese gasto. Y, esa generación, depende en gran medida de la forma en que se estructuren las Administraciones, en particular las estructuras creadas para desarrollar las distintas actuaciones administrativas.

Empezamos a intuir que nos encontramos ante principios con marcado carácter técnico-económico y suponen una obligación para las Administraciones dirigida a adecuar sus actuaciones conforme a los criterios más adecuados para la mejor gestión de los recursos públicos manejados<sup>103</sup>. En otras palabras, estos principios se traducen, por un lado, en la necesidad de cierta correspondencia entre los fines pretendidos y los recursos necesarios (sólo los necesarios) para el logro efectivo de los mismos; por otro, y no menos importante, en la optimización de los recursos empleados para el logro de los fines estipulados.

---

<sup>102</sup> El primero y quizás fundamental límite financiero en la obtención de ingresos públicos, ya sean de origen tributario o mediante el recurso a la deuda, en que no se trata de un fin público sino el medio para financiar las acciones derivadas del Estado social y de Derecho definido constitucionalmente. Y por el mismo, la actividad financiera pública alcanza al conjunto de acciones tendentes a la obtención y administración de los recursos públicos con el fin de aplicarlos a la satisfacción de las necesidades generales en forma de gastos públicos. Se trata de una mera actividad de movimiento de dinero público, por más trascendencia que inevitablemente tenga, y abarca al ciclo financiero completo: detración de rentas monetarias de las economías privadas y la administración y empleo de tales rentas en la realización de los fines encomendados a las Administraciones públicas. En definitiva se trata de una actividad instrumental, por cuanto no satisface de manera inmediata una necesidad pública, sino que es uno de los instrumentos puestos a disposición de las Administraciones públicas para el desarrollo de la finalidad concreta.

<sup>103</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional señaló, en relación con el desarrollo del Estado de las Autonomías que, desde la perspectiva de la asignación racional de los recursos escasos, por las exigencias que resultan del mandato constitucional sobre los criterios de "eficiencia y economía" a que debe responder la programación y ejecución del gasto público en orden a la realización del principio de una asignación equitativa de los recursos públicos enunciado en el art. 31.2 de la Constitución y de acuerdo además con los principios propios del Estado autonómico y, entre ellos, los de descentralización y eficacia administrativa (art. 103.1 C.E.), obligan a evitar, en lo posible, administraciones paralelas o duplicidades innecesarias de servicios y disfuncionalidades, que serían contrarias a los criterios que la Constitución propugna. En este sentido, STC 187/1988, de 31 de mayo, 214/1989, de 21 de diciembre, 13/1992, de 6 de febrero.



Al fin y al cabo, en la gestión de los intereses generales encomendada a las Administraciones públicas, los unos (ingresos) se justifican en la existencia de los otros (gastos). Pero no son inmunes a la forma de conseguir los fines marcados por nuestra Constitución; en este punto del camino cobra protagonismo propio la forma de alcanzarlos. En ese paso intermedio (entre fines y medios) las Administraciones públicas encuentran, entre otros, estos preceptos constitucionales. Los principios de eficiencia y economía como primer elemento de referencia; además, nuestra Carta magna incorpora otros principios cuya relación con ellos es directa y reiterativa, entre otros los principios específicamente dirigidos a las Administraciones públicas en el artículo 103.1, en particular el principio de eficacia allí contemplado. A los fundamentos y relación entre estos tres principios nos dirigimos a continuación.

## **2.2. Las relaciones entre los principios constitucionales de eficiencia, economía y eficacia.**

Entre las principales consecuencias del reconocimiento constitucional de los denominados derechos de carácter económico y social se encuentra la importante intervención de las Administraciones públicas para garantizar su efectividad<sup>104</sup>. Pero, tal intervención administrativa está condicionada por los principios que rigen sus actuaciones y, naturalmente, por el pleno respeto a los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, también los económicos y financieros<sup>105</sup>. Así, entre las garantías incorporadas por la Carta magna se encuentran los principios de justicia en la gestión pública. Y, como hemos mencionado, la configuración de nuestro país como un Estado social y de Derecho ha conllevado un considerable incremento de la presencia de las

---

<sup>104</sup> Esta realidad pronto fue puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, al decir que la interacción entre Estado y Sociedad, destacada por la doctrina, produce consecuencias muy diversas en el mundo del Derecho, (...) y el reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social (reflejado en diversos preceptos de la Constitución) conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos (especialmente de los de contenido patrimonial, como el de propiedad) y al cumplimiento de determinados deberes (como los tributarios). STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 3º.

<sup>105</sup> En relación con los principios de eficiencia y economía, el Tribunal Constitucional ha recordado que estos principios deben predicarse en cada Administración pública y en el entero entramado de la actividad pública en que se vean directa o indirectamente afectados derechos y libertades de los ciudadanos. STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2º.

Administraciones públicas en diferentes áreas de la vida social, económica y financiera. Aunque, insistimos, su intervención se ha de realizar desde el pleno respeto a los distintos mandatos constitucionales a ellas dirigidos y adecuar cada una de sus actuaciones a los principios que la misma preestablece.

Los principios tienen una finalidad clara y específica: condicionar y limitar el ejercicio del poder de actuación atribuido a las Administraciones públicas<sup>106</sup>. Es decir, que las potestades públicas se dirijan, exclusivamente, a la consecución de la misión encomendada, el mejor servicio a los intereses generales, también desde la gestión por ellas realizada<sup>107</sup>. En relación con esa gestión se ha de tener en cuenta lo previsto en artículo 31.2; especialmente, porque es al legislador al que corresponde el desarrollo de los principios en él contenidos (destacadamente en el ámbito administrativo). Pues, en mayor o menor medida, en cada actuación administrativa se ven implicados recursos públicos y no parece razonable un silencio normativo en este ámbito sobre unos principios dirigidos específicamente a las Administraciones públicas. Sin embargo, como se ha advertido y desarrollaremos, estos principios finalmente se van desarrollando por parte de nuestras normas administrativas (no sólo como simple enunciación).

La fórmula del artículo 31.2 ha de ser entendida en conexión con el resto de principios igualmente dirigidos, en exclusiva, a las Administraciones públicas. Todos ellos se erigen en presupuesto de interpretación, tanto del texto constitucional como de la legislación ordinaria<sup>108</sup>. En consecuencia, los principios de eficiencia y economía, por

---

<sup>106</sup> En el particular caso del poder financiero de las Administraciones públicas encuentra en la propia Constitución los límites a su intervención, tanto para evitar los excesos del “fiscalismo” a toda costa, como para asegurar el respeto de las garantías del Estado de Derecho y sus derechos y libertades fundamentales. Pues, como se ha afirmado se puede cumplir la paradoja, tantas veces subrayada, de que el Estado que es el fundamento y garantía imprescindible del orden jurídico y económico que asegura la libertad y la propiedad individual, es, al mismo tiempo, su principal amenaza. Vid. RODRÍGUEZ BEREIJO, A., “Constitución, ..., op. cit., págs. 98-104.

<sup>107</sup> El artículo 31.2 se posiciona muy claramente sobre esta vertiente, tanto por establecer una asignación equitativa de los ingresos públicos y lo que es más decisivo, la gestión responderá a los principios de eficiencia y economía; principios que por sí mismos marcan toda una política y gestión pública. En este sentido BASSOLS COMA, M., “La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho público económico; el principio de buena regulación económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 325, febrero, 2012, págs. 11 y ss.

<sup>108</sup> Aunque los principios de eficiencia y economía formen parte de un precepto en el que se contemplan mayoritariamente los principios que rigen en la obtención de los recursos financieros (un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad) que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio: artículo 31.1 esto no parece razón suficiente para que su segundo apartado haya tenido un desarrollado normativo limitado durante más de tres décadas. Lo cual ha tenido, entre otras

mandato constitucional, condicionan las actuaciones de las Administraciones públicas dirigidas a la consecución de los fines asignados y ha de conjugarse su aplicación junto al resto de principios y valores consagrados por la Constitución. A buena parte de los principios que condicionan las actuaciones administrativas nos referimos en este trabajo, pero ahora conviene centrarse en uno en particular, el de eficacia.

Como decimos, se dirige ahora nuestra atención al principio de eficacia, como principio general administrativo dirigido específicamente a las Administraciones públicas (artículo 103.1.). La razón de esta particular atención se encuentra en su intrínseca relación con los de eficiencia y economía. Entre estos tres principios existe una conexión determinante que debe aclararse y delimitarse, además de ser mandatos constitucionales de actuación directos y dirigidos a las Administraciones públicas<sup>109</sup>. Aunque no haya sido habitual establecer esta conexión, las nuevas realidades económicas y financieras que nos han dado el entorno europeo y global y, también las graves consecuencias de la crisis económica, han propiciado, en buena medida, la necesidad de abordarlos desde esta perspectiva.

Pues bien, suele existir cierto consenso cuando se afirma que las Administraciones públicas deben actuar con eficacia para alcanzar el fin institucional conferido. En coherencia y para la efectividad de esta afirmación las normas administrativas deben establecer el marco de actuación necesario para posibilitar la adopción de las decisiones administrativas de forma ágil y fiable. Desde el punto de vista jurídico, junto a otros, el principio de eficacia justifica el otorgar a las Administraciones públicas los poderes y prerrogativas que le permitan cumplir el fin encomendado; entre otras se encuentra la potestad de adoptar decisiones unilaterales de obligado cumplimiento, la de ejecutar forzosamente sus propios actos, la potestad expropiatoria, la potestad organizatoria, etc. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha vinculado el principio de eficacia del

---

consecuencias, que se ha convertido en habitual referirnos a las distintas manifestaciones de las ineficiencias públicas, cuando no otras actuaciones que entran en la ámbito de los delitos.

<sup>109</sup> Así, la preocupación de los constituyentes por la efectividad de la acción de los Poderes públicos está presente a lo largo de todo su texto. Y, el principio de eficacia, al igual que los de eficiencia y economía, no formaban parte del anteproyecto y fueron incorporados durante los trabajos de tramitación parlamentaria. Vid. PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, abril-septiembre, 1989, págs. 15-65.

artículo 103.1 con los poderes o prerrogativas otorgadas a las Administraciones públicas<sup>110</sup>.

La eficacia administrativa requiere adecuar los medios a los fines y prestar una permanente atención a las condiciones en que se desenvuelve la acción administrativa. En realidad, la eficacia administrativa depende, sobre todo, de los recursos disponibles y, desde luego, de una organización interna estructurada para alcanzar la finalidad pretendida de la mejor forma posible<sup>111</sup>. Desde esta perspectiva, la eficacia administrativa nos conecta con los principios económicos de eficiencia y economía expresados en el artículo 31.2. Y, la efectividad de los principios de eficacia, eficiencia y economía en nuestras Administraciones es una cuestión de estricto Derecho positivo, por tanto exigen una respuesta precisa por parte del legislador y de las Administraciones públicas.

Para adentrarnos en la relación existente entre los principios de eficacia, eficiencia y economía, en términos económicos, hemos de realizar una breve aproximación conceptual a cada uno de ellos. De esta aproximación resultará una primera idea, al menos general, en lo que aquí interesa y referida fundamentalmente a la eficiencia en las estructuras públicas que gestionan servicios públicos locales.

Es comúnmente aceptado que el principio de eficacia muestra el resultado entre los objetivos marcados con cada actuación y el logro efectivo de los mismos. Por su parte, el principio de eficiencia aporta algo más, al correlacionar esos objetivos con los recursos necesarios para que su consecución sea real y efectiva. Esta idea básica nos lleva a otra cualidad destacable, el principio de eficacia muestra los resultados obtenidos en términos absolutos (determina el grado o nivel de cumplimiento alcanzado de los objetivos marcados); mientras que el principio de eficiencia nos proporciona una

---

<sup>110</sup> Por ejemplo, la presunción de legalidad y la ejecutividad inmediata de que gozan los actos y decisiones administrativas, así señalado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las STC 22/1984, de 17 de febrero; STC 115/1987, de 7 de julio; STC 238/1992, de 17 de diciembre.

<sup>111</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional lo ha recordado como un principio esencial, sancionado constitucionalmente en el art. 103.1, de la propia Carta fundamental, que debe presidir, junto con otros, toda la actuación de la Administración Pública. Un principio que debe presidir, como es obvio, lo que es previo a la actividad administrativa, la organización. Pues, si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1, que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente. STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ3º.

medida relativa, al relacionar los resultados con los recursos necesarios para alcanzarlos (medios materiales, personales o financieros) y, postula que sean sólo los necesarios para su consecución. Si ejemplificamos estas cualidades se puede decir que una actuación será eficaz si se han alcanzado los objetivos previstos, pero para que responda al principio de eficiencia en la consecución de esos objetivos, se debe haber dado la mejor combinación posible de los recursos empleados. Así, puede ocurrir que se alcancen los objetivos previstos pero la dotación de recursos puede perfectamente considerarse como desproporcionadas y, por tanto, sería ineficiente.

En consecuencia, si ambas vertientes no pueden separarse entonces, no deberían abordarse aisladamente los fines pretendidos sin tener en cuenta los recursos que se han destinado a la consecución del objetivo previsto. Si así se hiciera, sólo estaríamos prestando atención al principio de eficacia y nos encontraríamos con una visión parcial de la actuación; de esa forma no podemos valorar si los recursos empleados han sido los que la acción requería o, por el contrario, se han dedicado más o menos recursos de los necesarios para alcanzar la finalidad pretendida.

En nuestra opinión, esta es la razón de ser del principio de eficiencia en nuestra Carta magna, la de evitar, al menos intentar, que se dediquen más o menos recursos de los necesarios a cada uno de los múltiples fines por ella determinados en el marco de nuestro Estado social y de Derecho. Intentemos visualizar esta realidad con alguno de los casos habituales en nuestras Entidades locales, en tanto que son centro de atención en este trabajo. Se puede afirmar que todos los municipios son eficaces ya que todos prestan los servicios obligatorios. Ahora bien, tal prestación ¿se está realizando de forma eficiente? Quizás la respuesta se haya visualizado con mayor nitidez durante los últimos años, especialmente por la crisis económica.

La preocupación de nuestros constituyentes por la vertiente económica de las actuaciones administrativas no se detuvo en el principio de eficiencia, sino que insistió en el sentido de la optimización en el uso de los recursos públicos, es decir, al principio de eficiencia se añade el de economía. Cuando decimos que “insiste” queremos reflejar el principal fundamento del principio de economía, que no es otro que pretender la

mejor combinación entre medios (recursos) y fines ; en otras palabras, debe ser la más idónea para satisfacer la necesidad concreta perseguida (mandato de optimización)<sup>112</sup>.

Con esta formulación, nuestra Carta magna, traslada una orden concreta al legislador y a las Administraciones públicas: desarrollar y valorar, siempre, no sólo la relación entre los medios (recursos) necesarios y los fines a alcanzar, sino si esa relación es la más idónea, no cualquier otra (la que mejor sirve al interés general pretendido)<sup>113</sup>.

En consecuencia, creemos poder concluir que tanto el principio de economía como el de eficacia abordan aspectos parciales del principio de eficiencia. Pues, si la finalidad pretendida se ha alcanzado, entonces se está siendo eficaz (se ha conseguido el objetivo marcado); y, si lo ha sido dedicando sólo los recursos necesarios entonces se está realizando de la forma más óptima posible (principio de economía); y, como hemos avanzado, ambas condiciones se contemplan e incluyen cuando se afirma que estamos ante una actuación administrativa eficiente.

Al darse la circunstancia de que nuestra Constitución incorpora los tres principios mencionados parece coherente entender, como intención del constituyente, la de reiterar que la principal función atribuida a las Administraciones públicas (gestión de los intereses generales) ha de llevarse a cabo dirigiendo su atención tanto a los fines pretendidos como a los recursos destinados a ellos, al contemplar que esa combinación

---

<sup>112</sup> La estrecha relación entre la eficiencia, economía y eficacia en la gestión de lo público ha dado lugar a la conocida regla de las tres “es”: la economía relaciona los medios empleados con los fines perseguidos; la eficacia vincula los fines perseguidos con los resultados obtenidos; y, por último, la eficiencia compara los resultados obtenidos con los medios empleados. Su verificación en materia de gastos públicos se hará fundamentalmente evaluando las decisiones de gasto público plasmadas en los presupuestos, así como su ejecución. Decimos bien, decisiones de gasto, y éstas no se refieren al procedimiento de pago llevado a cabo por las haciendas públicas sino a las derivadas de la gestión realizada.

<sup>113</sup> Son múltiples las perspectivas y modelos que abordan estos principios y otros afines, por ejemplo, desde la óptica del modelo de elección racional se plantea la distinción entre economía, eficiencia y eficacia; por su parte desde la óptica del juicio político presenta la disparidad que existe entre la pertinencia y eficacia. A su vez se diferencia entre eficiencia técnica y eficiencia económica; eficiencia asignativa y eficiencia productiva; y eficiencia operacional y eficiencia adaptativa. Y se entiende desde dos perspectivas teóricas: el modelo de los objetivos y el enfoque de sistemas. También, como guía de acción de la Administración pública se contemplan dos perspectivas, como medida de éxito o no alcanzado en su actuación: la eficacia del condicionamiento (gobierno eficaz) y la eficacia de la gestión (administración eficaz). Entre los trabajos que abordan las perspectivas mencionadas se encuentra el de LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, abril-septiembre, 1989, págs. 67 -96. También puede verse, desde una visión más cercana a la reforma de la Constitución, NAVARRO FAURE, A., “El Estado social y los principios del gasto público y de la deuda pública en una Hacienda globalizada”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución Española*, (Dir.) López Garrido, (Coord.) Martínez Alarcón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pág. 300 y ss.

sea la más óptima posible. De una u otra forma, cada uno ellos, complementa a los otros y viene a reafirmar el mandato de la optimización y racionalización en el uso de los recursos públicos, que no en el sentido de gasto mínimo. A lo que hace referencia el principio de eficiencia es que los recursos sean los necesarios, ni más ni menos.

En nuestra opinión, la inclusión del principio de eficacia entre los principios del artículo 103.1, no hace sino reforzar los fundamentos de los principios de eficiencia y economía (artículo 31.2). Y la expresa obligación constitucional de estos principios dirigida a las Administraciones públicas se une a la no menos importante reflejada en el mismo artículo 103.1, esto es, su “*sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”, lo cual, conlleva una remisión clara y específica al legislador ordinario respecto de aquellas normas que desarrollen los distintos preceptos constitucionales dirigidos a con figurar la actuación de las Administraciones públicas (también el deber de eficiencia y economía)<sup>114</sup>.

Sin embargo, la consagración constitucional de principios que no forman parte de nuestra tradición jurídica ha conllevado cierta problemática y considerable retraso en su efectiva implantación, especialmente en el ámbito público<sup>115</sup>. El caso del principio de eficiencia es especialmente llamativo, al tratarse de un principio que forma parte de nuestra Constitución desde hace cuatro décadas. A pesar de ello se ha mantenido una palmaria ausencia de este principio, tanto en su desarrollo por parte del legislador administrativo como en su efectiva aplicación en las Administraciones públicas.

Entre las razones que se nos ocurren para justificar este hecho estaría la relacionada con las raíces privadas del principio de eficiencia y su importante arraigo en ese ámbito, especialmente porque cuando se hace referencia a él se suele identificar con la idea del lucro, beneficio o rentabilidad económica<sup>116</sup>. Desde esta perspectiva y dada la diferencia

---

<sup>114</sup> En este sentido, aunque referido al principio de eficacia, tiene declarado el Tribunal Constitucional que “el reconocimiento por el artículo 103 de la Constitución del principio de eficacia como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho significa una remisión al legislador ordinario respecto de aquellas normas en que se concrete la consagración de la eficacia”. STC 22/1984, de 17 de febrero de 1984, FJº 4. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar distintas potestades administrativas y practicables genéricamente por cualquier administración pública.

<sup>115</sup> En nuestros días, bien sabemos las dificultades que presenta la aplicación de principios poco habituales en nuestras Administraciones (como los ahora constitucionalizados). Aunque tampoco ha sido, ni está siendo fácil, el desarrollo de ese derecho reconocido en nuestra Constitución pero desarrollado ampliamente desde nuestra incorporación a la Unión Europea, esto es, el de la libertad de empresa en una economía de mercado.

<sup>116</sup> En la acepción de la eficiencia que le asigna la economía y su origen en el ámbito privado se diferencian diversos tipos de eficiencia en función de la naturaleza, de los objetivos o de la forma de su consecución. Pudiéndose diferenciar distintos tipos de eficiencia según el criterio material que se emplee

de fines perseguidos por el ámbito público y el privado, podría llevarnos a pensar que se trata de una de las posibles justificaciones por las cuales se ha mantenido a este principio fuera de la órbita del ámbito administrativo. También, podemos pensar que era más “cómodo” para los responsables públicos centrar su atención en la vertiente absoluta dada por el principio de eficacia, dejando de lado un principio que lleva implícito un claro componente de control y limitación en el ejercicio de las potestades públicas en general y de la organizatoria en particular<sup>117</sup>.

En efecto, el factor de optimización inherente en el principio de eficiencia alcanza de forma especial a las estructuras públicas necesarias para llevar a cabo la actividad concreta. En la configuración de dichas estructuras debería darse la mejor relación posible entre medios y fines (eficiencia) y tener como resultado el aportar el máximo beneficio y rentabilidad a los destinatarios de toda actuación administrativa: los ciudadanos<sup>118</sup>. En nuestra opinión, ahí radica y se encuentra una de las más importantes

---

para la fijación de la relación óptima. Sobre esta diferenciación puede verse LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., “Una aproximación, ..., op. cit., págs. 67-96.

<sup>117</sup> En este sentido y relacionado con su incidencia en el control de los poderes públicos puede verse GIMENO FELIU, J. M., “El principio de eficiencia”, en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, (Dir.) Santamaría Pastor, La Ley, Madrid, 2010, págs. 1258 y ss.

<sup>118</sup> En este sentido, uno de los ámbitos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional es el patrimonial de las Administraciones públicas y ha afirmado que “los negocios jurídicos de explotación de bienes patrimoniales de las entidades locales están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquéllas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular” ( STC 166/1998, de 15 de julio). Y dicha finalidad puede satisfacerse perfectamente seleccionando al adjudicatario mediante concurso, forma de adjudicación del contrato en la que, entre otros criterios a considerar, habrá de tenerse en cuenta, desde luego, el del precio ofertado, hasta el punto de que este criterio resultará determinante si existiera empate entre ofertas atendiendo a los restantes criterios de adjudicación del concurso, pues, existiendo esa situación de igualdad entre los licitadores, la racionalidad de los principios de buena administración de los intereses públicos (artículo 103.1) y de eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos (artículo 31.2 CE), conduce a la elección del interesado que ofrezca pagar mayor precio por la utilización del bien patrimonial de que se trate. STC 162/2009, de 29 de junio de 2009, FJ 4º.

Otro ámbito en el que también ha hecho referencia al principio de eficiencia se encuentra en la actividad de fomento, particularmente en las subvenciones. El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la Ley general de subvenciones expresó que esa ley se incardina “en el conjunto de medidas y reformas del “proceso de perfeccionamiento y racionalización de nuestro sistema económico” y persigue una mejora de la transparencia, de la eficiencia y eficacia en la gestión del gasto público subvencional, que evite distorsiones en el mercado y asegure la complementariedad y coherencia de la actuación administrativa, así como un incremento del control y la evaluación. Ello es especialmente importante en el campo que ahora nos ocupa, pues ciertamente en la regulación de las subvenciones, además de la garantía a los administrados de un tratamiento común, concurren otros objetivos de interés general estrechamente conectados con el carácter de gasto público de la subvención. Entre los que cabe mencionar la asignación equitativa de los recursos a través del gasto público (artículo 31.2 CE), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (artículo 128.1 CE), la programación y ejecución del gasto público conforme a los principios de eficiencia y economía (artículo 31.2 CE), la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), la prevención de eventuales distorsiones del funcionamiento del mercado, la coherencia y coordinación de la



razones para su incorporación expresa a nuestra Constitución, y no tanto en esa particular y específica acepción más relacionada con el beneficio en estrictos términos empresariales.

El principio de eficiencia, al convertirse en principio general elevado a rango constitucional preside y condiciona las actuaciones administrativas y se erige en mandato directo para ellas; no como meta a perseguir (la eficiencia no es un fin) sino que se inserta en la forma de conseguir los objetivos pretendidos con la actuación concreta a realizar. Dicho de otro modo, destinando sólo los recursos públicos estrictamente necesarios para la consecución de los fines pretendidos (que no quiere decir menos recursos o como se ha abordado el problema presupuestario y financiero, mediante “recortes”). En esto no cabe neutralidad y debemos diferenciarlos netamente.

Creemos haber justificado la necesaria aplicación del principio de eficiencia en nuestras Administraciones públicas, más allá de sus raíces privadas y su equiparación en muchos casos con el lucro económico. Sin embargo, también consideramos oportuno dedicar unas páginas a la modulación de sus estrictos fundamentos cuando nos adentramos en los específicos fines a perseguir por las Administraciones públicas. A esta modulación nos referimos en el siguiente epígrafe y nos llevará al principio de sostenibilidad económica.

### **2.3. Los fundamentos del principio de sostenibilidad económica.**

Como hemos anticipado, un principio como el de eficiencia, de aplicación universal en el ámbito privado y sin embargo presente en nuestra Constitución, ha de relacionarse necesariamente con la misión encomendada a las Administraciones públicas y la gestión llevada a cabo por ellas. En consecuencia, debemos valorar y realizar algunas matizaciones en directa relación con la misión encomendada a los Poderes públicos y el

---

política subvencional de todas las Administraciones públicas, la lucha contra el fraude y la corrupción en la gestión de los fondos públicos, así como el incremento de la transparencia, el control y la evaluación del gasto subvencional. STC 130/2013, de 4 de junio, FJ 9º.

elenco de principios y valores incorporados en nuestra Carta magna <sup>119</sup>. Pues, la mera racionalidad empresarial del ámbito privado tendente a la consecución del máximo beneficio ha de mitigarse y modularse por la específica finalidad de las Administraciones públicas <sup>120</sup>, aunque no por ello simplemente obviar la vertiente económica de las actuaciones públicas, como se ha hecho durante algunas décadas, en particular si a la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales nos referimos, como hemos visto.

Así, la extrapolación al ámbito de lo público de los postulados del principio de eficiencia conlleva que deba ponerse en directa relación y, en cierta forma lo condicione, precisamente por el prioritario mandato que rige y dirige las distintas actuaciones de las Administraciones públicas (servir a los intereses generales). Ahora bien, las modulaciones a incorporar no implican ignorar o desvirtuar sus fundamentos. Precisamente, el efecto producido, al formar parte de nuestra Carta magna, es el de convertirlo en principio jurídico de obligada aplicación en las Administraciones públicas. La finalidad es conseguir la más óptima correlación entre los fines pretendidos (intereses generales) y los recursos necesarios para hacerlos efectivos. Ni más, ni menos.

Por estas y otras razones hemos creído adecuado llevar a cabo una relación más con otro principio que profundiza en la idea de la optimización que venimos exponiendo y sobre la cual nuestra Constitución también se pronuncia. Al poner en relación el principio de eficiencia en la actuación administrativa con los postulados de ese otro principio

---

<sup>119</sup> En relación con este principio se ha señalado que puede tropezar con algunas dificultades y plantearse cierta oposición del principio de eficiencia a la amplitud y características propias de los fines encomendados a las Administraciones. También se añade la complejidad del estatuto del sujeto al que éste se le imputa y la inevitable heterogeneidad, en su forma, sustancia y objeto, de la actividad a desarrollar por las Administraciones públicas. Estas y otras razones se han argumentado para intentar explicar la ductilidad de este principio y que no haya cristalizado en la composición de bienes jurídicos y, por tanto, la solución más adecuada en cada caso a su exigencia última de realización efectiva del interés general. Así, se ha justificado la amplia libertad concedida constitucionalmente en primer término al legislador ordinario para concretar su alcance y exigencias. En este sentido PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia, ..., op. cit., págs. 42 y ss.

<sup>120</sup> Pero, no dejemos de lado en ningún momento que lo que hace la Administración pública es administrar, es decir, gestionar recursos escasos (personal, patrimonio, financiación) para la consecución de fines de interés general. Por tanto, la Administración es una organización económica de primer orden: porque administra los recursos del Estado y porque proyecta su actividad en todas sus formas (regulación, intervención, fomento, servicio público, iniciativa empresarial, planificación, información) sobre el mercado, dicho de otro modo, sobre todos los ciudadanos. Vid. VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 186, septiembre-diciembre, 2011, págs. 91-135.

jurídico que penetra en esta perspectiva entonces nos dirige al principio de sostenibilidad económica. Efectivamente, nos referimos al principio de proporcionalidad. Un principio que no aparece expresamente en el texto constitucional, sin embargo de forma progresiva se ha ido incorporando a nuestro Estado de derecho<sup>121</sup>. El punto de partida nos lo aporta la doctrina jurisprudencial y de su mano ha pasado a ser un principio presente en la mayoría de las normas, también las administrativas<sup>122</sup>. De esta forma, mediante la combinación de los fundamentos de ambos principios llegamos al principio aquí definido, el de sostenibilidad económica.

El principio de proporcionalidad se une, engarza y refuerza los fundamentos del principio de eficiencia y colabora en las posibles respuestas a preguntas esenciales que deben hacerse las Administraciones públicas en todo caso ¿beneficia la actuación a desarrollar al interés general?; ¿se corresponde la finalidad perseguida con la necesidad apreciada?; ¿es realmente necesario?; ¿qué dotación de recursos posibilitarían su desarrollo efectivo?; ¿qué organización reporta más beneficios a los ciudadanos?, etc.

---

<sup>121</sup> Se trata de un principio general que está reconocido al máximo nivel y, por tanto, vincula a todos los Poderes públicos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha realizado no pocos pronunciamientos que, siendo reconducibles a una concepción sistemática y unitaria de la acción del Estado y de la dignidad de la persona a la que aquélla se dirige, se resuelven en afirmar que el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor justicia proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución. La conclusión más relevante de su máximo rango se desprende por sí sola: el legislador está vinculado al principio de proporcionalidad y al Tribunal Constitucional corresponde su enjuiciamiento. Con mayor razón, quedan también a él sujetos la Administración y los jueces, en sus respectivos ámbitos, cuando aplican e interpretan el Derecho. Así es defendido por BARNÉS, J., “El principio de proporcionalidad, estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho público*, nº 5, septiembre-diciembre 1998, págs. 15-49. Y se añade que el principio de proporcionalidad nace y se desarrolla para proteger las libertades de los ciudadanos y los tres test que poco a poco se han desarrollado como parte integrante del principio. Una profundización sobre este principio lo realiza SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *EL control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>122</sup> Desde hace décadas era una constatación general que el principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo debía su existencia y reconocimiento a la jurisprudencia y a la doctrina, más que al Derecho positivo. Junto a ello, fue el propio Tribunal Constitucional quien desde los primeros años de vida de nuestra Constitución (STC 22/1981, de 2 de julio; STC 34/1981, de 10 de noviembre; STC 62/1982, de 15 de octubre) recepcionó y aplicó el principio de proporcionalidad, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, como un auténtico principio constitucional en el específico ámbito y al servicio de los derechos y libertades fundamentales, sin perjuicio de reconocerlo además como un principio general del Derecho. Sobre estos inicios se puede ver LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., “El principio de proporcionalidad en Derecho administrativo”, *Cuadernos de Derecho público*, nº 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 155 y ss. También se ha expresado que su evolución en el Ordenamiento administrativo español ha sido más lenta que en otros Estados europeos. Sin embargo, actualmente contamos con una jurisprudencia constitucional ciertamente sistemática en torno a la aplicación de la proporcionalidad, y una jurisdicción contencioso-administrativa que ha reaccionado a esta evolución y hace un uso igualmente tripartito del mismo. Como colofón a esta evolución jurisprudencial, el texto constitucional consagra la proporcionalidad de manera implícita, y el legislador ordinario le ha otorgado un estatus expreso entre las garantías de los particulares frente al Poder público. Vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *Revista de Administración pública*, nº 162, septiembre-diciembre, 2003, págs. 145-171.

Por tanto, la aplicación de los postulados del principio de eficiencia con proporcionalidad nos sitúa en el principio de sostenibilidad económica. Un principio que no sólo juega un papel determinante en la gestión de la escasez de recursos, sino que es imprescindible su aplicación al resultar imposible atender ilimitada y simultáneamente las múltiples necesidades (intereses generales) que se pueden presentar.

También se ha de ver en el principio de proporcionalidad y su triple test (de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto) el mandato de la optimización y deducido de la propia naturaleza de ambos principios<sup>123</sup>. Esta equivalencia es necesaria y nos conectará directamente con el límite introducido por el principio de sostenibilidad económica en la discrecionalidad administrativa en general y en el ámbito organizatorio en particular, como hemos visto y profundizaremos<sup>124</sup>. De este modo, cada uno de los criterios (utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación; al alcanzar, condicionar y modular las estrictas raíces privadas del principio de eficiencia<sup>125</sup>. Todo lo expuesto nos ayuda a juzgar y evaluar la relación entre el medio empleado y el fin pretendido, pero bajo el perfil económico que

---

<sup>123</sup> Los criterios de idoneidad y de necesidad se refieren más a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. Y, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se dirige más a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas. Sobre esta perspectiva se puede ver ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 91, enero-abril, 2011, págs. 11-29.

<sup>124</sup> Especial interés tiene el sentido dado tanto por la Jurisprudencia como por la doctrina ya consolidada y que han estructurado la aplicación del principio de proporcionalidad en torno al triple y escalonado test, que conformaría, de este modo, tres sub-conceptos de dicho principio: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Test que, aplicado a los medios y fines de la actuación administrativa, se articula como una de las formas de control de la actuación administrativa discrecional. La motivación adquiere, por lo tanto, especial significación en la aplicación del principio de proporcionalidad, puesto que es lo que permite fundamentar los tres juicios en los que consiste el test de aplicabilidad. Y asimismo, es necesario indicar el carácter normativo del principio de proporcionalidad y que se ha aplicado a la actividad administrativa restrictiva de derechos y libertades con fundamento en la concepción del Estado de Derecho con la finalidad de controlar dicha actividad restrictiva en garantía de los derechos e intereses afectados por la misma”. Vid. CONDE ANTEQUERA, J., “El principio de proporcionalidad en la restauración urbanística. ¿Un caballo de Troya en la seguridad jurídica?”, *Revista Vasca de Administración pública*, nº 91, septiembre-diciembre 2011, págs. 103-144.

<sup>125</sup> En particular porque para el criterio de utilidad lo que importa es que el medio elegido no sea desde todo punto de vista y *a priori* absolutamente incapaz o in-idóneo. Por pequeña que sea la restricción de la libertad, si ésta resulta manifiestamente inútil, deviene absurda y carente de sentido en un Estado de Derecho. Desde el criterio de necesidad de la intervención no sólo se acepta el fin en un sentido neutro sino también en el concreto grado de efectividad (intensidad, extensión, etc.) con el que el Poder público aspira a satisfacerlo. El test de proporcionalidad en sentido estricto, en cambio, introduce el resultado perseguido en su análisis y cuando da positivo (porque el balance sea abiertamente deficitario) impide o bloquea la persecución del fin a través del medio evaluado. En este sentido, BARNÉS, “El principio, ..., op. cit., págs. 15-49.

nos aporta el principio de eficiencia, el medio utilizado ha de ser el más idóneo para la consecución del objetivo; necesario (el más moderado) respecto de todos los medios útiles y susceptibles de alcanzarlo ; y razonable o proporcional en el resultado de distintas valoraciones (también la que nos aporta la ecuación costes-beneficios)<sup>126</sup>.

En el particular caso del principio de proporcionalidad, la jurisprudencia tiene dicho que la perspectiva debe ser amplia <sup>127</sup>, ya que este principio “*recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida*” (esa armonía, en el ámbito económico, nos la aporta el principio de eficiencia) y se recuerda que en el ámbito local,

*“el principio de proporcionalidad tiene expresión en los artículos 84.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local 711985, y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos:*

*a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el Ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables.*

*b) Ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado”.*

En suma, entre las múltiples y diversas valoraciones a realizar por las Administraciones públicas en la andadura de alcanzar los fines encomendados se encuentran también las relativas al principio de sostenibilidad económica; aunque no haya sido una práctica habitual; pero, como se ha adelantado y desarrollará, la situación ha cambiado. Así, la incorporación del principio de sostenibilidad económica (eficiencia y proporcionalidad) a las normas administrativas y, por tanto, de obligada aplicación para las

---

<sup>126</sup> La evolución de los acontecimientos de las últimas décadas nos llevan a valorar que junto al ámbito clásico de este principio en las actividades de intervención de los Poderes públicos en los derechos fundamentales y derechos e intereses tutelados por el Ordenamiento, la doctrina alemana ha llamado la atención también acerca de una segunda funcionalidad importante del principio de proporcionalidad, como es el de ser un “*instrumento de optimización de medidas*” para la aplicación de otros principios como el principio de igualdad, los principios que protagonizan las razones imperiosas de interés general, como en el principio de simplificación de procedimientos y cargas administrativas. En este sentido puede verse LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., “El principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas”, en *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, (Dir.) Gamero Casado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 125 y ss.

<sup>127</sup> Por ejemplo la STS 12013/1990, de 16 de mayo.

Administraciones públicas, tiene variadas implicaciones; entre otras que le sean jurídicamente exigibles obligaciones concretas de motivación; por ejemplo:

a. El alcance de la actuación administrativa debe ser adecuado a los fines que la justifican. En las formas de gestión de los servicios públicos no se podría optar por aquella forma que resulte desproporcionada, entrando a valorar el principio de sostenibilidad económica, como ahora se impone por las distintas normas reguladoras de esta potestad.

b. La medida adoptada será la necesaria, por menos restrictiva y moderada en relación con los distintos derechos y libertades que puedan verse afectados, para la consecución eficiente del fin perseguido. La elección de una forma de gestión insostenible económicamente afecta a distintos derechos y libertades de los usuarios, en muchos casos obligatorios.

c. La medida debe resultar equilibrada, por derivarse de ella, para el interés general, unos beneficios superiores a las limitaciones o restricciones de derechos que la medida comporta, también los económicos. Es decir, la rentabilidad a perseguir con la forma de gestión se traduce en los beneficios reportados a sus destinatarios.

Aunque, como se sabe, no es esta una perspectiva que haya sido valorada por las Entidades locales y, por ello mismo, fuente de ineficiencias o deficiencias (cuando no otras actuaciones que entran en el ámbito de los delitos).

Así, el escenario en que se sitúa el principio de sostenibilidad económica no es otro que el ejercicio de las potestades públicas en general y las discrecionales en particular. En este sentido, los fundamentos constitucionales del principio de sostenibilidad económica en nuestro Derecho administrativo se sustentan en los valores que propugna nuestro Estado de Derecho<sup>128</sup>. Pero, sobre todo, los fundamentos del principio de sostenibilidad económica sirven para controlar la afección que la actuación administrativa discrecional tiene en la esfera individual y colectiva de los ciudadanos, constituyendo un verdadero límite a las potestades administrativas, cuya principal función es condicionar o variar la

---

<sup>128</sup> Sobre los efectos de la aplicación del principio de proporcionalidad se afirma que representa una exigencia constitucional para la actividad de todos los Poderes públicos, que afecte a la esfera de libertad de las personas, particularmente a la esfera de derechos y libertades fundamentales; entre dichos Poderes públicos se encuentran naturalmente, las Administraciones públicas. Sucede, además que, en relación con las Administraciones públicas y su estatuto constitucional específico, el principio de proporcionalidad se erige en un verdadero parámetro de legalidad de la Administración en el ámbito del Derecho administrativo. Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., "El principio, ..., op. cit., págs. 44 y ss.

discrecionalidad administrativa, con el objetivo principal de evitar que la actuación discrecional se convierta no sólo en arbitraria e injusta sino también en insostenible económicamente<sup>129</sup>. De este modo, sirve tanto a la Administración para reducir los márgenes de discrecionalidad que la normativa permita como a la jurisdicción y ciudadanos para controlar el ejercicio de las potestades administrativas discrecionales , también desde la perspectiva económica<sup>130</sup>.

En otras palabras , la configuración de nuestro Estado social y de Derecho otorga un papel destacado a las Administraciones públicas en la vida económica y social de los ciudadanos para garantizar el hacer realidad las prescripciones constitucionales en ella contenidas. Nuestro modelo de Estado no es sólo social sino también de Derecho y exige el pleno sometimiento de las actuaciones administrativas a la ley y al Derecho, sin excepciones, tampoco sobre los principios económicos.

### **3. Vías de articulación del principio de sostenibilidad económica tras la reforma del artículo 135 de la Constitución.**

Los principios y valores constitucionales condicionan el ejercicio del poder atribuido a las Administraciones Públicas . Y, proporcionan una guía imprescindible para dar respuesta a algunos de los característicos problemas organizativos que suelen presentarse en la resolución de los múltiples aspectos relacionados con los fines encomendados a las Administraciones públicas (intereses generales). Con cada uno de los principios se trata de aportar una guía de actuación a las Administraciones públicas

---

<sup>129</sup> De las distintas relaciones señaladas es de nuestro interés la relativa a diferenciar entre arbitrariedad y proporcionalidad. Especialmente al plantearse algunas decisiones como arbitrarias porque son absurdas y caprichosas, pero pueden no ser desproporcionadas. En cambio, la utilización de medios inadecuados, innecesarios o excesivos para alcanzar el fin perseguido merece el doble juicio negativo de la desproporción y la arbitrariedad. Todas las decisiones desproporcionadas son arbitrarias y algunas decisiones arbitrarias son además desproporcionadas. La arbitrariedad es el género y la desproporción una de sus especies. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo, Los sujetos, la actividad y los principios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs.1321-1330.

<sup>130</sup> Como bien se ha señalado, en relación con el principio de proporcionalidad, lo que se valora es si una decisión administrativa, que atiende al logro de un fin lícito, es la más adecuada dentro de una variedad de soluciones posibles. Y, desde esta perspectiva, la aplicación del principio de proporcionalidad ha sido, por lo tanto, también tradicionalmente, una aplicación judicial, de modo que dicho principio se ha aplicado por la jurisdicción como medio de control de la actividad administrativa discrecional. Vid. CONDE ANTEQUERA, J., "El principio, ..., op. cit., pág. 105.

para que sus actuaciones puedan ser calificadas como justas, proporcionales, equitativas, etc. y, ahora también sostenibles, en su más amplio sentido.

Durante las últimas décadas, el Ordenamiento jurídico ha dirigido su atención a la configuración de un riguroso sistema de ingresos públicos, un estricto sistema presupuestario y financiero, o un depurado procedimiento administrativo en las relaciones bilaterales entre las Administraciones públicas y los ciudadanos. Sin embargo, aunque para todos esos ámbitos se hayan establecido unos parámetros calificables, en cierta forma, de rigurosa justicia, nos encontramos con ese espacio que comparten éstos y otros ámbitos de actuación administrativa, cuyo centro de atención normativa ha sido más limitado: el organizatorio. A pesar de tratarse una actuación (la organización administrativa) que puede posibilitar o dificultar la efectiva realización de las distintas funciones desarrolladas en los asuntos referenciados o mejor dicho, en toda actuación administrativa.

No obstante, las normas administrativas no habían dirigido demasiada atención hacia la forma en que se ha configurado esta potestad, especialmente si a la vertiente económica nos referimos; sobre todo porque a través de esta potestad se articulan buena parte de los recursos destinados a las distintas actuaciones administrativas. Por tanto, se había tornado necesario el cambio llevado a cabo y relativo a la forma en que las normas administrativas posibilitan a las Administraciones públicas determinar sus estructuras para alcanzar los objetivos pretendidos. Después de todo, esas estructuras hacen posible los fines públicos y, como hemos visto, nuestra Constitución no establece excepciones en la aplicación de los principios (tampoco en lo que al ámbito económico de sus actuaciones se refiere).

A nuestro modo de ver, las normas dirigidas a ordenar la potestad organizatoria debían desarrollar específicamente distintos elementos para garantizar el principio de sostenibilidad económica. De esa forma, se trataría de abordar normativamente buena parte de los desequilibrios presentados tradicionalmente en las Administraciones y puestos de manifiesto con la máxima contundencia en los últimos años.

Ya hemos hecho referencia a las previsiones constitucionales al respecto. Es decir, nuestra Constitución dirigió su atención también a la vertiente económica y por ello elevó a rango constitucional un elenco de principios y valores que deberían ser desarrollados normativamente y respetados por nuestras Administraciones, (en lo que ahora importa, los incorporados al artículo 31).



En consecuencia, unas Administraciones públicas caracterizadas por una actuación administrativa sostenible económicamente no están haciendo sino proyectar la racionalidad y proporcionalidad esperada de las actividades públicas. En otras palabras, nuestra Constitución proscribía la posibilidad de contar con unas estructuras públicas que no se correspondan con el mejor servicio objetivo a los intereses generales impuesto a las Administraciones públicas. Ese mejor servicio exigido no encuentra respuesta sólo en la consecución de la finalidad pretendida (lo que respondería al principio de eficacia) ya que podrá ocurrir (como de hecho a veces pasa) que las actuaciones públicas se realicen o los servicios públicos se presten pero conlleven un coste social, económico o financiero que exceda con mucho del estrictamente necesario.

De alguna forma, podemos atribuir esa desatención de las normas administrativas a las cuestiones económicas al hecho de haber considerado que, en el marco del Estado social y de Derecho, los fines atribuidos a las Administraciones públicas (satisfacción de los intereses generales) justificaban cualquier forma de conseguirlos, sin tener en cuenta que éstos no debían alcanzarse a cualquier precio, no sólo desde el punto de vista financiero, sino también económico y social<sup>131</sup>. Esta situación se ha reflejado en la desatención, tanto del legislador como de las Administraciones, de un principio económico constitucionalizado como el de eficiencia y, además, cuando se hacía referencia a él lo era como un principio a añadir o simplemente ignorar.

El principio de sostenibilidad económica alcanza así al ejercicio de las potestades administrativas, especialmente la organizativa. Por tanto, las normas administrativas debían posibilitar las vías para que sea posible su efectiva penetración en cada actuación administrativa, mediante el establecimiento de los mecanismos de tutela necesarios para

---

<sup>131</sup> El incremento a ultranza del nivel de gasto público llevado a cabo y la consiguiente expansión de las funciones asumidas a las Administraciones públicas, con fundamento en el Estado social, se asienta sobre una creciente socialización de las necesidades humanas y del modo de satisfacerlas, favorecido e incrementado durante la fase expansiva del ciclo económico, lo que ha generado un incremento de las demandas, expectativas y compromisos sociales en la conciencia de los ciudadanos se han consolidado como una especie de derechos adquiridos de la colectividad frente al Estado, que presionan a los Poderes públicos a través del “mercado político”. El problema a que se enfrenta la expansión de las prestaciones públicas de bienes y servicios que pudiera demandar el Estado social se encuentra con las consiguientes necesidades de financiación, las cuales, ahora, se enmarcan en un contexto de globalización económica, libre circulación de capitales, tendencia a la disminución de la presión fiscal, etc. Tanto antes como ahora, los límites a la mera expansión del gasto público son tanto jurídicos, derivados de las normas y principios constitucionales que limitan el ejercicio del poder financiero, como económicos, consecuencia directa de la propia capacidad fiscal de los Estados y de la necesidad de mantener el crecimiento económico en una economía de libre mercado y un nivel de empleo en un contexto mundial globalizado fuertemente competitivo.

remover obstáculos y sancionar las contravenciones que en relación con él se puedan producir. Esa necesidad trae causa en lo sobradamente conocido: el principio de sostenibilidad económica no ha sido una de las ocupaciones ni preocupaciones de la Administración (en la línea seguida por el legislador durante décadas). Y no lo ha sido hasta fechas recientes (especialmente durante la crisis económica y de forma derivada por el impulso comunitario), cuando se están dando los primeros pasos legislativos para poder contar en algún momento con unas Administraciones públicas sostenibles económicamente, en relación con los fines encomendados.

Como es conocido y hemos mencionado, la reforma del artículo 135 de nuestra Constitución, entre otras razones, fue el punto de inflexión en la situación financiera y económica generada por la crisis económica. Más bien provocó un cierto cambio en nuestras Administraciones públicas en relación con las obligaciones derivadas de los principios ahora constitucionalizados y desarrollados mediante una nueva ley sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

No obstante, la exposición de motivos de la reforma de nuestra Carta magna en el verano de 2011, expresa un objetivo más amplio que el estrictamente presupuestario y financiero y debemos resaltarlo para poner en valor los principios constitucionales que presiden y condicionan nuestro modelo de Estado. Aunque aparece como cierre en la exposición de motivos, ello no le resta importancia. Dice así,

*“La presente reforma del artículo 135 de la Constitución Española persigue, por tanto, garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país”.*

A pesar de las razones últimas propiciadoras de la reforma constitucional (las financieras y presupuestarias), esto no hace ni debe hacernos desconocer que la sostenibilidad económica tiene una contribución determinante para la pervivencia del Estado social y de Derecho configurado constitucionalmente. Y, a la finalidad de la sostenibilidad económica de nuestras Administraciones públicas la Constitución también incorpora distintos principios que se expresan a lo largo de todo su articulado. En particular, los principios de eficiencia, economía y eficacia. Se trata de unos principios que forman parte de nuestra Carta magna desde su aprobación e impone su

aplicación a las Administraciones públicas y, naturalmente, se ponen al servicio de nuestro modelo de Estado.

La necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria ha abierto una vía para dirigir la atención, finalmente, hacia la sostenibilidad económica de nuestras Administraciones públicas. También ha abierto en el orden jurídico administrativo una etapa que necesita de cierta revisión y reformulación e n algunas concepciones y técnicas jurídicas habituales hasta fechas recientes al incorporarse la vertiente económica a las normas administrativas y objeto de nuestra atención en este trabajo. En especial, los análisis de los componentes de las distintas partidas integrantes de los presupuestos públicos, en cuya evaluación no sólo deberán atenderse los aspectos cuantitativos referidos a la estabilidad presupuestaria, sino muy decididamente a los componentes administrativos que las determinan. Y, sobre todo, la formulación de las estructuras y técnicas administrativas dirigidas a alcanzar la finalidad pretendida mediante una organización y gestión pública que valore la vertiente económica de sus actuaciones. A esta senda se dirigen buena parte de las reformas en las normas administrativas en los últimos años y, naturalmente, el papel esencial dado a la vertiente económica viene de la mano del principio de sostenibilidad económica (de acuerdo con la configuración que hemos analizado).

Como ya hemos mencionado, la nueva redacción del artículo 135 de la Constitución incluye el mandato de desarrollar sus previsiones mediante una Ley Orgánica (como ya ocurría con carácter previo). También hemos dicho que en la normativa anterior se hacía referencia a los principios constitucionales de eficiencia, economía y eficacia. Por ejemplo, el artículo 6.1 del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, y que deroga la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, establecía,

*“las políticas de gastos públicos deben establecerse teniendo en cuenta la situación económica y el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y se ejecutarán mediante una gestión de los recursos públicos orientada por la eficacia, la eficiencia y la calidad”.*

En esta nueva ley (la Ley 2/2012) se desarrolla algo más y pasa a ser el artículo 7 ; este desarrollo se hace mediante su desglose en tres apartados: de un lado la vertiente

financiera, de otro la económica y, el tercero más centrado en el desarrollo normativo de ambos.

Esta fórmula es una de las primeras muestras normativas dirigidas a establecer fines comunes, pero diferenciando la efectiva aplicación de los principios en cada uno de los ámbitos en los cuales despliegan con mayor efectividad sus fundamentos.

En relación con la vertiente financiera, el primer apartado del citado artículo establece

*“Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.*

Del otro lado, a la vertiente económica se alude en el apartado segundo y se dirige hacia los principios centro de nuestra atención. En este artículo se indica,

*“La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público”.*

Y, el tercer apartado del mencionado artículo 7 viene a mostrar la relación de los dos anteriores con la parte organizativa de las Administraciones, al ampliar las previsiones de los dos aspectos regulados en los anteriores (como novedad incluye también los ingresos y por tanto el principio de sostenibilidad financiera), al decir,

*“Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”<sup>132</sup>.*

Sin dejar de lado el específico objeto de esta norma se puede apreciar, tanto antes como ahora, la remisión y recordatorio realizado al legislador administrativo para establecer

---

<sup>132</sup> El segundo apartado del artículo 6 en la ley derogada se expresaba , “las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley que afecte a los gastos públicos, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria”.

los mecanismos necesarios que garantizaran la efectiva aplicación de los principios regulados por esta norma. Así, la nueva norma alude a las tres vertientes implicadas en cada actuación administrativa; en particular al referirse expresamente a los principios de eficiencia, economía y eficacia como forma de llevar a cabo los fines públicos pretendidos. Y, en su consecución, tiene especial importancia la dotación de la estructura necesaria para alcanzar la finalidad pretendida. En este aspecto nos encontramos principalmente con los principios económicos aquí destacados y se dirigen hacia la racionalidad económica (racionalidad organizatoria) y, por tanto, auténticos principios limitadores en las potestades públicas, es decir, tienen como destinatarios específicos las Administraciones públicas<sup>133</sup>.

De otro lado, son conocidos los efectos producidos tras la aprobación de la Ley 2/2012: la generalización de medidas e instrumentos normativos dirigidos a las Administraciones, al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en todo ámbito de actuación administrativa. Así, en el marco de las previsiones de esta norma se han desarrollado distintos instrumentos normativos y desde entonces se están reconduciendo las cuentas públicas al cumplimiento de los objetivos marcados, con mayor o menor efectividad<sup>134</sup>.

Como efecto derivado de la reforma constitucional el principio de sostenibilidad económica se está incorporando a buena parte de las normas aprobadas. Y, desde nuestro punto de vista, lo fundamental es la presencia del principio de sostenibilidad económica en nuestras principales normas administrativas. Además, y lo que es más importante, se le posibilita desarrollar su principal función: limitar el margen de actuación presente en la discrecionalidad administrativa. En particular, en la potestad organizatoria, aunque no ha sido la única en la que se producido un uso y, en muchos casos abuso, del margen de actuación atribuido a las Administraciones públicas.

---

<sup>133</sup> La relación mencionada se ha puesto en conexión con el nuevo contexto económico-financiero y se afirma que obliga a realizar un esfuerzo de racionalización del gasto público especialmente exigente, con el fin de garantizar la viabilidad de la actividad de garantía prestacional que desarrollan las Administraciones Públicas en cumplimiento de la cláusula constitucional del Estado social sin tener que recurrir a expedientes de emergencia de perfiles jurídicos y políticos muy complejos y delicados. En este sentido, MIGUEZ MACHO, L., "Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula de Estado social", *Papeles de relaciones eco-sociales y cambio global*, nº 117, enero-marzo, 2012, págs. 111-119.

<sup>134</sup> Sin que en ningún caso se pueda dejar de lado el uso que están haciendo las instituciones comunitarias de las posibilidades de intervención en los países miembros para garantizar el efectivo cumplimiento de los compromisos adquiridos provenientes de la reforma del Tratado.

Como decimos, la situación previa ha cambiado. También, por los cambios introducidos en el ámbito objeto de nuestra atención: la discrecionalidad en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. El principio de sostenibilidad económica viene a servir de contrapeso y limitar las tendencias propias de unas organizaciones cuya legitimación, en muchas ocasiones, se centra exclusivamente en la normativa; esa normativa que las coloca en una situación de privilegio respecto del resto de ciudadanos y les atribuye un margen de actuación considerable en un ámbito tan importante como el organizatorio<sup>135</sup>. Pero, cuando se pretenden sortear los fundamentos de los principios de la actividad administrativa, entre los que destaca el de sostenibilidad económica, entonces puede suceder que las actuaciones públicas no se pongan al servicio de la misión encomendada y ello tener como consecuencia su propia insostenibilidad<sup>136</sup>.

Como se ha anticipado, el desarrollo normativo de los valores y principios constitucionales durante las primeras décadas de nuestro actual modelo de Estado no ha centrado su atención en la vertiente económica a la hora de configurar las potestades públicas. La potestad centro de nuestra atención no ha sido una excepción. No obstante, de acuerdo con nuestro orden constitucional, esta vertiente debía formar parte de las normas administrativas. Y, el papel de control del principio de sostenibilidad económica en las decisiones administrativas, haber incidido en la tradicional discrecionalidad de esta potestad. También habría variado el alcance del control judicial en la discrecionalidad organizatoria.

Así, partiendo de la configuración de la potestad organizatoria, en particular para la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales y de los fundamentos del principio de sostenibilidad económica expuestos en estos dos primeros capítulos,

---

<sup>135</sup> En este sentido se ha señalado que “toda organización implica el ejercicio de cierta parte del poder atribuido a las Administraciones y, por tanto, su ejercicio tiene incidencia potencial en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos, es claro que el empleo del poder, más concretamente el grado en que tal empleo pueda tener lugar demanda en el juego de los pertinentes factores constitucionales de legitimación de la Administración que, en este caso, requiere el manejo y opción de aquella solución organizativa en términos de medio idóneo”. Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Transformación,...*, op. cit., págs. 260-261.

<sup>136</sup> La complejidad de los análisis a realizar no consisten en una mera aproximación formal, sino que se trata de escudriñar en su sustancia o contenido material para indagar si, en su libre albedrío, el poder público ha realizado una ponderación desproporcionada. En este sentido y referido al principio de proporcionalidad puede verse. BARNÉS, J., “El principio de proporcionalidad, estudio preliminar” *Cuadernos de Derecho público*, nº 5, septiembre -diciembre 1998, págs. 44 y ss. Más concretamente y referido a la jurisprudencia constitucional, la estructura y caracterización para determinar el contenido normativo de este principio y su diferenciación de otros principios ver el trabajo de GONZÁLEZ BEILFUS, M., *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2015.

pasemos a ver la regulación dada por las normas básicas a esta elección de las Entidades locales y, partiendo de las disposiciones normativas vigentes plantearnos cómo afectan a la tradicional discrecionalidad en esta potestad y, en consecuencia, los efectos de tal cambio normativo en lo que al control judicial se refiere.

### **CAPÍTULO III.**

## **LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA EN LA ELECCIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**





## **CAPÍTULO III. LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA EN LA ELECCIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**

**1. Los espacios organizativos de las Entidades locales y el principio de sostenibilidad económica**

**2. El principio de sostenibilidad económica en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales.**

2.1. La eficiencia y sostenibilidad en las formas de gestión de los servicios públicos locales.

2.2. La elección de la forma de gestión (directa o indirecta) desde la perspectiva de la sostenibilidad económica.

2.3. La sostenibilidad económica impuesta a las distintas opciones organizatorias, en particular los encargos a medios propios.

**3. Racionalización de las estructuras organizativas locales y su sostenibilidad.**



## **1. Los espacios organizatorios de las Entidades locales y el principio de sostenibilidad económica**

El papel de los principios, como venimos argumentando, adquieren todo su valor en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales. El principio de sostenibilidad económica, en nuestros días, se ha de motivar tanto en la implantación y reglamentación del servicio público como a la hora de elegir su forma de gestión, también ante posibles cambios en ésta última. De esta forma, la vertiente económica se incorpora a la principal finalidad de la discrecionalidad administrativa: posibilitar a las Entidades locales dotarse de aquella estructura organizativa que mejor sirva a la necesidad justificativa de la implantación del servicio público local.

Desde esta perspectiva, aunque la norma básica local o las de Comunidades autónomas, no hubieran desarrollado explícitamente éste u otros principios generales, ni un procedimiento específico para la elección de la forma de gestión<sup>137</sup>, como se ha visto, no implicaba que las distintas acciones administrativas relacionadas con esta actuación no estuviesen condicionadas por los principios y valores que guían toda la actividad pública, ni que la potestad organizatoria no cuente con límites jurídicos para las Entidades locales.

Entre ellos, como toda potestad discrecional, se encuentra la de motivar suficientemente sus decisiones administrativas discrecionales. Pero, los fundamentos del principio de eficiencia no se refieren a ensalzar una forma de gestión u otra. Este principio incide en la relación entre fines y medios, en su optimización.

De otro lado, el principio de eficiencia no es de nuevo cuño en nuestro Ordenamiento jurídico, como otros, sino que forma parte de nuestra Carta magna desde su aprobación. Y, como tal, debía desarrollarse y sobre todo aplicarse en las distintas actuaciones administrativas, aunque pongamos el acento en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos.

La laxitud normativa sobre este principio en las normas reguladoras de esta potestad no justifica su ausencia o interpretaciones interesadas en las Administraciones públicas. En

---

<sup>137</sup> Quizás las dos obras generales de referencia en relación con las formas de gestión de los servicios públicos locales sean la de SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2004, págs. 50 y ss. Y la de BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual,...*, op.cit., págs. 15 y ss.

el particular caso de la potestad organizatoria ha derivado, en muchos casos, en centrar la atención exclusivamente en el mero cumplimiento de los escuetos elementos reglados previstos para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales.

Pues, como ha recordado reciente mente el Tribunal Constitucional *“El Estado no es el único destinatario ni la única instancia que puede y, sobre todo debe, establecer todas las medidas de racionalización y eficiencia en uso de los recursos públicos”*<sup>138</sup>. Así, aunque las normas básicas no incluían ni imponían expresamente el cumplimiento de parámetros o criterios derivados de principios como el de eficiencia, esto no quería decir que las Administraciones no debieran procurar la mejor gestión posible de los servicios públicos locales, la que mejor sirviese a los intereses de los vecinos afectados. Recordemos nuevamente, las Administraciones públicas están sometidas a la Ley y al Derecho<sup>139</sup>.

En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales se ha de mencionar el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades locales. En este Reglamento se encuentran algunos mandatos relacionados con lo que después se dirá. En particular, los principios mencionados cuando hace referencia a la gestión directa; y toman protagonismo y realce propio en el nuevo contexto normativo.

El Título IV del citado Reglamento se dedica a la organización complementaria de los Entes locales territoriales. El capítulo I, a los órganos complementarios: composición y atribuciones. Y, su sección séptima se denominada *“De los órganos desconcentrados y descentralizados para la gestión de los servicios”*. Esta última está compuesta por dos artículos. El primero, el 132 expresa:

---

<sup>138</sup> En la primera de las sentencias sobre la Ley 27/2013, la STC 41/2016, de 3 de marzo.

<sup>139</sup> En este sentido y en relación con los planes contemplados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera a elaborar por las Administraciones públicas que presenten problemas financieros resultan de interés, por sus reveladoras consideraciones, las realizadas por el Tribunal de Cuentas en el Informe de fiscalización nº 1018, sobre las medidas adoptadas por las Entidades locales para adaptarse a la disminución de ingresos, fundamentalmente, de los procedentes de la gestión urbanística, al decir que *“los planes económico financieros, de saneamiento o de ajuste que formulan las Entidades en aplicación de los preceptos legales aplicables no siempre han garantizado, en la práctica, la solvencia financiera y el equilibrio económico presupuestario de las Entidades que los han aprobado, ya que, en muchos casos, éstos han estado más orientados a cumplimentar un requisito meramente formal que a constituir un auténtico instrumento de gestión y de toma de decisiones”*.

1. *El Pleno podrá establecer órganos desconcentrados, distintos de los enumerados en las secciones anteriores.*

2. *Asimismo el Pleno, podrá acordar el establecimiento de entes descentralizados con personalidad jurídica propia, cuando así lo aconsejen la necesidad de una mayor eficacia en la gestión, la complejidad de la misma, la agilización de los procedimientos, la expectativa de aumentar o mejorar la financiación o la conveniencia de obtener un mayor grado de participación ciudadana en la actividad de prestación de los servicios”.*

Y el siguiente, el artículo 133:

*“El establecimiento de los órganos y entes a que se refiere el artículo anterior se rige, en su caso, por lo dispuesto en la legislación de Régimen Local relativa a las formas de gestión de servicios, y en todo caso, se inspirará en el principio de economía organizativa, de manera que su número sea el menos posible en atención a la correcta prestación de los mismos”.*

Los principios incluidos en los artículos mencionados tienen importantes similitudes con los recientemente incorporados en distintas normas básicas administrativas, como la local, la contractual o la del sector público.

En los artículos referenciados se encuentran al menos dos mandatos dirigidos a la optimización en las estructuras organizativas de que se doten las Entidades locales y aplicables a la hora de elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales. De un lado encontramos la expresión, “una mayor eficacia en la gestión”; y de otro “que su número sea el menor posible”. Así, aparecen dos guías normativas para las Entidades locales en estas actuaciones, aunque no del todo contundentes, sí específicas.

Muy posiblemente, las referencias normativas sobre las que acabamos de llamar la atención se diluyan en una fórmula, quizás no del todo acertada: la “*inspiración*”. Sin embargo, debe ponerse en valor el denominado principio de economía organizativa o cuando se expresa que serán *los menos posibles*.

Desde la aprobación de nuestra Carta magna deben verse como una forma, no del todo afortunada es cierto, pero con la simple finalidad de recordar a las Entidades locales que el margen de actuación atribuido para gestionar los recursos públicos (de eso se trata cuando se gestiona un servicio público) debía atender a los fundamentos

de los principios de eficiencia y economía. Por esa razón se encuentran en nuestra Constitución (en el Título I). Así, más allá de la denominación concreta, nos encontramos con el fondo de la cuestión: la forma de gestión debía ser aquella que mejor sirviera a los intereses locales implicados (también por mandato del artículo 103.1 de la Constitución). Y, como bien ha recordado el Tribunal constitucional e insistimos, se trata de tomar las medidas para garantizar “ *la racionalización y eficiencia en uso de los recursos públicos*”.

La realidad, por el contrario, ha sido y tenido como consecuencia unas estructuras públicas que, en buena medida, no se han regido por las líneas de actuación administrativa marcadas en nuestro Ordenamiento jurídico.

Si miramos al otro polo de la ecuación, el mismo Reglamento hace referencia a la vertiente financiera y taxativamente dice que debería “mejorar la financiación” (del servicio público). Tampoco parece suscitar muchas dudas el mandato de la optimización (también en ese ámbito) y se puede decir que se acerca bastante al ahora principio constitucional de sostenibilidad financiera. Aunque en aquel momento en nuestras Administraciones públicas no regía el principio de sostenibilidad financiera, esto no quería decir que la vertiente financiera no haya sido objeto de atención por las normas. Aunque el soslayo de buena parte de las vertientes económicas y financieras en el ámbito administrativo ha tenido cierta responsabilidad en la insostenibilidad de la gestión realizada en buena parte de los servicios públicos locales.

Otras previsiones de estos artículos, por el contrario, son idénticas a las incorporadas posteriormente como la referida a “un mayor grado de participación ciudadana”.

En suma, se puede decir que se trata de una pura y simple evolución de los tiempos y consecuencia propia de los fundamentos de los principios (como el de eficiencia), que no han cambiado, en tanto que nuestra Constitución no ha variado por más que se haya dado una nueva redacción al artículo 135.

Así, las estructuras organizativas de las Entidades locales no debían superar los límites marcados por los principios que la rigen, más allá de la específica denominación. Si a esos límites se hubiese estado, si esos mandatos claros y específicos se hubiesen respetado, quizás, la expansión del sector público local no

habría tenido ese crecimiento exponencial durante las últimas décadas, ni las ineficiencias públicas se habrían convertido en habituales en las Administraciones.

El resultado probable habría sido contar con una estructura organizativa en torno a las Entidades locales con correspondencia y servicio a las necesidades reales de los ciudadanos: sirviesen a los intereses generales implicados, también mediante su sostenibilidad económica<sup>140</sup>. Se habrían atendido los múltiples intereses locales que justifican no sólo su propia existencia sino la posición de privilegio otorgada.

También tendrían la legitimidad otorgada por su propia actuación, más allá de la conferida por el Ordenamiento. Y lo fundamental: la confianza de los vecinos en que su Administración más cercana está al servicio de ellos.

El principio de sostenibilidad económica es uno de los principios que viene a servir de contrapeso y limitar las tendencias propias de unas Administraciones cuya legitimación, en muchas ocasiones, se centra exclusivamente en la normativa. Esa normativa las coloca en una situación de privilegio respecto del resto de ciudadanos y les atribuye un margen de actuación considerable en un ámbito tan importante como el organizatorio. Pero, cuando se pretenden sortear los fundamentos de los principios de la actividad administrativa, entre los que ahora se destaca el de sostenibilidad económica, entonces puede suceder que las actuaciones públicas no se pongan al servicio de la misión encomendada y tener como consecuencia propiciar su propia insostenibilidad.

Así, la tradicional discrecionalidad conferida por la norma básica local para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales, ha generado no pocos problemas en nuestras Administraciones. Entre otros se encuentran los relativos a la proliferación de entes instrumentales. Una problemática que viene de lejos y a la cual la doctrina se ha referido decididamente, especialmente cuando se ha aludido a la conocida como “huida

---

<sup>140</sup> Uno de los aspectos cuestionados de la Administración local es el de la situación del sector público local, en tanto que se ha visto el constante y reiterado recurso a la creación de entes instrumentales por las Entidades locales como un irracional abuso que ha venido a imitar lo que se venía produciendo en el ámbito de la Administración del Estado y de las Comunidades autónomas. La proliferación de organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales, fundaciones, consorcios, sociedades mercantiles con capital exclusivamente público, sociedades de economía mixta, creados por muchos municipios para la gestión de servicios públicos, además de llevarse a cabo en ausencia de una estimación económica que aconsejara su creación. La consecuencia de lo anterior es la apreciación generalizada de que el denominado sector público local es ineficiente, y está carente de justificación. Vid. CAMPOS DAROCA, J. M., *La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, págs. 209 y ss.



del Derecho administrativo” u otras denominaciones que hacen referencia al mismo aspecto.

Con origen, entre otros, en dicha tendencia se ha producido ese efecto resaltado desde distintas instancias: el exponencial incremento de los entes instrumentales en el ámbito local, como en otros ámbitos territoriales. De las distintas referencias y manifestaciones de esta realidad a las que podemos acudir hemos optado por uno de los documentos elaborados por el Tribunal de Cuentas, en concreto el *Informe nº 890: Informe de fiscalización del sector público local, Ejercicios 2006, 2007 y 2008*. La razón parece evidente, se trata de un informe elaborado en 2011 y referido a esos años en los que se empezaba a vislumbrar el cambio de fase en el ciclo económico. Además, cobra más importancia para valorar la nueva redacción dada por la Ley 27/2013 al artículo 85.2 de la norma básica local y sobre la cual inciden reformas posteriores de otras normas (a ello nos dirigimos a continuación).

En el informe referido se abordan distintos aspectos de interés. En lo que ahora importa, destacamos lo expresado en una de sus recomendaciones; la cual resume algunos de los elementos a tener en cuenta cuando se trata de justificar la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales. También nos ayudará a valorar la necesidad que existía de abordar normativamente la configuración de esta potestad, ahora concretada por el legislador básico, en particular mediante la nueva redacción dada al artículo 85.2.

Por ejemplo, en el citado informe se relacionan algunos de esos aspectos no siempre valorados por las Entidades locales a la hora de elegir la forma de gestión de los servicios públicos. Aunque se refiera a la gestión directa (más bien, a la creación de los entes instrumentales posibilitados por la normativa), no quiere decir que buena parte de lo dicho no sea ampliable a la gestión indirecta. Así lo expresa el Tribunal de Cuentas,

*“la creación de nuevos entes instrumentales no siempre resulta justificable, ni atendiendo a su objeto ni por la necesidad de personificación que del mismo se deriva, ni por la complejidad jurídica, económica, financiera, organizativa y estructural que su constitución lleva consigo. Sino que se pueden considerar como excesos de desarrollo sobre lo que debiera constituir una eficiente, eficaz y económica organización administrativa, pudieran calificarse de “patologías” organizativas”.*

La elección de la forma de gestión de los servicios públicos es una de las actuaciones administrativas en que se manifiestan con especial intensidad las denominadas “patologías organizativas”. En nuestra opinión, con la reforma de las normas administrativas y la jurisprudencia desarrollada aplicable a esta elección se trata de abordar una problemática con cierta tradición entre nosotros.

En el informe del Tribunal de Cuentas también se hace mención a las previsiones normativas vigentes en aquel momento, en particular los dos artículos del Reglamento mencionado. En este sentido se recuerda que

*“la creación de un ente dependiente por parte de una entidad local debe responder a la búsqueda de una mayor eficacia en la gestión, a la agilización de procedimientos o a la mayor participación ciudadana en la gestión. Sin embargo, la misma no ha respondido, en ocasiones, a nuevas necesidades que deban atenderse o a la racionalización de la gestión municipal, sino a la deliberada huida, principalmente en el caso de las sociedades mercantiles, de los controles internos o del control político municipal y a la búsqueda de un campo de actuación menos reglado en el que poder incrementar el margen de discrecionalidad de las decisiones que afectan a la ordenación del territorio, contratación, ejecución de inversiones y prestación de servicios públicos”.*

En efecto, frente a la finalidad de la discrecionalidad en esta potestad (posibilitar a las Entidades locales un margen de actuación para gestionar de la mejor forma posible los servicios públicos), las Entidades locales no sólo no han buscado la racionalidad organizatoria exigible a toda Administración sino que han dirigido su atención a elegir aquella forma de gestión en la cual las normas y los controles (administrativos y judiciales) fueran más “flexibles”; bien por falta de previsión normativa, bien por determinarse con tal imprecisión que su efectividad haya sido mínima.

De esa forma, nos hemos encontrado con una potestad discrecional (la elección de la forma de gestión del servicio público) vista y ejercida por las Entidades locales de forma no del todo ajustada a la finalidad para la cual es conferida (gestionar los servicios públicos locales de la mejor forma posible).

Pues, las estructuras organizativas de las que se dotan las Administraciones locales para llevar a cabo las funciones atribuidas por el Ordenamiento jurídico, en particular la prestación de los servicios públicos locales, condicionan y son elemento nuclear para la

mejor consecución de la finalidad pretendida. Sin embargo, forma parte de nuestra tradición jurídica la atribución de la potestad que los ha hecho realidad con un importante, cuando no considerable, margen de actuación.

En este sentido y relacionado con el ejercicio de la potestad organizativa debemos indicar que las organizaciones, independientemente de su naturaleza, no pueden ser ajenas a los procesos de cambios producidos en la sociedad. Así por ejemplo, cuestiones como la evolución tecnológica, los cambios en las estructuras económicas, la externalización de servicios, los cambios en la gestión de los recursos humanos, etc., son elementos que, junto a otros muchos, marcan una forma diferencial de orientar la organización en cada momento y también en función de la actividad a desarrollar. La incidencia de éstos y otros factores adicionales en las formas de gestión ha conllevado una amplia transformación en el mundo privado; pero, en gran medida, cuando nos acercamos al ámbito público nos encontramos con ciertas actuaciones que se compaginan mal, no sólo con factores como los señalados, sino con los principios generales de actuación administrativa y prescritos por nuestra Carta magna.

Este proceso de cambio en la configuración normativa de las potestades públicas es fundamental pero, en la organizatoria cobra relevancia particular. Las normas que regulan su ejercicio han ido desarrollando la forma de ejercerla con el paso del tiempo y sobre cada una de las reformas normativas (especialmente las realizadas en la norma básica local) ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal constitucional.

En lo que aquí nos interesa conviene hacer referencia a lo expresado por el Alto tribunal sobre las reformas llevadas a cabo en la norma básica local y relacionadas con las formas de gestión de los servicios públicos locales. Tras la reforma llevada a cabo en 2013, el Alto tribunal ha reiterado y aclarado algunos de sus pronunciamientos previos; ahora sólo mencionaremos lo expresado en relación con la autonomía local, la potestad organizatoria y los principios que han dirigido las reformas, sobre lo cual ha recordado lo obvio:

*“la autonomía local debe traducirse en todo caso en espacios para que ellas (las Entidades locales) puedan establecer instrumentos con que dar cumplimiento a las exigencias derivadas de estos principios*

*constitucionales*”<sup>141</sup> (los principios económicos y financieros incorporados a la norma básica local).

En otras palabras, la autonomía local tiene una de sus manifestaciones en el margen de actuación que han de tener las Entidades locales para hacer lo que el Ordenamiento jurídico impone y dirigido a su principal misión: el mejor servicio a los intereses generales<sup>142</sup>. Pero, la incorporación de los elementos reglados desarrolladores de estos principios no implica que las Entidades locales no conserven espacios de actuación para ejercer esta potestad. Simplemente, ahora han de desarrollarla de acuerdo con las exigencias incorporadas, especialmente las relacionadas con los principios económicos y eje vertebral de este trabajo (en las páginas que siguen desarrollaremos la reforma llevada a cabo para la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales).

Las formas de gestión de los servicios públicos locales también fueron objeto de atención por la reforma llevada a cabo mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la Modernización del Gobierno Local. En relación con las que afectaron a las formas de gestión tenemos referencias de interés en distintas sentencias de l Tribunal constitucional. Por ejemplo, cuando recuerda que la regulación de la potestad organizatoria no limita ni afecta a la autonomía local reconocida constitucionalmente. En concreto, sus pronunciamientos pueden resumirse en la siguiente frase (aunque podía perfectamente decirse de la reciente reforma):

---

<sup>141</sup> La cita es de la sentencia 41/2016, de 3 de marzo. Por ser la primera dictada sobre la Ley 27/2013 ha marcado la línea de resolución en las posteriores sentencias, ya que buena parte de los argumentos eran similares. El resto de sentencias son: S TC 111/2016, de 9 de junio; STC 168/2016, de 6 de octubre; STC 180/2016, de 20 de octubre; STC 44/2017 de 27 de abril; STC 45/2017, de 27 de abril; STC 54/2017, de 11 de mayo; STC 93/2017, de 6 de julio; STC 101/2017, de 20 de julio; STC 107/2017, de 21 de septiembre.

<sup>142</sup> Así se reconoció, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1603/1986, de 1 de abril al decir que no “puede aceptarse la invocación genérica de la autonomía municipal para la gestión de los intereses que le son propios para justificar la discrecionalidad en el empleo de sus recursos, pues, según el artículo 103, la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Ese mandato incorpora los principales límites infranqueables de toda la acción administrativa. A ún de forma más temprana el Tribunal Constitucional en su sentencia 4/1981, de 2 de febrero expresó que la autonomía consiste en elegir la opción más conveniente, dentro de la legalidad. Y, además, la autonomía es compatible con un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias (STC 4/1981, de 2 de febrero; 76/1983, de 5 de agosto; 117/1984, de 5 de diciembre, 27/1987, de 27 de diciembre, 159/2001, de 5 de julio).

*“la nueva redacción del artículo 85.2 condiciona la autonomía local, pero no la vulnera<sup>143</sup>”.*

Dicho de otro modo, la regulación llevada a cabo no impide ni elimina los espacios organizatorios de las Entidades locales.

Más específicamente se ha expresado el Alto tribunal al recordar que los elementos reglados incluidos en este apartado,

*“se ajustan plenamente a los principios generales (...) constitucionalizados en el artículo 31.2 de la Constitución”<sup>144</sup>.*

En efecto, venimos insistiendo en ello, los principios objeto de nuestra atención se encuentran expresamente recogidos en nuestra Carta magna.

De los principios específicamente dirigidos a las Entidades locales cobran relevancia propia los contemplados en el artículo 103.1 de la Constitución; junto a los incluidos en el artículo 31.2 y, ahora también los del reformado 135 (tanto unos como otros, en esencia, se han incluido en el artículo 2.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, tras la reforma llevada a cabo en 2013) que ahora se expresa en los siguientes términos:

*Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad*

---

<sup>143</sup> La STC 103/2013 de 25 de abril, que resolvía los recursos presentados por la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en su FJ 5º d) y en relación con el artículo 85 bis de la norma básica local expresó que con la nueva redacción “se limita a señalar que la creación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales se acordará por el Pleno de la entidad también competente para aprobar sus Estatutos, quedando en sus manos la elección, a la vista de las reglas de organización que el legislador establece para las entidades instrumentales locales, entre las formas de gestión directa o indirecta a las que se refiere el art. 85.2 LBRL, y configurar el régimen de sus entidades instrumentales, dentro del marco legalmente establecido, mediante la aprobación de los estatutos. Todo ello, sin que el Letrado del Parlamento haya intentado siquiera justificar cuáles de estas reglas o porqué todas ellas en su conjunto vulneran el contenido esencial que constituye ese núcleo irreductible de la autonomía local que les hace reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 109/1998, FJ 2) y garantiza el gobierno de los intereses que les son propios”.

<sup>144</sup> Así se expresa, entre otras, la STC 143/2013, de 11 de julio, FJº 10.

*pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.*

Como se puede apreciar, la principal novedad se encuentra en la incorporación de los principios económicos (y también los financieros) que han pasado a formar parte de este artículo de la norma básica. Con esta nueva redacción se apunta la dirección de buena parte de las modificaciones introducidas; en lo que aquí interesa, las específicamente referidas a la vertiente económica en la elección de las formas de gestión.

Así, la importancia de la reforma llevada a cabo, en lo que a la potestad organizatoria se refiere, radica en el desarrollo realizado, principalmente, de los principios económicos a los efectos de este trabajo. El paso dado por la Ley 27/2013 ha tenido seguimiento en las reformas de otras normas básicas esenciales, si a la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales nos referimos.

En consecuencia, la potestad organizatoria está sometida a los principios objeto de nuestra atención y, en el marco regulatorio dado a dichos principios (los económicos), debe desarrollarse y reformularse la tradicional discrecionalidad de esta potestad. Como veremos, en la nueva regulación también se refleja la consolidada jurisprudencia relacionada con actuaciones administrativas que presentan un marcado carácter técnico-económico, como es el caso de la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.

## **2. El principio de sostenibilidad económica en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales.**

### **2.1. La eficiencia y sostenibilidad en las formas de gestión de los servicios públicos locales.**

El objetivo racionalizador de la Ley 27/2013 se refleja en buena parte de los cambios llevados a cabo, tanto en la norma básica local como en otras normas administrativas aprobadas con posterioridad. De las distintas modificaciones introducidas, la nueva

redacción dada al artículo 85.2 de la norma básica local es de particular interés en este trabajo. En este apartado encontramos uno de los cambios normativos que tienen carácter estructural. Y, representa un cambio considerable respecto de la configuración jurídica de esta potestad, en el sentido que venimos avanzando, porque se refiere y dirige específicamente a regular la elección de las formas de gestión que pueden revestir los servicios públicos locales.

La norma básica local, con la nueva redacción dada al artículo 85.2 y otros, condiciona esta elección a la efectiva aplicación del principio de sostenibilidad económica y , la finalidad específica es garantizar unas formas de gestión de los servicios públicos que respondan a este principio. Un principio desarrollado en forma de una serie de elementos reglados que deberán respetar las Entidades locales para elegir la forma de gestión de los servicios públicos (a los específicos elementos reglados nos referimos en el siguiente capítulo). Ahora, nos centramos en la expresa incorporación de este principio en el ejercicio de esta potestad y en cómo el legislador viene a condicionar y variar el amplio margen de actuación conferido tradicionalmente en este apartado.

Tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013 , las Entidades locales encuentran en el primer inciso del artículo 85.2 (junto a otros) un mandato claro y directo. En particular, porque dirige su centro de atención a la carga de la motivación suficiente a realizar por las Entidades locales al ejercer esta potestad y lo hace de la mano del principio de sostenibilidad económica.

Pero, en realidad, la decisión de las Entidades locales para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales no ha variado. Tanto antes como ahora se ha de afrontar mediante la justificación y evaluación de los distintos aspectos a tener en cuenta (jurídicos, económicos, financieros, sociales, medioambientales, etc.). En cada uno de ellos existe un cierto margen de apreciación, pero el resultado final necesariamente conduce a la emisión de un juicio técnico: el referido a la mejor forma de gestionar el servicio público considerado, especialmente en términos económicos y financieros.

El margen de decisión conferido a las Entidades locales ha de entenderse como la capacidad para establecer, interpretar y aplicar los distintos elementos jurídicos-técnicos a tener en cuenta en una decisión de tanto alcance para la consecución de la finalidad pretendida con el servicio público.

La nueva redacción dada al segundo apartado del artículo 85 en la Ley de Bases de Régimen Local produce el cambio que venimos apuntando y conlleva especialmente introducir la optimización en las formas de gestión y afectar, naturalmente, a la tradicional discrecionalidad caracterizadora de esta actuación.

El amplio margen de actuación mantenido durante décadas por el legislador, a la hora de ejercer tal potestad se manifestaba en el sencillo condicional expresado en el apartado segundo del artículo 85.2.,

*“Los servicios públicos de la competencia local **podrán** gestionarse mediante alguna de las siguientes formas”.*

La norma no añadía ni incorporaba más condicionantes o principios dirigidos a guiar una decisión con la trascendencia de ésta. Con esa fórmula, para la norma básica local era indiferente la forma de gestión de los servicios públicos locales. El legislador no había considerado necesario recordar a las Entidades locales ningún principio específico que dirigiese el sentido de estas actuaciones públicas<sup>145</sup>. En otras palabras, las Entidades locales se encontraban con una potestad auténticamente discrecional y sometida a pocas reglas normativas específicas. Aunque, como hemos desarrollado, la indiferencia jurídica no conlleva ni exige a las Entidades locales de procurar aquella forma de gestión que mejor sirviese a los intereses generales pretendidos con el servicio público, también en términos económicos. Pero, la configuración normativa no establecía garantías jurídicas específicas mediante las cuales se pudiera exigir a las Entidades locales esa obligación implícita en toda actividad administrativa.

Así, la senda seguida por las Entidades locales no ha sido la de procurar la mejor forma de gestión posible, como hemos visto. No obstante, con los inicios del nuevo siglo, la vertiente económica ha ido tomando protagonismo, entre otras razones por el entorno en el que se han de desarrollar las actuaciones administrativas, o no. También ha contribuido a este cambio la larga y profunda crisis económica vivida en un contexto europeo y global. En todo caso, y más allá de las razones que han guiado buena parte de las reformas normativas llevadas a cabo en ésta y otras actuaciones administrativas, se ha pasado de la genérica previsión mencionada a establecer taxativamente:

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

---

<sup>145</sup> Ni el legislador autonómico, como hemos destacado.



Desde luego el cambio es considerable. De un lado, se pasa de un condicional a un imperativo; y, de otro, se añaden principios concretos y específicos.

Es importante señalar que es el primer inciso del artículo 85.2 y las “enumeradas a continuación” son la gestión directa e indirecta. Aunque el legislador repita la fórmula del imperativo y los principios en la elección de otras alternativas dadas en ésta y otras normas. En efecto, en otras modificaciones normativas que analizaremos, se podrán constatar la reiteración de lo expresado en este apartado, como es el caso de la norma que regula la gestión indirecta o en la del sector público; en cada una de las opciones organizativas se insiste en el mismo imperativo general, independientemente de la forma por la cual se opte.

A los elementos reglados que desarrollan el efectivo cumplimiento de los imperativos mencionados nos dedicaremos en el siguiente capítulo; pero, sí adelantamos la relación directa entre ellos y, todos en la misma dirección, la marcada en este primer inciso; y también se vislumbrará la relación con la jurisprudencia desarrollada cuando se ejercen potestades discrecionales con marcado carácter técnico, también en términos económicos. En esta línea argumentativa nos ayudarán las normas básicas mencionadas, como otras, al exigir decididamente la sostenibilidad económica en la elección de la forma de gestión.

Así, la Entidad local deberá concluir (emitir un juicio técnico) sobre cuál de las formas de gestión es más eficiente y sostenible entre las opciones previstas en la normativa (primero entre gestión directa o indirecta y a continuación entre las opciones dadas en cada una de ellas).

Con esta fórmula, en las normas administrativas finalmente se encuentran unos mínimos elementos reglados relacionados con los principios económicos, centro de nuestro interés, y dirigidos a la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales.

En este primer apartado es donde la norma básica local centra y dirige su atención hacia la optimización de las formas de gestión. Al referirse a la mayor eficiencia y sostenibilidad de las formas de gestión viene a condicionar la forma de ejercer una potestad que posibilita elegir entre la gestión directa o indirecta. En consecuencia, las fórmulas organizativas contempladas por la norma no se ven afectadas en esta ocasión y se mantienen las específicas formas previstas que puede revestir la gestión directa.

Tampoco tiene efectos sobre la remisión realizada en este apartado a la Ley de Contratos del Sector público para la gestión indirecta (sobre los efectos en ambas formas de gestión nos remitimos al siguiente capítulo, aunque en éste haremos algunas referencias a aquellas previsiones relevantes para lo que después se dirá).

Por centrar la primera cuestión de interés, con carácter previo a la decisión relativa sobre la tipología de las formas de gestión directa o indirecta por la que se opte, la Entidad local debe justificar cuál de ellas (directa o indirecta) es más sostenible y eficiente (por mandato del primer inciso).

El interés de este apartado se encuentra en dirimir la primera de las opciones, A partir de esta justificación y en el supuesto de que lo sea la gestión directa, entonces se habrá de determinar cuál de las formas jurídicas previstas revestirá la forma de gestión del servicio público considerado. Si por el contrario resulta más eficiente y sostenible la indirecta entonces habrán de plantearse las opciones contractuales que mejor sirven al fin pretendido con el servicio público a gestionar.

De forma coherente con el primer inciso, la norma básica local, al posibilitar las distintas formas de gestión directa reitera el imperativo y los principios establecidos para elegir entre gestión directa o indirecta. En realidad, no tendría mucho sentido establecer un primer mandato como el incorporado si posteriormente no se incidiese y concretase el alcance que debe tener. En otro caso, se mantendría la discrecionalidad previa pero, sobre todo, no contaríamos con los elementos reglados imprescindibles para garantizar su consecución.

Así, ante las distintas modalidades que puede revestir la gestión directa, continúa este apartado con otro imperativo,

*“Sólo 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)”*.

En este párrafo se da el siguiente paso. Además de la reiteración del imperativo y la coincidencia de los principios ya podemos avanzar algunos de los significativos cambios normativos en esta actuación:

En primer lugar, la norma básica local ya no habilita a las Entidades locales para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales sin más consideración (indiferencia jurídica). Desaparece la expresión “*podrán*”.

En segundo lugar, se les exige decididamente (de forma reiterada) y mediante imperativos (“*habrán*” o “*sólo*”), al referirse a la elección de la forma de gestión y lo hace en un sentido concreto. Dicho de otro modo, elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales tiene un condicionante de partida en forma de doble mandato directo e ineludible<sup>146</sup>.

En tercer lugar, los imperativos se acompañan de los mismos principios: eficiencia y sostenibilidad. Y se unen a otros principios con cierta tradición entre nosotros (como el de legalidad, seguridad jurídica, etc.); pero, en esta actuación cobran relevancia particular los económicos, finalmente desarrollados en ésta y otras normas.

En cuarto lugar, la norma no da opciones en relación con estos principios. No dice que la forma de gestión sea eficiente o sostenible. Tampoco dice que sea eficiente y sostenible. La norma pide algo más y así se deduce de la expresión “*más eficiente y sostenible*”. Si lo queremos expresar en términos amplios podríamos decir: la forma de gestión deberá ser aquella que mejor sirve al interés general pretendido con el servicio público a prestar. Efectivamente, en ese genérico pero preciso mandato (servir con objetividad a los intereses generales) no se establecen excepciones ni exclusiones, tampoco del ámbito económico, como veníamos avanzando.

Por resumir, unas Administraciones insostenibles económicamente no son las Administraciones queridas por los ciudadanos ni por nuestra Carta magna.

De esta forma, la potestad organizatoria, en lo que a la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales se refiere, está precedida de imperativos para la efectiva aplicación de estos principios y, además, requiere una comparación. Así, la

---

<sup>146</sup> A nuestro modo de ver, se trataría de una obligación ampliable a toda actuación administrativa. La razón principal la encontramos en que los principios rectores de las actuaciones públicas no encuentran excepciones en nuestra Carta magna, tampoco en lo relativo a la eficiencia y sostenibilidad de las distintas actuaciones administrativas. Es cierto, en algunas de las funciones realizadas por las Entidades locales puede tener cierta complejidad su determinación, en especial con la aplicación de principios como el de sostenibilidad económica. No obstante, no deberíamos circunscribir un avance como éste exclusivamente a los servicios públicos locales; entre otras razones porque nos encontramos con un ámbito y un concepto ciertamente polisémico (así calificados los servicios públicos locales por la jurisprudencia, por ejemplo la STS 4065/1997, de 23 de mayo); y, en nuestros días, el servir a los intereses generales se ha de ver finalmente desde la vertiente económica, la dada por nuestra Constitución.

forma de gestión de los servicios públicos locales elegida será la más óptima, la que mejor sirve a los intereses generales. El sentido de la optimización no es otro que el manifestado en nuestra Constitución y deviene de la expresa obligación de aplicar los principios de eficiencia y economía incluidos en el artículo 31.2 (Título I).

El principio de eficiencia obliga a relacionar los fines pretendidos a través del servicio público a gestionar con los recursos empleados para su consecución. Aunque la vertiente financiera sea uno de los aspectos a tener en cuenta y su importancia en los últimos años haya sido considerable y ampliamente desarrollada por distintas normas (como la propia reforma del artículo 135 de la Constitución), el legislador ha venido a ampliar la perspectiva a la dada por nuestra Carta magna hace cuatro décadas.

En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos se impone, como novedad, motivar desde la vertiente económica. En este punto conviene hacer referencia a una matización importante. La eficiencia en la forma de gestión no quiere decir, necesariamente, elegir aquella cuyo coste sea menor; una actuación sostenible económicamente tiene una concepción más amplia y valora otros aspectos y fines, especialmente aquéllos que aconsejan declarar una actividad como servicio público (por esa razón no se dice que sea la que tenga menor coste)<sup>147</sup>.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es no confundir la eficiencia y sostenibilidad en la forma de gestión con el posible carácter deficitario del servicio público (éste está referido al ámbito presupuestario y financiero). Como venimos defendiendo, el objetivo del principio de sostenibilidad económica es conseguir la mejor forma de combinar los recursos necesarios para prestar el servicio público. La pretensión es gestionar el servicio público de aquella forma que mejor sirva a sus destinatarios: los ciudadanos; y, si es la más eficiente puede suceder, muy posiblemente, que su coste será menor, pero no es el elemento central.

---

<sup>147</sup> Aunque algunas previsiones de la Ley 27/2013, en nuestra opinión, no han sido del todo acertadas en este aspecto. Una de ellas se encuentra en la relación que establece entre la eficiencia y el coste en la redacción dada en algunos de sus artículos; de hecho, casi podemos decir que asocia eficiencia con menores costes. Por ejemplo, cuando en la letra h) del artículo 36.1 atribuye a las Diputaciones provinciales la función de “seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia”. Y añade “Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes”. A nuestro modo de ver, aunque una forma de gestión eficiente pueda conllevar unos costes menores esto no conlleva, como dice el artículo mencionado, que la gestión “más eficiente permita reducir costes”.

En consecuencia, ahora se trata de una obligación normativa para las Entidades locales: justificar la elección de la formas de gestión (directa o indirecta), desde esos principios, al imponerse que deba ser la más eficiente y sostenible.

Para garantizar la efectividad de esta finalidad encontramos otro de los cambios destacables y manifestado en la expresa exigencia de elaborar una específica memoria justificativa al respecto (el contenido del expediente se desarrolla en las previsiones mediante las cuales se regula cada una de las formas de gestión; en el caso de la gestión directa se encuentra en el párrafo siguiente a la enumeración de las posibles formas de gestión directa dadas por la norma básica local y en la indirecta por la Ley de Contratos).

La memoria a elaborar es el medio a través del cual se concluirá con la emisión del juicio técnico exigido por la norma; tanto para delimitar si será una u otra forma de gestión como para determinar la fórmula organizativa o contractual concreta.

Aunque la exigencia específica de elaborar un expediente (con un contenido mínimo) se incluya en el segundo apartado del artículo 85 o en la Ley de Contratos, a nuestro modo de ver y más allá de otras consideraciones, es la fórmula por la que se ha optado y considerado más adecuada el legislador básico. Así, primero se impone elegir la forma de gestión más eficiente y sostenible; después se reitera el imperativo en las formas de gestión directa y se desarrolla el expediente a elaborar. En nuestra opinión, es una manera de establecer para ambas formas de gestión la elaboración del expediente en el cual se acredite lo querido por la norma. Pero, dada la particular finalidad de la Ley de contratos, ha considerado más acertado desarrollarlo en la norma básica local<sup>148</sup>.

Ahora interesa resaltar, no lo acertado de la configuración normativa dada, sino la cuestión fundamental: la coincidencia y repetición de los mismos principios en cada norma reguladora de alguna de las formas de gestión (directa, indirecta o fórmulas intermedias); y también en los informes y criterios de valoración para su determinación. Como veremos, la acreditación de la mayor eficiencia es una obligación reiterada en las principales normas básicas que le son de aplicación, especialmente en la norma básica local, en la norma del sector público y, naturalmente, en la nueva Ley de Contratos. No podía ser de otra forma, la finalidad es la misma y aplicable a cada una de las opciones

---

<sup>148</sup> Aunque no debemos descartar la influencia del momento en que se llevó a cabo esta reforma, es decir, aquel momento en que el tamaño del sector público en general y el local en particular era centro de atención preferente.

organizatorias, por lo que los principios deben ser coincidentes, al igual que los elementos reglados desarrollados (en esencia, son asimilables, como se verá).

Así, creemos poder colegir que tanto la *voluntas legis* como la *voluntas legislatoris* están dirigidas al mandato de partida: la forma de gestión de los servicios públicos habrá de ser la más eficiente y sostenible. Este imperativo se reitera en la siguiente opción dada por la norma básica local y se recuerda en otras normas. En consecuencia, si el mandato es el mismo y se repite a la hora de determinar alguna de las particulares formas de gestión (por ejemplo entre las formas de gestión directa) entonces ha de entenderse coincidente el contenido de la memoria para el imperativo de partida<sup>149</sup>.

Una visión parcial o restrictiva de esta previsión podría conllevar al mantenimiento de situaciones de insostenibilidad que, en nuestra opinión, las normas administrativas pretenden limitar<sup>150</sup> (de acuerdo con lo previsto por nuestra Carta magna). Como veremos a continuación, esta perspectiva se conecta con el desarrollo realizado en otras normas administrativas aprobadas con posterioridad y relacionadas con las formas de gestión; las cuales vienen a incidir en el sentido de la optimización.

La relevancia del cambio llevado a cabo radica en que por primera vez se incorpora expresamente a las normas administrativas la obligación de elaborar un expediente específico para elegir la forma de gestión, también aplicable en el supuesto más habitual: el posible cambio en la forma de gestión.

A nuestro modo de ver, al exigir la norma básica local la emisión de un juicio técnico - económico en esta actuación, le confiere la importancia que siempre ha tenido. Y

---

<sup>149</sup> En esta apreciación nos apoyamos en la STC 41/2016, de 3 de marzo, al referirse a parecidas exigencias incorporadas en la Ley 27/013 para el legislador sectorial. En concreto dice el alto tribunal “El tenor literal de los apartados 3 y 4 del art. 25 LBRL podría dar lugar a entender que las exigencias que contienen operan solo en la atribución de competencias propias reconducibles al listado de materias del apartado 2. Sin embargo, tanto la *voluntas legis* como la *voluntas legislatoris* son, claramente, que la atribución de todas las competencias propias, también las relativas a otras materias, se ajuste a las condiciones que aquellos apartados recogen: 1) evaluación conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; 2) análisis del impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad; 3) dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera del ente local sin que suponga mayor gasto de las Administraciones públicas. De otro modo se llegaría al absurdo de que el legislador básico habría puesto más trabas a la atribución de competencias propias, dentro de las materias que considera de claro interés municipal, que a la atribución de competencias propias en los demás ámbitos materiales, donde el interés local puede ser bajo o inexistente y el riesgo de desequilibrio presupuestario, quizá, más intenso”.

<sup>150</sup> Es muy posible que aquel otro objetivo y problemática que se pretendía abordar por aquellas fechas, el sobredimensionamiento del sector público local, sería un argumento que respaldaría la introducción de la específica memoria mencionada en las formas de gestión directa.

también tiene ese otro efecto al cual ya hemos aludido; es decir, se produce una separación entre dos acciones relacionadas pero muy diferentes: los fines propios del servicio público y el instrumento para su consecución (la forma de gestión). Se trata de ámbitos distintos y con fines diferenciados (aunque la relación existente entre ellos conlleve cierta coherencia en la motivación realizada, sobre todo porque el principio de eficiencia debe valorarse en ambas). Pero, a la hora de elegir la forma de gestión, como también hemos adelantado, los elementos de oportunidad no forman parte de esta actuación<sup>151</sup>. En consecuencia, se debe diferenciar netamente la configuración del servicio público con su forma de gestión.

Cuando nos adentramos en dotar al servicio público de una estructura organizativa concreta (la forma de gestión) estamos ante una función instrumental. Aunque su importancia sea cuanto menos considerable, no se debe olvidar que la forma de gestión puede facilitar o dificultar la consecución de los fines pretendidos con el servicio público. En el ámbito organizatorio el protagonismo lo toman los informes y criterios técnicos, también los económicos. Y, naturalmente, limitan y condicionan el puro voluntarismo de la Administración al entrar en juego la racionalidad organizatoria. Una racionalidad, ha de recordarse, se encuentra entre los objetivos a alcanzar con la Ley

---

<sup>151</sup> En este sentido, el reformado artículo 25 por la Ley 27/2013, establece también la obligación de elaborar una memoria y motivar suficientemente la atribución de las competencias que, por ejemplo, posibilita la prestación de servicios públicos locales. En concreto, este artículo impone al legislador sectorial una triple condición para la atribución de competencias a los municipios. 1) evaluación conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; 2) análisis del impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad; 3) dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera del ente local sin que suponga mayor gasto de las Administraciones públicas. Además, en relación con una de las técnicas organizatorias, la delegación de competencias, el reformado artículo 27 de la norma básica local es contundente al respecto “ *La delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública*”. Y esa mejora habrá de tener reflejo, también, en la memoria económica que así lo justifique y se añada al régimen común de las delegaciones. En relación con esta delegación de competencias, la STC 41/2016, expresó que “La nueva regulación se orienta a garantizar la suficiencia financiera del municipio, mejorar el servicio a la ciudadanía, incrementar la transparencia de los servicios públicos y contribuir a los procesos de racionalización administrativa, evitando duplicidades administrativas y generando un ahorro neto de recursos (FJ 10º). Sobre la delegación puede verse, entre otros, CEBRIAN ABELLÁN, M., *El régimen local tras la reforma de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad*, Wolker Kluwer, Barcelona, 2014, págs. 100 y ss. En particular, al decir que son numerosos los artículos, o parte de estos, que la normativa básica local dedica a la delegación de competencias. Viene referida en los artículos 7, 22.2.g) y 4, 27, 33.2.ñ), 33.4., 37, 47.2.h), 123.1.j) y 2 y disposición final quinta de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen local y 66 a 68 del Texto Refundido del Régimen Local. Los contenidos de la primera son, salvo los artículos 7 y 47.2.h), más específicos, pues hacen referencia a delegaciones en favor de los municipios o de las provincias; en cambio, los del último son más genéricos, en cuanto aluden a delegaciones en favor de cualquier Entidad local. En ambas disposiciones se expresa, sin embargo, de manera coincidente, la idea de que la delegación ha de conllevar una mayor eficiencia en la gestión o aconseje la participación en ella de la representación local.

27/2013; dicho objetivo también se contempla en otras previsiones de la Ley 27/2013 y en normas aprobadas más recientemente, como las mencionadas.

## **2.2. La elección de la forma de gestión (directa o indirecta) desde la perspectiva de la sostenibilidad económica.**

En relación con lo acertado o no de la redacción dada al apartado segundo del artículo 85.2 se ha planteado la duda de si la norma básica local se inclina por una u otra forma de gestión. Para intentar dilucidar esta cuestión hemos de situarnos, nuevamente, en la problemática planteada en torno al sector público local. Esta problemática ha tenido renovado protagonismo durante los años en que los efectos de la crisis económica se mostraban con la máxima contundencia. Sobre todo, por los importantes problemas financieros presentados en la sociedad en general y las Administraciones públicas en particular.

Entre las distintas medidas planteadas para abordar los citados problemas financieros que nos aquejaban y perviven se encuentran las dirigidas a reducir el tamaño del sector público. Al respecto, deben mencionarse los dos acuerdos alcanzados entre el Gobierno y las Entidades locales por aquellas fechas en que los efectos de la crisis económica eran contundentes. Ambos tenían entre sus finalidades la racionalización del sector público local. El primero de ellos se firmó el 7 de abril de 2010 y se denominó, “Acuerdo entre el Gobierno de la Nación y las Entidades Locales, en el marco de la sostenibilidad de las finanzas públicas 2010 -2013”. En este acuerdo se contemplaba la aprobación, por parte de las Entidades locales, de planes de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales, con el objetivo de mejorar la eficiencia y reducir el gasto público. La relativa efectividad de este acuerdo, por decirlo de alguna forma, tuvo como efecto la firma de un nuevo acuerdo el 25 de enero de 2012 (ya reformado el artículo 135 de la Constitución). En este acuerdo se establecía como finalidad la reordenación y racionalización del sector público instrumental local y de control de eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo.



Como se puede apreciar, en ambos acuerdos destacan y coinciden dos aspectos fundamentales: el principio de eficiencia y la reducción del gasto público. Y ambos confluyen en la racionalidad organizatoria de las Administraciones locales. Sin embargo, tanto uno como otro no alcanzaron los fines previstos y el problema persistía; de hecho se acrecentaba.

En un nuevo intento de abordar la problemática referida, la Ley 27/2013 incluyó, aparte de la mencionada reforma estructural del artículo 85.2, otras medidas más concretas y específicas, entre ellas se encuentran las contenidas en la Disposición adicional segunda: redimensionamiento del sector público local (aunque éstas son específicamente financieras)<sup>152</sup>. Como medida específica que es, sus previsiones sólo se activarán si se produce una situación de desequilibrio financiero de la Entidad local y, ante tal eventualidad, se introducen nuevos mecanismos dirigidos a la racionalización organizativa e integración coordinada de servicios que, junto a las ya previstas en el artículo 21 de la Ley Orgánica de 2/2012, de 27 de abril, deberán incluirse en los planes económico-financieros de las Entidades Locales exigidos por esta norma.

La racionalidad organizatoria y los distintos planes previstos en la citada norma encuentran en la eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión de los servicios

---

<sup>152</sup> La primera medida consiste en prohibir a las Entidades locales, mientras estén sujetas a un plan económico financiero o plan de ajuste, adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos entes. La segunda consiste en exigir el saneamiento de las entidades instrumentales que se encontrasen en situación de desequilibrio financiero. La tercera es la prohibición de crear entidades instrumentales de segundo nivel. En relación con los planes que la Ley 2/2012 exige a las Administraciones que presenten problemas financieros resultan reveladoras las consideraciones realizadas por el Tribunal de Cuentas en su Informe de fiscalización nº 1018 sobre las medidas adoptadas por las entidades locales para adaptarse a la disminución de ingresos (en el marco de los acuerdos adoptados), fundamentalmente, de los procedentes de la gestión urbanística. Al decir que “*planes económico financieros, de saneamiento o de ajuste que formulan las Entidades en aplicación de los preceptos legales aplicables no siempre han garantizado, en la práctica, la solvencia financiera y el equilibrio económico presupuestario de las Entidades que los han aprobado, ya que, en muchos casos, éstos han estado más orientados a cumplimentar un requisito meramente formal que a constituir un auténtico instrumento de gestión y de toma de decisiones*”. Sobre la redimensionamiento del sector público local, puede verse entre otros, KONINCKX FRASQUET “Modos de gestión de los servicios públicos. Redimensión del sector público local y otras medidas de racionalización. En especial la gestión directa”, en *Reforma del Régimen Local, La ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, (Coord.) Domingo Zaballós, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 487-494. BOTO ALVAREZ, A., “Redimensionamiento del sector público local”, en *La reforma del régimen local*, (Dir.) Quintan López, (Coord.) Casares Marcos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 465-517. MONTROYA MARTÍN, E., “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local, antes y después de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 36, 2014, págs. 37 y ss.

públicos un referente previo que no debe dejarse de lado. Aunque por aquellas fechas la ocupación y preocupación por la vertiente financiera fuera considerable.

Quizá por aquella circunstancia se ha considerado que el segundo imperativo del artículo 85.2 parecía inducir hacia la elección de una u otra forma de gestión<sup>153</sup>.

Es muy posible que el objetivo racionalizador de la norma básica local y los distintos problemas planteados durante años en el sector público local tuvieran influencia en la redacción final de esta y otras previsiones; y, en cierta forma, puedan verse como una forma de limitar la expansión del número de entes instrumentales en torno a las Entidades locales. Pero, como hemos justificado, en el segundo párrafo del artículo 85.2 sólo se está reiterando el imperativo de partida (aplicable a ambas formas de gestión); pero particularizado a la tipología de entes instrumentales.

De ese modo, entre las distintas fórmulas organizativas que la norma posibilita para la gestión directa sólo se podrá optar por aquella en la que puede acreditarse su mayor eficiencia y sostenibilidad. Tal justificación se manifiesta en una serie de informes en los que se deben desarrollar los motivos (en términos económicos) en virtud de los cuales se opta por aquella forma de gestión que mejor sirve a los destinatarios de los servicios públicos locales. Y, también se incluyen unos criterios de valoración concretos y comunes a tener en cuenta. Todo ello contribuye a aportar seguridad jurídica en las actuaciones relacionadas con la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales (independientemente, por ejemplo, de su carácter obligatorio o potestativo).

En el marco de la problemática aludida con el sector público local y la cierta polémica que rodeó la tramitación de la Ley 27/2013 se han desarrollado distintas interpretaciones sobre las previsiones del artículo 85.2, párrafo segundo. Una de ellas se inclina por ver la previsión mencionada como una forma de reconducir las formas de gestión de los servicios públicos locales hacia aquellas en que el Derecho administrativo es prevalente.

---

<sup>153</sup> Sin embargo, no es una fórmula totalmente novedosa en nuestro Ordenamiento. En este sentido, la Ley de Autonomía Local de Andalucía contiene una previsión similar. Concretamente el artículo 33.6 establece “En el expediente que se tramite para la constitución de las entidades previstas en las letras b) a g) del apartado 3 de este artículo deberá incorporarse una memoria acreditativa de las ventajas que tendría la modalidad de prestación respecto a la prestación por la propia entidad local, que incluirá un estudio económico-financiero del coste previsible de su implantación”. Las modalidades previstas en las letras b) a g) son asimilables a las letras c) y d) de la norma básica. No obstante, la previsión es tan genérica que su efectividad ha sido mínima, como buena parte de las previsiones normativas expresadas en términos tan laxos.

También se ha visto como una forma de establecer cierta prelación entre ellas y considerar a unas como prioritarias (organismo autónomo o por la propia Entidad local) frente a aquellas en las que el Derecho privado cobra mayor protagonismo<sup>154</sup>. Otra de las afirmaciones se encuentra al decir que la Ley 27/2013 se decanta claramente por la modalidad de gestión directa por la propia Entidad local o por organismo autónomo local, en detrimento de la Entidad Pública Empresarial local y la sociedad mercantil local. También se afirma que la norma pretende realizar una subclase en las formas de gestión directa al inducir la comparación entre unas y otras<sup>155</sup>.

No decimos que no sea posible llegar a cada una de esas visiones (ni es descartable si tenemos en cuenta el contexto en que se tramitó esta reforma). No obstante, en nuestra opinión, las posibilidades expuestas sólo serían viables si la Entidad local acredita, en primer lugar y por mandato del primer imperativo, la mayor eficiencia y sostenibilidad de la gestión directa. Y, en segundo lugar debe justificar la misma obligación, aunque más centrados en las concretas formas organizatorias possibilitadas (en concreto las primeras opciones organizativas respecto de las segundas). Por tanto, el centro de atención no creemos que deba dirigirse a la modalidad específica organizativa sino en llevar a cabo un análisis riguroso, en términos técnico-económicos. Y, será el juicio técnico emitido debidamente fundamentado el que habrá de determinar cuál de las opciones es la más eficiente y sostenible. Si aceptamos la preferencia de unas formas de gestión sobre otras, sin más, realmente poco habremos avanzado en la búsqueda de la eficiencia y sostenibilidad impuesta por la norma.

También se ha defendido la tesis contraria, es decir, las exigencias derivadas de la sostenibilidad y eficiencia parecen decantar la decisión de la Entidad local hacia la

---

<sup>154</sup> Entre ellas se encuentra la expresada por GARCÍA RUBIO, F., “La iniciativa económica local tras la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local”, *REALA nueva época*, nº 3, enero-junio, 2015; al decir que con esta variación se pretende establecer una forma de gestión más sostenible y eficiente de entre las cuatro fórmulas existentes, recogiendo que para el uso de las fórmulas de entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local unos requisitos previos para su elección frente a la entera libertad que la regulación anterior disponía para la citada elección. En esta idea incide RODAZOS OLIVA, M. J. “Notas sobre el alcance de la reforma local en Andalucía: servicios públicos, iniciativa pública y sociedades de cooperación territorial (mancomunidades y consorcios)”, en *La reforma del régimen local*, (Coord.) Casares Marcos, (Dir.) Quintana López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 965-981.

<sup>155</sup> Se defiende que el legislador entendió que la proliferación de personas jurídicas no es sostenible financieramente. Su principal preocupación fue la simplificación y supresión de estructuras innecesarias. En este sentido puede verse, entre otros, HURTADO LÓPEZ, G., “El rediseño y redimensionamiento del sector público económico local”, en *La reforma de 2013 del régimen local español*, (Coord.) Santamaría Pastor, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid 2014, págs. 307-337.

gestión indirecta<sup>156</sup>. Desde la posición defendida en este trabajo tampoco podemos estar de acuerdo con esta última consideración. Además, contamos con el apoyo añadido de las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; en particular la obligación de las Administraciones de justificar la necesidad del contrato.

En el caso de tratarse de un contrato para gestionar un servicio público local, tal necesidad, viene determinada por la mayor eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión indirecta (como ya se ha dicho el cambio es considerable, y esta necesidad no forma parte de las fórmulas habituales utilizadas cuando se trata de licitar un contrato para gestionar un servicio público local). Desde la aprobación de la Ley 27/2013 no sería aceptable una de las opciones utilizadas por las Entidades locales como es la de buscar en la gestión indirecta una forma de obtener recursos financieros; como ya se ha mencionado, la forma de gestión de los servicios públicos no tiene por finalidad obtener recursos financieros. Por el contrario, se trata de optar por aquella forma que mejor sirva a los fines del servicio público.

En lo que ahora importa, se ha de hacer referencia a lo previsto en el apartado primero del artículo 28. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación. (Ley 9/2017). En este apartado se establece que,

*“las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.*

Efectivamente, la necesidad del contrato debe determinarse, dice esta norma, “con precisión dejando constancia de ello en la documentación preparatoria”. Pues bien, en

---

<sup>156</sup> Así lo defiende MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”, en *La reforma del régimen jurídico de la Administración Local*, (Coords.) Carrillo Donaire y Navarro Rodríguez, El Consultor de los Ayuntamientos Madrid, 2014, págs. 581-659.

el caso de tener como objeto el contrato la gestión de un servicio público, esa documentación preparatoria ya le viene dada al órgano de contratación por el expediente exigido en la Ley 27/2013 para determinar cuál de las formas de gestión es más eficiente y sostenible.

Además, de acuerdo con lo previsto en el primer apartado del artículo 116 (Expediente de contratación: iniciación y contenido), se exige que ese expediente previo “*deberá ser publicado en el perfil de contratante*”.

Y, si aún surgiese alguna duda, la letra e) del apartado cuarto en el artículo 114 reitera que en el expediente de contratación se justificará adecuadamente

*“la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional”.*

Así es, la relación entre los fines y los medios (en este caso del contrato) debe ser directa, clara y proporcional. En la gestión de los servicios públicos la necesidad del contrato es la mayor eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión indirecta y el medio para alcanzarla será la licitación del contrato.

En suma, una interpretación relativa a la preferencia de una u otra forma de gestión se desvirtúa al exigirse taxativamente la obligación de motivar suficientemente por qué se opta por cada una de las posibilidades dadas. Y, en esa decisión, la Entidad local se encuentra con elementos reglados específicos. Esos elementos reglados devienen del primer mandado (como hemos justificado). La mayor eficiencia y sostenibilidad de una u otra forma de gestión debe quedar acreditada en la memoria a elaborar en todo caso, para responder a la primera de las opciones (gestión directa o indirecta).

De esta forma, como ya se ha dicho, la aprobación de distintas normas con posterioridad a la Ley 27/2013 nos ayudan a confirmar y refuerzan la exigencia de motivación, en términos económicos, de la elección de una u otra forma de gestionar el servicio público considerado.

En este sentido se ha de mencionar lo obvio: el mandato de la eficiencia y sostenibilidad en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales es una obligación interna, aunque con ramificaciones europeas. La neutralidad comunitaria en este aspecto es clara y nítida. Y así se expresa en la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión al decir: “*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”. Pero, a renglón seguido se lleva a cabo una referencia implícita a la eficiencia en esta actuación: “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”. Y, naturalmente hace alusión a las formas de gestión de dichos 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” (artículo 2.1).*

Así, aunque la finalidad de las Directivas comunitarias se dirige específicamente a regular la contratación pública en general y las opciones organizativas no formen parte de su finalidad, sí encontramos alusiones al mandato inherente en esta actuación. Pero, se ha de insistir: la eficiencia en las formas de gestión de los servicios públicos es un mandato con origen en nuestra Carta magna: gestionar el servicio público de la forma que mejor sirva a los intereses generales pretendidos con el servicio público.

No obstante, no se puede dejar de hacer referencia a la importancia y volumen adquirido por la contratación pública en nuestros días. En lo que aquí interesa, debe mencionarse la cuantificación realizada sobre el exceso de recursos que llevan inherentes las tradicionales ineficiencias en la contratación pública. Esas ineficiencias, sólo por la ausencia de presión concurrencial, se estima pueden originar una desviación media de recursos al alza del 25% del presupuesto (un exceso proscrito por el principio de eficiencia, el cual postula destinar los necesarios y sólo los necesarios)<sup>157</sup>. Esta aproximación cuantitativa se realiza sin entrar a valorar que la contratación pública es

---

<sup>157</sup> Hace años que la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia viene realizando informes en este sentido, algunos de los más recientes son los realizados con motivo de los Anteproyectos de Ley para la trasposición de las Directivas de contratación pública (2015): Informe IPN/CNMC/010/15: Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 16 de julio. El mismo día se aprueba el IPN/CNMC/011/15: Informe sobre el anteproyecto de ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. El elemento común aparece en la pretensión de la mejora de los procedimientos de contratación, con una presencia destacada de la eficiencia en el uso de los recursos públicos propiedad de todos los ciudadanos.

uno de los principales teatros donde analizar y reflexionar sobre la prevención y lucha contra la corrupción<sup>158</sup>.

Además, para hacernos una idea de l alcance de esa estimación, se ha de tener en cuenta la importancia de la contratación pública. Su volumen se estima en torno al 18 % de nuestro Producto Interior Bruto<sup>159</sup>. Es decir, el problema de las ineficiencias en la contratación pública en general y en la gestión de los servicios públicos en particular es cuanto menos considerable y, por ello, deberíamos valorar en toda su extensión la reforma llevada a cabo en el artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local.

Entre los informes relacionados con la cuantificación y repercusión de las ineficiencias en la contratación pública se encuentra otro de los elaborados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Informe PRO/CNMC/001/15 “Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”). En este informe se resaltaba lo conocido,

*“el sector público en España debe autoimponerse una contratación pública cada vez más transparente, procompetitiva y económicamente eficiente, en beneficio de los ciudadanos, de las empresas y de las propias Administraciones Públicas”.*

Al menos una reflexión debe extraerse: la reiteración y pervivencia de problemas estructurales en el ejercicio de la potestad organizatoria. Además, cuando decimos gestión directa de los servicios públicos no dejemos de lado que en ella nos vamos a encontrar distintas actuaciones desarrolladas mediante la celebración de contratos públicos.

Así, se puede decir que ambas fórmulas organizativas presentan interrelaciones de distintos tipos y alcance. Como venimos desarrollando, se trata de centrar la atención en los avances normativos dirigidos a variar la perspectiva de esta potestad hacia una fórmula más centrada en la optimización de toda decisión administrativa.

Entre las ramificaciones e interrelaciones de las formas de gestión nos encontramos con algunas otras opciones organizatorias que nos sitúan en algún punto entre la primaria

---

<sup>158</sup> En este sentido, entre otros puede verse GIMENO FELIU, J. M., *Contratación pública e integridad*, Observatorio de la Contratación pública.

<sup>159</sup> Este dato es el que se incluye en la exposición de motivos de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

diferenciación de gestión directa e indirecta de los servicios públicos. No vamos a hacer referencia a las diferentes posibilidades intermedias que nos podemos encontrar. No obstante, hay una de las opciones a la cual creemos necesario dedicar unas páginas, al menos por dos razones: de un lado, se trata de una de las posibilidades que las Entidades locales deben valorar al plantearse la forma de gestión de los servicios públicos; y, de otro, se reitera el elemento reglado de acreditar la eficiencia. En efecto, dirigimos nuestra atención a los denominados contratos “*in house*”.

### **2.3. La sostenibilidad económica impuesta a las distintas opciones organizatorias, en particular los encargos a medios propios.**

A las previsiones normativas relacionadas con la motivación de la eficiencia y sostenibilidad en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales, ahora exigidos por la norma básica local, se han de añadir las incorporadas en las normas básicas sobre contratación y la del sector público<sup>160</sup>. La propia Ley de Bases de Régimen Local remite a las dos normas mencionadas. Aunque, la relativa a la contratación pública tenga protagonismo particular, tanto por lo ya dicho como por la remisión expresa en cuanto a la forma de gestión indirecta. Pero, una consideración conjunta de estas normas nos ayudará en la misión de completar lo expuesto hasta ahora, en particular por la coincidencia en los informes y criterios de valoración exigidos por cada una de ellas y dirigidos a la misma finalidad: garantizar la eficiencia y sostenibilidad en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. Esta coincidencia es perfectamente entendible. El objetivo es el mismo, independientemente de la fórmula por la que se opte.

Las Administraciones, para llevar a cabo las distintas actuaciones administrativas, firman acuerdos de colaboración, se hacen encomiendas de gestión, encargos a medios propios, etc. Esta última opción es la de nuestro interés y su actual regulación, tanto en

---

<sup>160</sup> En estas normas se encuentran medidas similares a las de la norma básica local y dirigidas a reconducir y, en su caso, reducir el sector público. Además se unen a otras normas, como la Ley 2/2011, de Economía sostenible; la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o la Ley 15/2014, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.



la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público<sup>161</sup>. Pues, como se ha avanzado, también debe responder al mandato de la optimización en el uso de los recursos públicos<sup>162</sup>.

En esta opción organizatoria, como veremos en seguida, encontramos la expresa exigencia de acreditar su mayor eficiencia y algún criterio de valoración común con la norma básica local.

La figura organizativa centro de nuestra atención forma parte de la denominada “cooperación vertical” y se refiere a los contratos celebrados por una entidad pública con una persona jurídicamente distinta de aquella cuando, al mismo tiempo, dicha entidad ejerce sobre el mencionado ente un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios. Además, la mayor parte de la actividad del sujeto controlado se realiza en ejercicio de tareas encomendadas por la entidad o las entidades que la controlan (dicho en otros términos está gestionado directamente la actividad encomendada)<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Una de las aportaciones que se han señalado sobre esta figura se encuentra en la regulación dada por la Ley 40/2015, al diferenciar con mayor nitidez los encargos a medios propios de otras similares y que se suelen confundir, como las encomiendas de gestión (aunque ambas comparten la finalidad y algunos rasgos comunes, como el hecho de que en ambos un órgano administrativo encarga aun tercero la realización de determinadas actividades comprendidas en el ámbito de sus competencias pero sin renunciar a su titularidad), pero tienen un régimen jurídico diferenciado. Sobre ambas figuras en la nueva ley puede verse VILALTA REIXACH, M., “La encomienda de gestión en la LRJSP, régimen jurídico y distinción de figuras afines”, en *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, (Coord.) Tornos Más, Atelier, Barcelona, 2017, págs. 77-106.

<sup>162</sup> El sentido de la optimización también puede verse en el sentido dado por la Ley 40/2015 a la delegación de competencias, en particular el art. 140.1 al referirse a la posibilidad de compartir recursos entre varias Administraciones que tengan encomendada la gestión de bienes jurídicos o servicios públicos conexos (...). En este sentido y en el marco de los principios de la nueva ley se puede ver, SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Las relaciones interadministrativas” en *El nuevo régimen jurídico del sector público*, (Dir.) Humberto Gonsálbez, El consultor de los ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 361-474.

<sup>163</sup> Sobre la cooperación entre Administraciones en la prestación de servicios públicos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene dicho: a) Que nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. b) Que esta posibilidad de recurrir a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas. c) Que el Derecho Comunitario no impone a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. d) Y que esta colaboración interadministrativa no cuestiona el objetivo de la normativa sobre contratación pública de asegurar la libre circulación de servicios y la libre competencia, siempre que se cumplan tres condiciones: que esa colaboración responda a consideraciones y exigencias propias del interés general, que los contratos sean celebrados por entidades públicas sin la participación de empresas privadas y que no se favorezca a ningún operador privado frente a sus competidores.

La problemática en torno a esta opción organizatoria, en general, ha sido abordada de forma crítica<sup>164</sup>. Por resumir brevemente algunas de las cuestiones principales, en lo que aquí interesa, haremos referencia a uno de los informes relativamente reciente (en

---

En este sentido, admitiendo que se trata de contratos de cooperación, se pronuncia la STJUE de 13 de noviembre de 2008, C-324/07 (considerandos 48 y 49), sobre el encargo por un Municipio de la gestión de la red local de teledistribución a una sociedad cooperativa integrada, exclusivamente, por otras entidades locales, a cuyo capital se incorpora; o la STJUE, de 9 de junio de 2009, C-480/06 (considerandos 45 y 47), en relación con el contrato suscrito por 4 entidades locales con la ciudad de Hamburgo para que ésta se encargara, a cambio de una contraprestación, del servicio de valoración de los residuos urbanos de aquellas, reservando para ello una parte de la capacidad de una nueva instalación de la que era propietaria. En otras sentencias se reiteran esos criterios, pero concluyen rechazando que pueda considerarse cooperación, como la STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/2011 (considerandos 32, 34 y 35), sobre un acuerdo de cooperación entre una Administración y una Universidad, para la realización por ésta de determinadas tareas científicas y de investigación (que el Tribunal considera servicios de ingeniería y arquitectura, sin especial carácter científico); o la STJUE de 13 de junio de 2013, C-386/11 (considerandos 34-38), sobre un acuerdo entre dos entidades públicas, en virtud del cual una de ellas asume la competencia de limpieza de inmuebles administrativos y docentes de la otra. Un estudio sobre la jurisprudencia comunitaria referida a la cooperación horizontal puede verse en GALLEGO CÓRCOLES “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Práctica Contratación Administrativa*, nº 135, 2015, págs. 1-6.

<sup>164</sup> En relación con la intensa problemática sobre esta posibilidad de actuación administrativa puede verse, entre otros, SOSA WAGNER, F., y FUERTES LÓPEZ, M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación in house)”, *Diario La Ley*, nº 6715. REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, nº 161, mayo-agosto, 2003, págs. 363 y ss. ARIMANY LAMOGLIA, “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público (Crónica del caso “Centro de Ocio de la ciudad de Roanne” )”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 133, págs. 65 y ss. Del mismo autor “Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la STJCE de 13 de octubre de 2005, As. C-458/03, Parking Brixen GMBH)”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 9, 2005, págs. 55 y ss. SOSA WAGNER, F., “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, en *Libro Homenaje al profesor S. Martín -Retortillo. Estudios de Derecho Público Económico*, (Coord.) Cosculluela Montaner, Civitas, Madrid, 2003, pág. 1316 y ss; AMOEDO SOUTO C. A., “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 170, 2006, págs. 263 y ss. GIMENO FELIU, J. M., “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, en *Informe de las Comunidades Autónomas- 2005*, págs. 838-858; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, nº 173, mayo-agosto, 2007 págs. 217-237; FUERTES LÓPEZ, M., “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Administración Local y Autónoma*, nº 279, 1999, págs. 31 y ss. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008; BERNAL BLAY, M. A., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (As. C-295/05, Asemfo vs. Tragsa)”, *Revista Español de Derecho Administrativo*, nº 137, enero-marzo, 2008, págs. 115-138. MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009; RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “Las encomiendas instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 47, primer semestre, 2009, págs. 50 y ss; PERNAS GARCÍA, J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos: análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008.

nuestro país) y relacionado con esta figura organizativa. En dicho informe se realiza un resumen de buena parte de los problemas generadores de las críticas mencionadas y también tiene la cualidad de haber sido desarrollado posteriormente en forma de moción presentada en el Parlamento.

El informe referenciado es el realizado por el Tribunal de Cuentas en 2015, sobre la fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas (Informe n.º 1088, aprobado en la sesión de 30 de abril del 2015). En este informe se expresó con amplitud algunas de las deficiencias que subyacen en esta fórmula organizativa, más bien en la forma de verla y utilizarla por parte de las Administraciones. La principal crítica realizada por el Tribunal de Cuentas se centra en la parquedad del núcleo regulatorio básico de los encargos a medios propios; entre otras razones porque la regulación de esta figura se encontraba de forma dispersa y asistemática<sup>165</sup>.

A partir de lo reflejado en este informe y siguiendo los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria, en relación con esta figura organizativa, el Tribunal de Cuentas trasladó a nuestro legislador una serie de recomendaciones presentadas ante las Cortes Generales a finales de 2016. Entre ellas y, en lo que aquí interesa, se encuentra la referida a *“la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo por las Administraciones públicas de las actuales encomiendas de gestión a medios propios, y con ello impulsar la adopción de medidas que contribuyan a conseguir un sector público más racional y eficiente”*.

---

<sup>165</sup> Un resumen de esta figura lo realiza la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su Informe 13/2015, de 12 de noviembre, en relación con el asunto planteado sobre el “Régimen económico de las encomiendas de gestión a medios propios. En particular, posibilidad de incluir en las retribuciones, por las encomiendas que se efectúen a medios propios, los conceptos de gastos generales y de beneficio industrial”. La respuesta es tan clara como contundente “teniendo en cuenta el carácter interno de las encomiendas a medios propios, que suponen una excepción a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación que rigen la contratación pública, así como los efectos que puede tener para la competencia la exclusión del mercado de las prestaciones que tienen por objeto y la obligación de las entidades integrantes del sector público de adecuar su gestión económica y financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de sus objetivos y de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, se considera que las tarifas que se deben aprobar para fijar la retribución de los medios propios por las encomiendas que lleven a cabo, de acuerdo con el TRLCSP, se deben fijar sobre la base de criterios vinculados exclusivamente a los costes reales de producción o de realización de las prestaciones objeto del encargo”. Otro de los ejemplos y problemática que se plantean se encuentra en el informe 2/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Navarra, en el cual se da respuesta en relación con la interpretación que debe darse al artículo 12 de la Directiva 24/2014 de Contratación Pública, en particular sobre la posibilidad de que una sociedad mercantil de reciente creación, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública de manera indirecta a través de otra sociedad mercantil pública ya existente, ostente la condición de ente instrumental.

Para la consecución del objetivo marcado “conseguir un sector público más racional y eficiente”, se recomendaba el desarrollo de una regulación, en esta fórmula organizativa, *“mediante una norma sustantiva con rango de ley que establezca un marco legal de carácter básico y común en el que se definan pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, incluyendo la exigencia de justificar las razones de economía y eficacia que motivan su empleo; su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, así como los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control”*.

Las recomendaciones llevadas al Parlamento tenían como base algunos de los aspectos negativos comprobados por este Tribunal en su labor fiscalizadora; en particular la referida a *“reforzar la prohibición expresa de que a través del recurso a los encargos a medios propios se produzca una alteración de la titularidad de las competencias propias de los órganos de naturaleza administrativa o una traslación del ejercicio de las mismas o de sus elementos determinantes a los entes instrumentales, y muy especialmente del ejercicio de potestades públicas reservadas por ley a los funcionarios públicos”*.

En el intento de evitar prácticas administrativas como las señaladas, la principal recomendación realizada se centró en la necesidad de incorporar a las normas administrativas el recordatorio de la esencial obligación de las Administraciones cuando se ejercen potestades discrecionales; es decir, el alcance y contenido de la motivación suficiente siempre exigible. En particular, se recomendaba incluir en la regulación de esta fórmula organizativa la obligación de las Administraciones de emitir un juicio técnico, en la línea marcada por la norma básica y aquí defendida.

Específicamente decía, *“el recurso a su empleo debe estar siempre sustentada en informes o estudios que acrediten, con la suficiente especificación y concreción, por un lado, la existencia de las necesidades a satisfacer y la carencia de medios técnicos idóneos para afrontarlas directamente por los poderes adjudicadores encomendantes, (necesidad de la actuación a llevar a cabo e imposibilidad de gestionarla directamente con los medios disponibles) y por otro, la mayor idoneidad del empleo de esta forma de gestión frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir, en particular los procedimientos de licitación pública”*. Es decir, se trata de elegir la forma de gestión más eficiente y sostenible.

Y, apostillaba, como era perfectamente previsible, la necesidad de incorporar a las normas reguladoras específicos informes y criterios de valoración concretos en una actuación que requiere la emisión de un juicio técnico, al decir “ *en todo caso, esta justificación debe documentarse adecuadamente con los informes y estudios oportunos, que permitan constatar que la opción del encargo es la más idónea por razones de economía o de eficiencia, o porque resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia*”.

Así, por un lado, la Administración debería justificar tanto la necesidad de la actuación pretendida como la insuficiencia de medios para gestionarla de forma directa (con los medios disponibles); de otro, la mayor eficiencia de esta opción frente a otras. Y se hace referencia específica a la contratación pública. Después de todo, se trata de adjudicar la realización de la actividad a desarrollar a un ente instrumental (medio propio) sin valorar la posibilidad de licitación y la eficiencia aportada por la concurrencia competitiva.

Pues bien, buena parte de las recomendaciones resumidas en la moción referenciada han encontrado reflejo tanto en la Ley 40/2015 como en la reciente Ley 9/2017. En relación con la primera de estas normas queremos llamar la atención sobre la redacción dada al artículo 86. En este artículo, el legislador básico incorpora una serie de requisitos de carácter organizatorio en la línea aquí defendida. Principalmente dirigidos a dotar de contenido al expediente a elaborar por las Administraciones cuando se trata de optar por la mejor forma de servir al interés general marcado con la actuación a gestionar. Y, naturalmente, se traduce en especificar con mayor precisión el contenido de la motivación suficiente siempre exigible a las Administraciones públicas, en particular cuando a la potestad organizatoria nos referimos, como es el caso, cuando se trata de declarar a un ente como medio propio o servicio técnico.

En concreto, el primer apartado del citado artículo pasa a decir, “ *las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,*

*aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre ” (ahora referido a la Ley 9/2017), ámbito normativo donde procede su encaje de forma más clara<sup>166</sup>.*

En la reciente Ley 9/2017 son tres los artículos relacionados con las distintas opciones que se pueden dar en este ámbito. El artículo 31 se refiere a la potestad de autoorganización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal; el artículo 32 se dedica a los encargos que puedan hacer los poderes adjudicadores a medios propios personificados; y, finalmente, el artículo 33 se refiere a los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados<sup>167</sup>.

Las previsiones de estos artículos deben coherenciarse con el establecido en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en especial con lo previsto en su apartado 2, conforme al cual,

*“Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:*

---

<sup>166</sup> También se ha de señalar que el considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE marcaba su regulación en esta norma porque se dice que, “ex iste una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública (...). Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores”.

<sup>167</sup> Sobre estas opciones, entre otros, se puede ver CUETO PÉREZ, M., “Organismos públicos y sociedades mercantiles en la Ley 40/2015”, en *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y del Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 245 -276; NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos in house en el Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 182, mayo -agosto, 2010, págs. 159-190. CARULLO, G., “Contratos de la Administración Pública para la autoproducción de bienes y servicios: el caso europeo de las operaciones “internas” mediante *in house provision*”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre, 2016, págs. 61-81. GORDILLO PÉREZ, L. I., y MÚGICA ALCORTA, R., “La evolución de los contratos “in house” en el Derecho de la UE, Especial referencia a la Jurisprudencia en materia de contratación pública local”, *Nuevas políticas públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, nº 9, 2014, pág s. 85-115. VILALTA REIXACH, M., “La encomienda,...”, op. cit., págs. 77-106.

*a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*

*b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.*

En efecto, entre las condiciones establecidas para la declaración de una entidad como medio propio o servicio técnico también se impone, taxativamente, la obligación de justificar que esta posibilidad es “ *una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz*”.

Aunque el mandato contenido en este artículo, de acuerdo con la Disposición adicional decimocuarta, no tiene carácter básico y será de aplicación a la Administración General del Estado y al sector público estatal; sin embargo, no creemos deba descartarse su aplicación en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. Entre otras razones porque en el propio expediente administrativo desarrollado para dotar de contenido el mandato de la eficiencia y sostenibilidad (primer inciso del artículo 85.2) se puede tener en cuenta esta opción. Especialmente en aquellas Entidades locales con un número considerable de entes instrumentales. Y, puede plantearse como una vía indirecta para garantizar la eficiencia y sostenibilidad en los entes instrumentales locales.

Precisamente, porque coincide con la voluntad expresada en la norma básica local y relativa a la optimización de los recursos públicos. En consecuencia, no parece que deba descartarse la posibilidad de valorar la declaración de medio propio y/o servicio técnico como una de las opciones para gestionar los servicios públicos locales. Esta es una alternativa perfectamente posible y puede ser una fórmula, realmente, más sostenible y eficiente que la contratación o la creación de un nuevo ente instrumental específico.

Así, en las distintas normas administrativas reguladoras de la potestad organizatoria, en particular para la gestión de los servicios públicos, se repite y reitera el imperativo de la optimización en el uso de los recursos públicos. En cada una de ellas se dirige la atención al contenido de la motivación, a establecer una serie de elementos reglados como informes específicos o criterios de valoración concretos relacionados con la eficiencia y sostenibilidad de las formas de gestión. Unas formas de gestión entendidas en el sentido de la instrumentalidad, es decir, no se trata de una finalidad.

Centrado el principal objetivo de este trabajo mediante las reiteradas referencias normativas a los principios constitucionales que han propiciado buena parte de las reformas mencionadas nos restan unas reflexiones adicionales, antes de dirigir nuestra atención al específico contenido del expediente a elaborar por las Entidades locales para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales.

### **3. Racionalización de las estructuras organizativas locales y su sostenibilidad.**

Si tomamos en consideración y de forma conjunta los distintos avances normativos y jurisprudenciales analizados y los que analizaremos, como idea general, podemos decir que ha variado la discrecionalidad con que había sido conferida la potestad para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales.

La principal diferencia se encuentra en la reducción del amplio margen de actuación conferido tradicionalmente, en particular porque ahora se establecen renovadas obligaciones de motivación (en forma de elementos reglados propios y específicos).

Las normas reguladoras de esta potestad establecen taxativamente la obligación de elaborar un expediente específico en esta actuación administrativa. Y, también determinan concretos criterios de valoración e informes a elaborar por las Entidades locales con distinta naturaleza y alcance.

Así, la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales está dotada de garantías jurídicas específicas. Esas garantías vienen tanto del expreso mandato incorporado por el imperativo con que se expresa el primer inciso del artículo 85.2 (en su redacción dada por la Ley 27/2013); como por lo establecido en el segundo párrafo y completado con la regulación realizada en otras normas.

Con este cambio normativo, las normas administrativas se limitan a recordar a las Entidades locales la obligación de llevar a cabo una motivación suficiente, en términos económicos, para elegir la forma de gestión del servicio público.

Entre las principales consecuencias y diferencias se encuentra que la tradicional remisión realizada por el legislador a las Entidades locales para apreciar y concretar los



elementos técnicos, económicos o financieros de esta elección, ahora, una parte de ellos, los preestablecen ésta y otras normas.

Como venimos argumentando, las principales normas básicas administrativas reguladoras del ámbito organizatorio dirigen su atención hacia la valoración del principio de sostenibilidad económica. El papel del principio de eficiencia ha sido expresado con meridiana claridad por el Tribunal Constitucional en la primera de las Sentencias sobre la Ley 27/2013 (STC 41/2016, de 3 de marzo) <sup>168</sup>. Lo razonado por el Alto tribunal es:

*“La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local **pretende la eficiencia** en el uso de los recursos públicos locales y **racionalizar** la Administración local **para asegurar su sostenibilidad** y el cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.*

La sucesión y consecuencias en la aplicación de los principios mencionados son de especial interés para lo defendido en esta tesis. En particular, dos son las ideas principales a resaltar. De un lado, la eficiencia en la gestión de los recursos públicos y la racionalidad organizatoria se presentan indisolublemente unidas. De otro, unas estructuras locales caracterizadas por la eficiencia en su organización ayudan de forma considerable a asegurar su sostenibilidad y a cumplir con las exigencias derivadas de los principios ahora constitucionalizados <sup>169</sup>.

Dicho de otro modo, el principio de eficiencia no había sido incorporado de forma accidental en nuestra Carta magna. Ni su desarrollo en las normas administrativas está

---

<sup>168</sup> La sentencia 41/2016 ha marcado la línea de resolución de las sentencias posteriores, ya que buena parte de los argumentos eran similares.

<sup>169</sup> Aunque la Ley 27/2013 se fundamenta en la reforma del artículo 135 de nuestra Constitución y en la Ley 2/2012, como expresa en el preámbulo al decir “La reforma del artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción dada en 2011, consagra la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. En desarrollo de este precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales. Todo ello exige adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local así como mejorar el control económico-financiero”. La realidad es que en dicha exposición se añade el principio de eficiencia (aunque aparezca como un principio añadido). No obstante, el Tribunal Constitucional ha podido ordenar y sucesión en el papel y contribución de los principios a las finalidades públicas. Desde esta perspectiva, a nuestro modo de ver, los cuatro objetivos de esta norma se reconducen a dos: la racionalidad organizatoria y funcional y el control financiero.

vinculado directamente con la reforma del artículo 135 llevada a cabo (aunque el legislador haya aprovechado esta circunstancia para su incorporación).

Como bien expresa el Alto tribunal, entre sus principales funciones se encuentra la relacionada con la racionalidad organizatoria de las Administraciones y su efectiva aplicación colabora a esa otra finalidad ahora constitucional (la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera).

En suma y por mencionar lo más relevante, a nuestro modo de ver, tanto la Ley 27/2013 como otras normas administrativas básicas han incorporado finalmente el principio de eficiencia en el ámbito de una potestad (la organizatoria). Además, se realiza en el sentido de la optimización de los recursos públicos y de forma imperativa (el dado por nuestra Carta Magna).

De esta forma se varía la tradicional discrecionalidad caracterizadora de la potestad organizatoria en general y se particulariza en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. Y, la necesaria justificación de la eficiencia y sostenibilidad en la elección de la forma de gestión diluye la indiferencia jurídica en esta actuación administrativa: será eficiente y sostenible o no lo será (mejor dicho será la más eficiente y sostenible o no). Para su acreditación no podrá apelarse en términos genéricos a este principio sino que habrán de elaborarse, al menos, los informes exigidos normativamente y valorarse mediante los criterios también incorporados a las normas administrativas (a ellos nos dedicamos en el siguiente capítulo).

Otro de los efectos de las reformas administrativas se encuentra en intentar limitar su contrario (las ineficiencias, en sus distintas manifestaciones)<sup>170</sup>. Y, también nos sitúa en ese espacio relacionado con la consecución de los objetivos presupuestarios y financieros, pero tiene mayor recorrido al referirse a la forma de gestión de los servicios

---

<sup>170</sup> Sobre algunas de las manifestaciones que han tenido las ineficiencias en las Administraciones públicas ha aludido el Tribunal Constitucional, por ejemplo cuando ha expresado que “ desde la perspectiva de la asignación racional de los recursos escasos, por las exigencias que resultan del mandato constitucional de "eficiencia y economía" (...) en orden a la realización del principio de una asignación equitativa de los recursos públicos enunciado en el art. 31.2 de la Constitución (...) obligan a evitar, en lo posible, administraciones paralelas o duplicidades innecesarias de servicios y disfuncionalidades, que serían contrarias a los criterios que la Constitución propugna” . STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 12º; STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7º. También cuando califica ciertas actuaciones administrativas como muestra del “ desprecio de los principios de eficacia administrativa y eficiencia y economía del gasto público”. (STC 204/1992, de 26 de noviembre de 1992, FJ 5º).

públicos<sup>171</sup>. Pues, la eficiencia y sostenibilidad impuesta para la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales conlleva la racionalización y proporcionalidad de las estructuras organizativas creadas para alcanzar el fin pretendido con el servicio público.

En relación con la racionalidad organizatoria, la discrecionalidad administrativa y las finalidades para las que es conferida en esta potestad, el Alto tribunal (en la sentencia citada), también ha realizado algunos recordatorios a las Administraciones. Por ejemplo,

*“Estado, Comunidades autónomas y Entes locales (cada uno en el marco de sus competencias) **están obligados** a adoptar las medidas de racionalización de estructuras administrativas y manejo de los recursos materiales y personales que permitan, desde los principios de eficiencia y eficacia alcanzar la estabilidad presupuestaria exigida.*

Dice bien el Tribunal Constitucional: desde la eficiencia en las estructuras organizativas creadas se alcanza y facilita la estabilidad presupuestaria también exigida. En realidad, las consecuencias más significativas, a nuestro modo de ver, se focalizan en la mejor prestación del servicio público (al fin y al cabo lo relevante son los fines del servicio público gestionado).

En este sentido insiste el Alto Tribunal, al decir,

*“el sistema constitucional obliga a interpretar que todos los niveles de gobierno deben adoptar aquellas medidas encaminadas al ahorro en el gasto público (ámbito financiero); al manejo eficiente de los recursos públicos (principio de sostenibilidad económica); y, la racionalización de las estructuras administrativas (potestad organizatoria)”.*

Así es, esta es una potestad conferida a las Entidades locales con efectos en distintas actuaciones (como otras). Pero, ésta en particular tiene efectos y alcance en diferentes

---

<sup>171</sup> En este sentido, se había señalado que la estabilidad propia de las Administraciones públicas genera que puedan manejarse con criterios de ineficiencia los procesos de gestión de lo público. La financiación de las actuaciones públicas no han sido tradicionalmente un problema prioritario para las Administraciones públicas, de principio en la mayoría de sus actividades está asegurada sin que suela existir referencia directa entre ella y los servicios que prestan por la separación que existe entre ambas perspectivas. Esta dicotomía entre la realización de las actividades públicas y la forma de financiación introduce una serie de consecuencias para la gestión pública en la medida en que la actividad no es objeto de ratificación por los consumidores. Vid. URANGA COGOLLOS, C., “El principio de eficacia en la organización administrativa: hacia una Administración pos sistemas”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, abril-septiembre, 1989, págs. 98 y ss.

responsabilidades que han de situarse también en el marco de la autonomía local reconocida constitucionalmente y los fines a perseguir por las Entidades locales. Para los cuales (los fines), el principio de sostenibilidad económica viene a garantizar la mejor consecución posible, mediante el uso de los recursos necesarios; ni más ni menos. El principio de eficiencia, como se ha dicho, es un principio dirigido a proteger la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, entre ellos también se encuentran los económicos (de ahí su inclusión en el Título I de nuestra Constitución). Por tanto, la aplicación efectiva del principio de eficiencia en las Administraciones públicas juega un papel fundamental para garantizar, precisamente, los derechos de los usuarios de los servicios públicos gestionados y alcanzan al ámbito económico.

Pues, el principio de eficiencia consagra un mandato integrado en el orden constitucional material de valores y principios, incluidos los superiores; integración en la que juega una función que no ha sido valorada en toda su extensión por las normas administrativas (ni las Administraciones). Se trata de un principio cuya colaboración es determinante para garantizar unas estructuras y organización de las Administraciones públicas sostenibles, en términos económicos.

La incorporación a la Carta magna del principio de eficiencia obliga a su aplicación en la totalidad de las actuaciones públicas y, para cumplir la finalidad que le es propia, exigía del Derecho administrativo la delimitación de sus contornos, de los instrumentos para hacerlo efectivo, si se aspira a una actuación de las Administraciones públicas que responda a todos los principios consagrados constitucionalmente.

El legislador ha iniciado ese camino largamente aplazado y, en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos en general y los locales en particular, se ha convertido en habitual la presencia del principio de eficiencia en las normas reguladoras<sup>172</sup>. Sin embargo, aún no está teniendo los efectos esperados sobre los

---

<sup>172</sup> Como hemos mencionado, la sostenibilidad económica tiene algunos antecedentes en las normas aprobadas, principalmente en la última década. En el ámbito local encontramos otro ejemplo en la Ley 22/2011 de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados mediante la cual se transpone la Directiva comunitaria 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos. Esta norma impone la gestión eficiente de los residuos, independientemente del operador que la lleve a cabo (público o privado). Se trata de un sector económico en el cual las Entidades locales deben prestar (como servicio obligatorio) el tradicional servicio de recogida y tratamiento de los residuos. No obstante, a la tradicional atribución de competencias a las Entidades locales relacionadas con los residuos, ahora se le une la obligación de la eficiencia en su gestión. En particular, dice la norma que si la Entidad local impone a ciertos productores o poseedores de residuos su entrega al sistema público de gestión entonces tal decisión debe motivarse específicamente en base a "*criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos*" por parte de la Entidad local (artículo 12.5). Como venimos diciendo, el

administradores de la cosa pública. Mientras no se vaya incorporando la optimización en el uso de los recursos públicos a la cotidianeidad de sus actuaciones se mantendrá la insostenibilidad económica<sup>173</sup>.

En nuestros días no deberían persistir, aunque hayan sido habituales, las ineficiencias y desproporciones en las organizaciones públicas. A este reto debía dar respuesta el Derecho administrativo y lo va afrontando progresivamente; si bien, aún no se vislumbra la efectividad de las previsiones normativas. Sobre todo, si aspiramos a contar con unas estructuras públicas sostenibles económicamente. Aunque sea una obligación constitucional y una demanda de los ciudadanos a los que sirven.

Las Administraciones se encuentran sometidas a todos los deberes emanados de los principios, en lo que a la hora importa, también al de responder a la sostenibilidad económica en sus estructuras<sup>174</sup>. Esta perspectiva debe formar parte de la labor administrativa. Pues, en cierta forma, el mantener ciertas patologías organizatorias por

---

impulso comunitario también ha colaborado a la incorporación del principio de eficiencia a las normas administrativas.

<sup>173</sup> Los años que lleva en vigor la Ley 22/2011 hace que tengamos algunos referentes en los Ayuntamientos que han regulado sobre la gestión de los residuos de su competencia (después de la aprobación de esta norma). También contamos con algunos pronunciamientos judiciales al respecto. En relación con la obligación mencionada se puede decir que los Ayuntamientos han regulado en los dos sentidos dados por la norma, es decir, algunos han optado por no imponer la entrega de los residuos al sistema municipal de gestión (por ejemplo el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, mediante la Ordenanza aprobada el 27 de enero de 2017). En el otro extremo, esto es, aquellos que sí han optado por imponer la entrega obligatoria se encuentran el Ayuntamiento de Calviá o el de Sevilla. Sobre las Ordenanzas aprobadas por estos últimos han tenido ocasión de pronunciarse los Tribunales de Justicia de sus respectivas Comunidades autónomas. Por resumir, en ambos casos, se han anulado los artículos referidos a la previsión mencionada. Al comprobarse por el Tribunal que *“no consta en el expediente administrativo justificación alguna sobre los criterios de mayor eficiencia y eficacia (económica y ambiental) que conlleva la gestión municipal (...) y la adhesión forzosa se impone en diferentes artículos, de forma inmotivada”* (En este sentido se encuentran las Sentencia del Tribunal Superior de Justicia balear 489/2015, de 10 de junio; la 391/2015, de 10 de junio; 577/2015, de 17 de junio; o la 637/2015, de 7 de julio). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia andaluz, en sus sentencias 5539/2016, de 11 de marzo; la 5538/2016, de 10 de marzo; la 4747/2015, de 30 de junio; la 6800/2017, de 24 de mayo. Lo dicho por este último Tribunal se puede resumir cuando expresa, *“si en la Ordenanza se ha fijado la incorporación obligatoria de los productores al sistema público de gestión, debe igualmente justificarse en el procedimiento de elaboración que el sistema de adhesión forzosamente implantado es más ventajoso que la gestión llevada a cabo por el productor, ello en términos de eficiencia y eficacia”*. También se ha señalado que sobre la previsión de esta norma referenciada se ha de pronunciar el Tribunal Supremo, tras la admisión a trámite recurso de casación mediante auto 5782/2018, de 30 de mayo.

<sup>174</sup> La aplicación de los principios que configuran el de sostenibilidad económica, evidentemente, lo será sin merma y como complemento ineludible de la sujeción de la Administración, como poder público, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Pues de lo que se trata es de conocer las alternativas organizativas existentes y someter sus actuaciones al Ordenamiento jurídico, también al principio de sostenibilidad económica. En este sentido LORENZO DE MEMBIELA, J. B., “Los principios,...”, op. cit., 331-337. También VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio,...”, op. cit., págs. 91-135.

parte de nuestras Entidades locales ha tenido como resultado la revelación pública, no sólo de las tradicionales ineficiencias administrativas, sino también del incumplimiento de la legalidad vigente (con continuos casos de anulación judicial de acuerdos de las mismas en el ámbito de lo contencioso-administrativo o de denuncias y condenas judiciales penales a sus cargos y responsables)<sup>175</sup>. Y, lo más grave, a nuestro modo de ver, la percepción y sentimiento generalizado de los ciudadanos de que el funcionamiento de las Administraciones públicas no constituye un servicio hacia ellos; más bien parecen una carga administrativa, económica y financiera.

En las Administraciones se debe acortar esa distancia existente entre lo aparentado de puertas a fuera y la realidad de puertas a dentro<sup>176</sup>. La solución organizatoria no era ni es indiferente (en términos económicos); ahora tampoco no lo es para el Derecho. Por el contrario, lo señalado por nuestra Constitución es que las fórmulas organizatorias serán el *resultado* de un comportamiento sometido al cumplimiento de toda una serie de deberes jurídicos positivos (organizativos y procedimentales) con un determinado estándar de diligencia mostrado por las Administraciones públicas<sup>177</sup>.

En el particular caso de elección de las formas de gestión de los servicios públicos no sólo se trata de optar por una u otra forma de gestión, sino de explicar y justificar cómo se ha llegado a la decisión adoptada o por qué se han descartado otras alternativas posibilitadas por las normas y, sobre todo, cómo se fundamenta el juicio técnico emitido

---

<sup>175</sup> En este sentido se ha afirmado que en la denominada ecuación sobre la corrupción se encuentra la discrecionalidad. Ese mal, que parece no tener fin, se manifiesta con particular intensidad en los sectores en los que quienes ejercen el poder público discrecional no están sujetos a normas del todo vinculantes. Aspecto ampliamente desarrollado por ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Tercero en discordia, Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, págs. 417 y ss.

<sup>176</sup> Aunque la manifestación que mayor alarma suele causar es la continua aparición de casos de corrupción y está ocasionando un grave perjuicio a la salud de nuestro modelo de Estado, esto no quiere decir que sean los únicos males que aquejan a nuestras Administraciones públicas. Sin duda, todos ellos son consecuencia directa de la falta de controles, de procedimientos administrativos, en definitiva, falta de reconocer que un Estado de Derecho supone reglas y control de la actividad de la Administración pública evitando, preventivamente, no sólo los procesos conocidos sino también aquellas actuaciones que no tienen por qué tener el calificativo de delitos pero eso no quiere decir que no contravengan los fundamentos de principios constitucionales que rigen y condicionan la actuación de las Administraciones públicas. Así, se ha afirmado que buena parte de los asuntos que están llegando a los Tribunales no son más que consecuencia de la falta de garantismo, base de toda la oscuridad contraria a la transparencia exigida a las Administraciones, que ha originado la consecuente necesidad de condenas y anulaciones. Vid. SORIANO GARCÍA, J. E., *El poder, ...*, op. cit., págs. 165 y ss.

<sup>177</sup> En este sentido, PONCE SOLÉ, J., “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y análisis de políticas públicas, Nueva época*, nº 11, enero-junio, 2014, págs. 23-42.

mediante el cual se ha elegido una forma de gestión. Y, la forma de gestión debe ser aquella que mejor sirva al fin pretendido con el servicio público. También en términos económicos<sup>178</sup>.

Todas las potestades otorgadas a las Administraciones están al servicio de los intereses generales, no al servicio de la Administración; aunque el ámbito organizatorio sea uno de esos ámbitos en el cual la discrecionalidad ha sido imperante, el escudo que la ha protegido importante y el control judicial limitado.

La lucha jurídica contra las inmunidades del poder ha ampliado su ámbito, en particular al de la sostenibilidad económica<sup>179</sup>. Cuando el Ordenamiento jurídico abre espacios discrecionales no significa, en realidad, la entrega de una *libertad* de decisión a las Administraciones (lo hemos dicho, a las Administraciones no se le reconocen libertades sino su sometimiento a la Ley y al Derecho). En<sup>180</sup> nuestro modelo de Estado no es

---

<sup>178</sup> En relación con la perspectiva de la rentabilidad económica, el principio de eficiencia y en el marco de los pronunciamientos jurisprudenciales mencionados y relacionados con la obligación impuesta en la Ley 22/2011, hemos de señalar lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre una resolución administrativa relacionada con el derecho reconocido en la citada norma. En la Sentencia 2030/2014, de 19 de marzo de este Tribunal recordaba a las Entidades locales que “se trata de establecer de forma global y contrastada qué gestión de residuos es más eficiente económicamente y más eficaz desde el punto de vista de protección medio -ambiental, no pudiendo imponerse la gestión municipal sino en aquellos supuestos en que esa gestión integrada aun no siendo rentable a su prestador sea sostenible económicamente y ofrezca mejores resultados en el ciclo completo del tratamiento de los residuos”. En esta misma sentencia se recuerdan algunas otras cuestiones que no por obvias deben dejar de señalarse. Por ejemplo al decir que no consta en el expediente “ninguna estimación sobre los resultados previsibles del sistema de gestión municipal, teniendo en cuenta su organización, dotaciones e infraestructuras para la recogida, transporte, valorización o reciclaje de los residuos”. También añade que no puede dejarse de lado “la ecuación costes/beneficios regida por parámetros de protección o mejora medio -ambiental”. Y, naturalmente no se trata, en ningún caso de trasladar “al sistema municipal los costes de la gestión de los residuos cuyo tratamiento no sea beneficioso al productor y dejar en manos de este la gestión provechosa de ciertos residuos”.

<sup>179</sup> En relación con la lucha jurídica para el particular ámbito de la contratación pública se ha de mencionar lo expresado por MALARET y GARCÍA, E., “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre, 2016, págs. 21 -60. Especialmente cuando se refiere a que la lucha contra las inmunidades del poder ha impedido la correcta delimitación de los espacios de libre decisión, muy en especial de aquellos que necesariamente requerían un margen de libre apreciación. La negación de esta realidad, imprescindible para la determinación del interés general y la eficiente asignación de los recursos públicos, la obsesión por configurar todo ámbito decisorio como reglado, han supuesto serias trabas para abordar de manera coherente y adecuada a la finalidad de la tarea encomendada la correcta delimitación de funciones entre los órganos de naturaleza política (dotados de legitimidad democrática) y los órganos de naturaleza técnica (dotados de legitimidad profesional). Al respecto, como defendemos en este trabajo, debemos señalar que la incorporación de elementos reglados relacionados con el contenido de la motivación no alteran la capacidad de decisión administrativa. Sencillamente deben expresarse a través de ellos la eficiencia en la asignación de los recursos. Y también, deslindar ambas vertientes, la política y la técnica.

<sup>180</sup> Es de interés la problemática planteada en el trabajo de CARBALLEIRA RIVERA, “Gozan de derechos fundamentales las Administraciones públicas? (STC 175/2001, de 26 de julio)”, *Revista de*

indiferente, a nuestro modo de ver, la elección de una forma de gestión de los servicios públicos sostenible o insostenible económicamente<sup>181</sup>.

Cuando la Administración puede elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, todas ellas alternativas “razonables” desde el punto de vista del Derecho, también se ha de valorar la realidad que trasciende a la potestad organizatoria<sup>182</sup>. Esa realidad cuenta con unos componentes técnicos manifestados en vertientes económicas, financieras, medioambientales, etc. Cada una de ellas se ha de abordar en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.

Veamos los específicos elementos reglados incorporados a las normas administrativas.

---

Administración Pública, nº 158, mayo -agosto, 2002, págs. 233 -263. El argumento lo construye en base a tres cuestiones: a) si las personas jurídico públicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; b) si están legitimadas para interponer recurso de amparo; c) en caso afirmativo, qué aspectos del derecho amparan y frente a quien.

<sup>181</sup> En el ámbito de las decisiones discrecionales, en particular si a la potestad organizatoria nos referimos, aplicar los principios jurídicos que la delimitan es sinónimo de tomar una decisión que no suponga un menoscabo inútil, innecesario o excesivo para cualquiera de los destinatarios, una decisión que maximice su satisfacción global. En este sentido se defiende que se trata de averiguar en qué medida se realizaran cada uno de los principios según el curso de acción que se siga y escoger el que maximice dicha realización. Es decir, habrá que analizar costes y beneficios que para los principios considerados se derivan de las posibles decisiones, y adoptar la que presente un mejor balance. Así las cosas, se podría pensar que este método jurídico no difiere demasiado del propio de la economía. Si aquella es la ciencia que estudia adoptar decisiones racionales en un mundo con recursos escasos, a fin de aprovecharlos al máximo, a fin de maximizar su utilidad, a fin de satisfacer de la mejor manera posible las metas pretendidas, también los problemas de los principios jurídicos pueden considerarse problemas económicos, de escasez, donde resulta imposible atender ilimitada y simultáneamente las exigencias *prima facie* de cada uno de los principios aplicables, donde debe tomarse una decisión que no restrinja inútil, innecesaria o excesivamente la realización de cada uno de ellos, una decisión que maximice la satisfacción del conjunto de los mismos. Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., “ Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico”, en *Ponderación y Derecho administrativo*, (Coord.) Ortega y De la Sierra, Marcial Pons, 2009, págs. 159-186.

<sup>182</sup> Algunas de esas realidades pueden verse en las sentencias: STS 6188/1999, de 7 octubre; STS 4408/2000, de 30 de mayo; STS 4846/2000, de 13 de junio.





## **CAPÍTULO IV.**

### **ELEMENTOS REGLADOS PARA ELEGIR LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**



## **CAPÍTULO IV. LOS ELEMENTOS REGLADOS EN LA ELECCIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.**

**1. Reconsideración de la discrecionalidad administrativa en la elección de las formas de gestión.**

**2. Expediente administrativo para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales más eficiente y sostenible.**

2.1. Los informes sobre el apoyo y asesoramiento técnico.

2.2. Los criterios de valoración: rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

2.3. El análisis coste-beneficio y su relación con el coste del ciclo de vida.

**3. El riesgo operacional como elemento reglado. El valor de la sostenibilidad económica en la determinación del riesgo operacional.**

3.1. El riesgo operacional en la elección de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos.

3.2. El valor de la eficiencia y sostenibilidad para determinar el riesgo operacional.



## **1. Reconsideración de la discrecionalidad administrativa en la elección de las formas de gestión.**

Las Entidades locales están obligadas a elaborar un expediente en forma de memoria concreta y dirigida a una finalidad específica: justificar suficientemente la mayor eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión de los servicios públicos locales elegida. Ya no se trata de una potestad discrecional, es decir, para la norma básica local no es indiferente la forma de gestión del servicio público. Por el contrario, exige motivar los específicos aspectos determinados por las normas reguladoras de esta potestad y condiciona la decisión a adoptar. En consecuencia, las Entidades locales han de emitir un juicio técnico concreto y referido a la mayor eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión. Y, en el expediente referenciado se deberán abordar cuestiones no valoradas ni tenidas en cuenta tradicionalmente por las Entidades locales.

En este sentido, especialmente sobre la necesidad de crear entes instrumentales para la gestión de los servicios públicos se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal de Cuentas y otras instancias. Por ejemplo, el informe de este Tribunal nº 890 (de fiscalización del sector público local ejercicios 2006, 2007 y 2008), ha señalado algunos de los efectos producidos por la tradicional forma de abordar la creación de entes instrumentales, en particular,

*“la propia estructura administrativa que soporta el órgano creado, supone unos costes cuya evaluación no resulta, normalmente, suficientemente analizada y valorada, y suelen implicar una duplicidad con los que desarrollan la gestión municipal ordinaria. Es más, considerando el tamaño de la mayoría de las entidades locales y de los servicios prestados por ellas mediante la creación de una persona jurídica, no cabe justificar la necesidad de esa creación atendiendo a criterios de economía, eficacia y eficiencia”.*

Este informe, como en otras referencias ya vistas, nos permite apreciar con la máxima claridad el importante paso dado por las normas administrativas, al establecer unos mínimos elementos reglados a la hora de ejercer esta potestad por parte de las Entidades locales.

Finalmente, las Entidades locales tienen la obligación de justificar (motivar suficientemente) desde los principios aquí considerados la necesidad de celebrar un contrato o la de crear un ente instrumental. A través del desarrollo normativo del principio de eficiencia se desvirtúa la denominada “libertad de organización”. En realidad, como ya se ha dicho, las Entidades locales no tienen libertades, sino una obligación principal: servir de la mejor forma posible a los intereses generales pretendidos con el servicio público.

Y, para garantizar la efectividad de esta obligación se incorpora el mandato directo de acreditar la mayor eficiencia y sostenibilidad de una u otra forma de gestión (directa o indirecta). Esta previsión no implica limitar “los amplios espacios de opción organizativa”, como bien ha recordado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 41/2016, de 3 de marzo, fundamento jurídico 14. Sencillamente han de expresar las razones (los motivos) que les llevan a elegir una u otra forma de gestión, por ser la que sirve mejor a los intereses generales pretendidos con el servicio público, también en términos económicos.

La motivación a realizar ahora tiene una diferencia clave respecto de la regulación previa y se encuentra en la incorporación a la normativa de algunos elementos reglados en el ejercicio de esta potestad tradicionalmente vista como estrictamente discrecional. Como bien ha expresado el Alto tribunal, las Administraciones locales tienen y han tenido “amplios espacios de opción organizativa”. Es decir, los servicios públicos locales pueden gestionarse mediante las mismas formas. Las opciones organizatorias no han variado aunque sí se exige conocer los motivos para optar por una u otra. Y, como se trata de una elección basada en elementos técnicos (principalmente económicos) entonces no podrá apelarse a argumentos de otras actuaciones (como los de oportunidad).

En relación con la jurisprudencia sobre la discrecionalidad administrativa no está de más recordar que

*“la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos*

*informes que la norma jurídica de aplicación determine interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue*<sup>183</sup>”.

En consecuencia, los informes y criterios de valoración incorporados a las normas reguladoras de esta potestad deben “valorarse dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue”, los del servicio público a gestionar. También se ha de insistir, como lo hace la jurisprudencia en que,

*“una decisión es arbitraria cuando aún la Administración alegue razones, éstas no resultan adecuadas para justificar la decisión adoptada*<sup>184</sup>”.

Por tanto, para elegir la forma de gestión, las Entidades locales cuentan con cierto margen de actuación. La diferencia aparece cuando el legislador les impone la expresa obligación de exteriorizar los motivos de su actuación y referirlos al ámbito de unos principios concretos, no sobre cualquier otra cosa o argumentos. Después de todo, como también se ha recordado,

*“se trata de un deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución Española), y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquiera otra ilícita”*<sup>185</sup>.

Como venimos desarrollando, la consolidada jurisprudencia sobre la diferenciación entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto se puede decir que se ha visto ampliada,

---

<sup>183</sup> STS 11844/1992, de 6 de mayo, FJ 1º.

<sup>184</sup> STS 2724/2015, de 17 de julio, FJ 12º.

<sup>185</sup> Así se expresaba en la STS 3280/1994, de 5 de mayo, y en el FJ 5º añadía “la obligación de dar razones resulta exigible a las Administraciones en toda actuación administrativa, así lo ha recordado la jurisprudencia de forma reiterada, cuando la Administración hace uso de potestades discrecionales viene especialmente obligada a razonar y motivar sus decisiones”. También se pueden citar otras Sentencias del Tribunal Supremo en esta línea, por ejemplo la 3518/1981, de 15 octubre; la 1960/1984, de 15 junio; la 6864/1986, 9 diciembre; la 352/1987, de 26 enero; la 2176/1994, de 5 abril 1994; o la 7181/1994, 7 noviembre.



en esta actuación, a diferenciar entre lo eficiente y sostenible de lo ineficiente e insostenible.

Así, las renovadas normas administrativas van incluyendo específicos elementos reglados para ejercer la potestad organizatoria. Unos elementos dirigidos a establecer y garantizar unas formas de gestión de los servicios públicos eficientes y sostenibles. En realidad la más eficiente y sostenible<sup>186</sup>.

Los cambios normativos inciden en destacar el papel de los principios y su principal funcionalidad: limitar, orientar y dirigir la actividad pública hacia el mejor servicio de los intereses generales a prestar en todo caso<sup>187</sup>. Nuestra Carta magna no permite a las Administraciones decidir si aplican o no los principios por ella establecidos. En el particular caso del principio de eficiencia era especialmente necesaria su incorporación y desarrollo en las normas administrativas, entre otras razones porque las Administraciones locales no se han caracterizado por aplicarlo con voluntad propia. Y, en cierta forma, también ha sido el Derecho de la Unión Europea el impulsor de este cambio en aquellas actuaciones objeto de regulación o coordinación comunitaria<sup>188</sup>.

De otro lado, el carácter técnico de la elección organizatoria nos permite acudir a la jurisprudencia para este tipo de actuaciones; por ejemplo, cuando se recuerda que “*en ningún caso el saber técnico exige la exigencia de motivación, pues la*

---

<sup>186</sup> Y, no lo hacen como simple mandato general o sin añadir cómo se cumple con esta obligación (como hemos referenciado y hacen la ley sobre residuos), sino que las normas básicas de referencia incorporan específicos informes que han de formar parte del expediente a elaborar por las Entidades locales y también señalan criterios de valoración concretos para emitir el juicio técnico ahora exigido.

<sup>187</sup> Entre los principios que serían destacables se encuentran los de legalidad; asignación equitativa de los recursos públicos; proporcionalidad, eficiencia y economía, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, etc. Entre las sentencias más recientes del Tribunal constitucional en las cuales se alude a ellos se encuentran la STC 134/2011, de 20 de julio; la STC 130/2013, FJ 5º, de 4 de junio; la STC 135/2013, de 5 de junio, FJ 3º b, citando la STC 192/2000, FJ 6º.

<sup>188</sup> Como en otras cuestiones, el contexto europeo que nos hemos dado ha reforzado y ampliado el espectro de los principios generales del Derecho. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión ha apelado en numerosas ocasiones a los principios generales del derecho para controlar el ejercicio por el Consejo y por la Comisión de sus poderes discrecionales, tanto los principios generales de Derecho internacional público como los principios generales propios del derecho comunitario, que a veces se extraen de los derechos nacionales. La consideración de un principio general común en el ámbito comunitario no es necesario que esté consagrado en el ordenamiento jurídico de todos los estados miembros, sino que el TJCE ha admitido la posibilidad de reconocer su existencia si se da en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. En el caso extremo, el TJCE ha introducido en el Derecho comunitario, como principios generales del derecho, concepciones jurídicas que provienen de un solo Estado miembro (por ejemplo, el principio de proporcionalidad o el de confianza legítima, que sólo estaban consagrados en el Derecho alemán). Vid. CASADO CASADO, L., “El control de la discrecionalidad administrativa en el derecho comunitario europeo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 44, 1996. En relación con éstos y otros principios MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado, ...*, op. cit., págs. 520 y ss.

*Administración debe cumplir con la carga de justificación que le corresponde y no sólo invocaciones en términos genéricos”<sup>189</sup>.*

La norma básica local (como otras) ya no traslada a las Entidades locales la valoración o no de la perspectiva económica. Por tanto, no bastará la simple aseveración de la mayor eficiencia y sostenibilidad de la gestión directa o indirecta, mediante apelaciones generales. Por el contrario, el órgano encargado de esta elección deberá basarla en una valoración técnico-económica, al menos desde los específicos parámetros establecidos en las distintas normas básicas. La justificación de este recordatorio es señalada también por la jurisprudencia al expresar que *“sin las explicaciones exigibles en todo caso no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica y, en consecuencia el sometimiento de esta actuación a los fines que la justifican y los principios que la presiden”<sup>190</sup>.*

Para acreditar la mayor eficiencia y sostenibilidad en la elección de la forma de gestión se han de elaborar los informes exigidos y aplicar los criterios de valoración también contemplados en las normas reguladoras. En consecuencia, las normas administrativas *“obligan”* a las Entidades locales a *“elegir”* aquella modalidad de gestión de los servicios públicos locales que mejor garantice una equilibrada y proporcional relación entre los fines y los medios necesarios para la consecución de la finalidad pretendida con el servicio público concernido.

La caracterización de esta potestad con tintes reglados deriva de la específica exigencia establecida por la norma básica local de elegir la forma de gestión más eficiente y sostenible. Y nos planteamos intentar ampliar las razones por las cuales la potestad que nos ocupa admite como solución jurídicamente correcta, la más eficiente y sostenible. Cuestión cuyo esclarecimiento necesariamente pasa por la concreción del régimen jurídico que le resulta de aplicación.

Las potestades atribuidas con cierto margen de decisión presentan también carácter reglado, especialmente por la obligación de cumplir con las expresas condiciones requeridas para su ejercicio (por estar previstas en la norma habilitante). En estos supuestos, no hay remisión a la voluntad del órgano que ha de resolver. De tal suerte que la solución jurídicamente correcta es la predeterminada por la propia norma. Sucede

---

<sup>189</sup> STS 4549/2014, de 24 de septiembre.

<sup>190</sup> Entre otras la STS 597/2012, de 17 de septiembre.

en este caso, como en otros muchos, que las normas al establecer las condiciones para el ejercicio de esta potestad se sirven del empleo de conceptos jurídicos con cierta indeterminación (eficiencia y sostenibilidad). No obstante, aún imprecisos o indeterminados, la decisión no queda diferida a la voluntad del órgano actuante, sino que tal decisión está condicionada a la debida acreditación de lo querido por la norma<sup>191</sup>.

El componente técnico-económico de esta actuación administrativa no es cuestionable. Desde esta perspectiva, nos recuerda la jurisprudencia que “*la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y puede ser perfectamente cuestionada (...) como cualquier potestad discrecional*”<sup>192</sup>. Si la Entidad local no realiza una motivación en la dirección indicada podrá ser cuestionada, precisamente, para salvaguardar los intereses generales en juego cuando se gestiona un servicio público y entroncan directamente con las garantías que el Derecho Administrativo brinda al ciudadano (como destinatarios directos o indirectos del servicio público)<sup>193</sup>.

En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos la optimización ha adquirido rango normativo y las normas reguladoras requieren acreditarla. Y no sólo actúa como una suerte de límite negativo que sirve sólo y exclusivamente para excluir a aquellas formas de gestión manifiestamente ineficientes e insostenibles. Por el contrario, para ajustarse realmente a este mandato no resulta jurídicamente indiferente inclinarse por cualquier opción, sino que necesariamente ha de adoptarse aquella fórmula que reúna en mayor grado ambas condiciones. En este caso, las condiciones

---

<sup>191</sup> En este sentido, la STC 180/1996, de 12 de noviembre, al referirse a los conceptos jurídicos indeterminados, nos dice que han de ser dotados de contenido concreto en cada caso, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. El concepto jurídico indeterminado tiene que ser llenado de contenido mediante la aplicación a las circunstancias específicas del caso de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico, mediante una explicación y aplicación al caso concreto: no se puede decir que hay urgencia sin explicar en qué consiste esa urgencia y si se alude a la necesidad es preciso también explicar lo que se entiende por ella.

<sup>192</sup> STS 1818/2017, de 10 de Mayo, FJ 8º.

<sup>193</sup> El Tribunal Supremo insiste en su sentencia 3661/2012, de 31 de mayo en que “es jurisprudencia reiterada que el requisito de la motivación de los actos administrativos (...); pues, facilita a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa”, y cita entre otras las Sentencias 3514/2010, de 28 de junio, 4313/2010, de 9 de julio, 5241/2010, de 8 de octubre, 555/2011, de 11 de febrero, 1909/2011, de 31 de marzo, entre otras. Aunque en las formas de gestión no se encuentren interesados específicos ello no exime a esta actuación administrativa de las garantías jurídicas generales.

requeridas para su ejercicio están previstas en la norma habilitante y el órgano que deba resolver lo hará en función del juicio técnico emitido y querido por la norma.

Como se ha dicho, las normas administrativas se sirven del empleo de principios con cierto grado de indeterminación o imprecisión, como en tantas otras acciones administrativas llevadas a cabo. Por ejemplo, la jurisprudencia ha establecido que en el ámbito de la contratación pública cuando se establece la adjudicación del contrato a la “proposición más ventajosa” no se está remitiendo a la voluntad del órgano la decisión, sino que una de las propuestas será la que mejor responda a esa previsión<sup>194</sup>.

Así, aun imprecisos o indeterminados los principios objeto de nuestra atención, están normativamente predeterminados y *“la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida”*. Y ese margen de apreciación alcanza *“ hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación ”*<sup>195</sup>. O la ostensible insostenibilidad.

Además, la posible dificultad técnica de elegir la forma de gestión más eficiente y sostenible no es distinta a la prescrita en otros muchos ámbitos jurídicos, como la mejor oferta en los procedimientos contractuales, la valoración de una enfermedad por el EVI, o por Tribunales Calificadores en procesos selectivos, por poner tan solo unos ejemplos<sup>196</sup>. El marco jurídico de las decisiones técnicas es el de la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. Pues, las normas no sólo introducen un imperativo (no dice que habrá de ser eficiente y sostenible) sino que se añade el elemento de comparación (habrá de ser la más eficiente y sostenible). Por tanto, la dificultad se presenta y encuentra en la emisión del juicio técnico por la Entidad local,

---

<sup>194</sup> Viene a ser la doctrina que se desprende de jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, la STJUE de 8 de julio de 2015, as C-536/11 incide en enmarcar la garantía de la seguridad jurídica en materia de contratación pública para todos los licitadores, mediante una adecuada motivación de la adjudicación. También, la seguridad jurídica, como base de todo nuestro Estado de Derecho hace realidad la idea de la previsibilidad en cuanto al mayor grado de certeza de las actuaciones de la Administración y confianza en la objetividad de cualquier decisión administrativa. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, por ejemplo en las Sentencias 46/1990, de 15 de marzo; 76/1992, de 14 de mayo; o 116/1994, de 18 de abril. También ha recordado el mismo Tribunal en su sentencia 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 3º que *“ debe existir un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material”*.

<sup>195</sup> Así lo expresaba la STS 9097/2000, de 12 de diciembre.

<sup>196</sup> En este sentido se puede ver la STS 5241/2014, de 16 de diciembre de 2014.

en términos económicos<sup>197</sup>. En otras palabras, la mayor o menor dificultad técnica no ha variado. Simplemente ya “no es manifestación de una verdadera discrecionalidad”<sup>198</sup>.

En suma, entre las reformas normativas llevadas a cabo en los últimos años, la del artículo 85.2 de la norma básica local ha venido a ser una suerte de cambio en las Entidades locales. Precisamente, porque añade ciertos elementos reglados y determina el sentido de la decisión administrativa; en consecuencia, “no resulta indiferente elegir cualquier opción”<sup>199</sup>. La elección será aquella que resulte de los informes y criterios de valoración exigidos y/o necesarios para emitir el juicio técnico impuesto.

También se ha de señalar la ampliación de las posibilidades de Jueces y Tribunales para controlar esta acción. Un control dirigido a comprobar si se ha motivado suficientemente la elección de la forma de gestión: que es la más eficiente y sostenible (aunque aún no contamos con jurisprudencia al respecto).

Los avances normativos pueden y deben contribuir a desarrollar las garantías jurídicas en esta actuación. Y podemos decir que asistimos a un renovado interés por las garantías procedimentales. Pero este tipo de garantías no pueden contemplarse sólo como un conjunto de trámites puramente formales. Lo importante es verificar si la decisión se ha tomado mediante un proceso razonado y no se debe al puro arbitrio del órgano actuante, carente de apoyo fáctico y argumental en el expediente. Para asegurar las finalidades y garantías normativas, en su caso, el Juez ha de controlar el adecuado cumplimiento del deber legal de motivación y, sobre todo, si se corresponde con lo expresado en la norma habilitante (sobre el alcance del control judicial de las actuaciones administrativas con prevalente carácter técnico nos remitimos al capítulo siguiente).

---

<sup>197</sup> La labor interpretativa sobre su significado está abierta a apreciaciones y juicios de valor que reducen la discrecionalidad que podía caracterizarla. En todo caso, se trata más bien de delimitar el ámbito propio y alcance del margen atribuido, pero subyace la idea de que no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino sólo aquella que deriva de las valoraciones técnicas que se han de hacer en todo caso. En este sentido MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., “Eficacia, ..., op. cit. págs. 65-108.

<sup>198</sup> O, como expresa el Tribunal Supremo “se trata de una suerte de discrecionalidad impropia, en la que la norma se sirve del empleo de conceptos jurídicos indeterminados y que más exactamente habría que adscribirla al ambiente de las potestades regladas”. STS 222/2016, de 2 de febrero de 2016, FJ 7º A).

<sup>199</sup> Es de interés la STS 2487/2017 de 27 de junio, en particular cuando se alude a que “lo que se denomina discrecionalidad técnica, no es más que una potestad reglada en la que se utilizan determinados conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos jurídicos indeterminados, aunque introducen una zona de imprecisión, solo admiten una solución justa, que es la que figura establecida en la norma”.

Las concretas previsiones normativas sobre el contenido del expediente administrativo a elaborar por las Entidades las desarrollamos en el siguiente epígrafe.

## **2. Expediente administrativo para determinar la forma de gestión de los servicios públicos locales más eficiente y sostenible.**

### **2.1. Los informes sobre el apoyo y asesoramiento técnico.**

Como venimos desarrollando, se ha producido una reconsideración jurídica de la potestad objeto de nuestra atención, por tanto, hemos de precisar el alcance, sentido y funcionalidad de lo establecido por las normas reguladoras. En ellas, básicamente, se encuentran informes y criterios de valoración comunes, no podía ser de otra forma, ya que se trata de justificar los mismos principios entonces lo exigido debe ser coincidente, en esencia.

Recordemos los informes y criterios de valoración incluidos en el segundo párrafo del artículo 85.2 y que deben formar parte de la memoria justificativa al efecto,

*“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”.*

Ante el distinto alcance de cada uno de los informes mencionados llevaremos a cabo un desarrollo separado de ellos y los coherenciaremos con lo establecido en otras normas.

En primer lugar, creemos adecuado centrar nuestra atención en los informes generales (en concreto los informes sobre el asesoramiento y apoyo técnico recibido). En ellos encontramos una referencia a lo establecido por la jurisprudencia para los supuestos de decisiones técnicas, como desarrollaremos en el capítulo siguiente. Estos informes están

dirigidos a justificar los elementos complementarios y necesarios para emitir un juicio técnico como el referido a la mayor eficiencia y sostenibilidad.

En el epígrafe siguiente nos dirigiremos a los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión; y, en el siguiente haremos referencia al de los costes en el marco de una herramienta que, a nuestro modo de ver, es aconsejable su uso por las Entidades locales: el análisis coste-beneficio.

Como decimos, en los dos informes mencionados se incluirán todas aquellas actividades preparatorias o instrumentales para justificar y conducir la elección en el marco de la emisión del juicio técnico. Junto a ellas se encuentran las pautas jurídicas exigibles y que estarían encarnadas por el derecho de los ciudadanos a unos servicios públicos gestionados según lo establecido por las normas; las cuales se materializan en el obligado cumplimiento del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (en esta actuación referida a la motivación suficiente del juicio técnico-económico exigido por la norma).

La Entidad local, en la elaboración de los informes referenciados tiene cierto margen de apreciación relacionado especialmente con los criterios de valoración, pero está limitado por la necesaria ponderación a realizar entre los fines pretendidos con el servicio público y los medios necesarios para alcanzarlos, sólo los necesarios. Podemos comprobar que nos encontramos ante una actuación administrativa dotada de elementos reglados (preceptivos informes y criterios de valoración); por tanto, ante un posible control judicial de la actuación se podrá examinar el cumplimiento de lo exigido por la ley (control de la legalidad); y si lo aprobado por el órgano competente (el Pleno) se ajusta a lo establecido en las normas. En otras palabras, si el juicio técnico está basado en fundamentos objetivos, racionales y razonables.

La norma ya no dice simplemente que podrán gestionar los servicios públicos locales mediante alguna de las siguientes formas (directa o indirecta). Al contrario, el marco legal para elegir la forma de gestión ha pasado de estar caracterizado por el amplio margen de actuación conferido tradicionalmente a tener la expresa obligación de justificar (de forma real y efectiva) cuál de las formas es más eficiente y sostenible, y admite la revisión judicial de la resolución administrativa.

El cumplimiento de esta obligación ya no se satisface con cualquier fórmula. La Entidad local debe señalar los hechos y las circunstancias que concurren y en términos lo

suficientemente expresivos de las razones por las cuales la decisión administrativa va en una dirección u otra.

La especificidad expresada por las normas no admite fórmulas convencionales o meramente rituales, alegando frases hechas, expresiones estereotipadas, cláusulas generales o alusiones populares que no suponen una adecuada motivación<sup>200</sup>.

Según venimos razonando, los informes denominados como “*apoyo técnico*” y “*asesoramiento recibido*” están dirigidos a justificar la presunción de razonabilidad de la actuación administrativa y apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos técnicos encargados de elaborarlos. De esta forma se intenta evitar la ausencia de justificación en relación con los criterios a aplicar para emitir el juicio técnico a que avoca el expediente, o argumentos y razones no directamente relacionados ni dirigidos a garantizar una forma de gestión eficiente y sostenible. Y, el expediente administrativo remitido al Pleno de la Corporación debe incorporar expresamente estos dos informes debidamente elaborados y relacionados con el específico juicio técnico a emitir, el previsto por la norma.

Lo exigido específicamente y relacionado con este tipo de informes por las normas referenciadas no es una obligación sobrevenida en las actuaciones administrativas. En lo que se refiere al apoyo o asesoramiento técnico recibido tampoco nos encontramos ante una cuestión desconocida. Por ejemplo, las Administraciones suelen recurrir a expertos en la materia de que se trate, ya sean de otras Administraciones o expertos privados, por así exigirlo los saberes técnicos del caso concreto<sup>201</sup>.

Esta posibilidad es práctica habitual en distintos ámbitos de actuación administrativa y admitida por la jurisprudencia. También en aspectos relativos a las formas de gestión de los servicios públicos, especialmente en la gestión indirecta. En estos supuestos, la jurisprudencia tiene dicho que “*el recurso por la Mesa de Contratación a un asesoramiento externo es posible cuando la especificidad de la materia a valorar así lo requiera*”<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> En este sentido se ha pronunciado, entre otras la STS 6638/2001, de 20 de octubre 2011, FJ 3º.

<sup>201</sup> Pensemos por ejemplo en la función que tienen asignada las Diputaciones provinciales para la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión (artículo 36.1.b). En el marco de esta función, los municipios pueden acudir al apoyo o asesoramiento técnico de la institución supramunicipal.

<sup>202</sup> Aunque la jurisprudencia se refiere a las mesas de contratación, por ser uno de esos campos de actuación en que se ha desarrollado la denominada doctrina de la discrecionalidad técnica. Por ejemplo, la



Ahora bien, aunque no se descarte ni se prohíba el recurso a asesores externos, esto no quiere decir que acudir a esta posibilidad conlleve eximir al órgano administrativo de la responsabilidad de emitir su propio juicio técnico. Es decir, el asesoramiento o apoyo técnico externo no sustituye la responsabilidad y función de la Entidad local como titular del servicio público que se va a gestionar. El recurrir a esta posibilidad tiene como finalidad el dotarles de los suficientes elementos de juicio para tomar la decisión concreta.

En este sentido, la jurisprudencia mencionada insiste en recordar a las Administraciones que *“la valoración realizada directamente por una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible”*; no se cuestiona; simplemente se recuerda lo obvio, *“no tiene las notas de objetividad e imparcialidad que son propias de los órganos técnicos de la Administración”*. Unas notas de objetividad e imparcialidad que les vienen dadas, precisamente, por la condición de funcionarios públicos. Además nos encontramos en un ámbito cuya contribución a los fines pretendidos por el servicio público a gestionar es fundamental. Es el medio o instrumento para alcanzarlos<sup>203</sup>.

El recurrir al asesoramiento externo no quiere decir que asuman sin más *“la valoración hecha por la consultoría externa, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento de la función que le corresponde como propia e indelegable; y que tiene atribuida precisamente con la finalidad de que quede salvaguardada y justificada la objetividad e imparcialidad que deben presidir”* las actuaciones públicas en general y la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales en particular.

En esta elección es importante la composición de los órganos técnicos de las Entidades locales, principalmente porque serán *“órganos compuestos por personas que, al formar parte de la Administración, ofrecen unas garantías de objetividad e imparcialidad que no concurren en una entidad privada”*.

---

STS 6289/2013, de 4 de diciembre, resume la jurisprudencia del mismo Tribunal y a la que están referidas las distintas citas realizadas a continuación.

<sup>203</sup> En relación con esta perspectiva, por ejemplo, se sitúa la doble exigencia en el servicio público local relacionado con los residuos. En el cual se impone la eficiencia en la gestión de los residuos y también la eficiencia y sostenibilidad en la forma de gestión del servicio público prestado. Ya hemos mencionado la admisión a trámite del primer recurso de casación ante el Tribunal Supremo sobre la gestión de los residuos. En lo que ahora interesa, se ha de mencionar, por ejemplo que en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Balear 1019/2017, de 13 de diciembre, en la cual se admite un informe realizado por empresa privada como elemento justificador de la eficiencia exigida (aunque, en realidad se refiere fundamentalmente a los costes). Desde nuestro punto de vista, la novedad y alcance de la eficiencia en la gestión incorporada en esta norma está por determinar.

Así, para la elaboración de los informes sobre el asesoramiento y apoyo técnico exigido se puede recabar auxilio técnico externo pero, en ningún caso, pueden suplantar la decisión del órgano técnico administrativo. Aunque puedan servirse de esta posibilidad deben consignar *“su propio juicio y, más particularmente, debe expresar, las concretas razones que le llevan a considerar que tales criterios se individualizan o concurren en mayor medida”* en una u otra forma de gestión para finalmente determinar y elegir cuál es la más eficiente y sostenible.

También se recuerda que ésta es una función administrativa y el órgano técnico administrativo *“no puede limitarse a reproducir literal y acríticamente el informe que haya sido emitido por ese asesoramiento externo que haya recabado, pues, si lo asume, habrá de expresar sus propias razones de por qué lo asume”*.

Como desarrollaremos en el capítulo siguiente, en estos informes se vislumbra la jurisprudencia desarrollada y relacionada con el alcance de la motivación a realizar en actuaciones con marcado carácter técnico, como es la de elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales. Baste por ahora decir que en estos informes se reflejará, entre otros aspectos, los relacionados con el material o las fuentes de información utilizadas para justificar la mayor eficiencia y sostenibilidad; también se pueden incorporar criterios de valoración a aplicar (más allá de los específicamente establecidos en las normas reguladoras) ; por así requerirlo , por ejemplo, las particularidades que pueda presentar específicamente el servicio público a gestionar. Y, naturalmente, se explicará por qué lo razonado es lo que les conduce a poder emitir el juicio técnico exigido en esta actuación: determinar la forma de gestión más eficiente y sostenible.

De esta forma, mediante la preceptiva obligación de elaborar estos dos informes, la norma básica local pone el acento, como lo hace la jurisprudencia, en separar netamente el juicio técnico a emitir (la mayor eficiencia y sostenibilidad) de la motivación suficiente en la que se apoya el juicio técnico exigido.

A nuestro modo de ver, los informes mencionados nos remiten a ese plus de motivación determinado por la jurisprudencia (como desarrollaremos) e incorporado a las normas administrativas, también en una actuación como la aquí abordada. Así, las Entidades locales han de construir la bóveda de la motivación en este ámbito de actuación y justificar su elección mediante los específicos informes exigidos por las normas que regulan esta potestad.

Prosigamos con el esquema de desarrollo avanzado. A continuación nos referimos a los dos específicos criterios de valoración incorporados a la norma (la rentabilidad económica y la recuperación de la inversión).

## **2.2. Los criterios de valoración: rentabilidad económica y recuperación de la inversión.**

Para la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales más eficiente y sostenible encontramos coincidencia en dos criterios de valoración: rentabilidad económica y recuperación de inversión (en las normas básicas de referencia)<sup>204</sup>. Se trata de dos criterios interrelacionados y para su estimación se han de tener en cuenta variables similares, cuando no idénticas. No obstante, debemos señalar que la variable inversión incide directamente en la determinación de un criterio de valoración de la rentabilidad económica. Esta es una de las razones principales por las que vamos a centrar nuestra atención especialmente en ella. Además, como veremos a continuación, se trata de un aspecto ampliamente desarrollado por distintas normas reguladoras de esta y otras actuaciones, es decir, se trata de uno de los criterios de valoración ampliamente desarrollado en distintas normas administrativas. La especial atención normativa se justifica tanto por su propia trascendencia como por la relevancia normativa dada a la vertiente financiera en el ámbito público. Y, las particulares características de los servicios públicos (como la continuidad en su prestación), hace que la inversión a realizar cobre relevancia particular.

La expresa incorporación de los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión a las normas administrativas reguladoras no debe causar demasiada extrañeza. Esta apreciación se basa en lo obvio: las particularidades que puedan presentarse cuando nos referimos a los servicios públicos locales no conllevan ni implican dejar de lado criterios como los exigidos (como ha sido habitual). Además, en tanto en cuanto se ha

---

<sup>204</sup> En relación con estos criterios se afirmó que el artículo 85.2 viene a establecer unos criterios en base a las condiciones de mercado de los clásicos supuestos, a justificar en el expediente sobre oportunidad y conveniencia, lo que independientemente de las opiniones sobre el fondo del asunto aporta mayor seguridad jurídica y menor margen de discrecionalidad. En este sentido GARCÍA RUBIO, F., “La iniciativa,...”, op. cit., 2015.

de evaluar la posibilidad de la forma de gestión indirecta (mediante la contratación de un tercero, habitualmente empresario privado), entonces estos criterios adquieren relevancia concreta.

Al menos por las razones expuestas, la estimación de las variables económicas y financieras debe abordarse con el máximo rigor, como otras. Pero, al tratarse de una vertiente poco habitual en el ámbito público, debe insistirse en que también con ellas se responde al mejor servicio a prestar a los ciudadanos mediante la forma de gestión del servicio público considerado, descartando o al menos reduciendo las tradicionales ineficiencias públicas.

Como hemos anticipado, la variable inversión ha cobrado especial relevancia normativa en los últimos años, sobre todo tras la aprobación de la Ley 9/2017. Por ejemplo y en lo que aquí interesa, esta variable condiciona la duración de los contratos públicos, junto a otras. Así, el artículo 29.1 expresa que,

*“La duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos”.*

En el particular supuesto de encontrarnos ante un contrato cuyo objeto sea gestionar un servicio público se aplica la regla general establecida para los contratos públicos, es decir, los contratos públicos tendrán una duración de cinco años (ya sea como contrato de servicios o como concesión de servicios). Y ese plazo sólo podrá ser ampliado si concurren una serie de circunstancias establecidas por la misma norma. Entre estas circunstancias, para justificar la ampliación del plazo contractual, se encuentra el período de recuperación de la inversión, pero no el cu alquier inversión. En este sentido, el apartado cuarto del artículo 29 determina que en los contratos de servicios podrán ampliarse su duración (más allá de los cinco años de referencia),

*“cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser*

*justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación”<sup>205</sup>.*

En similares términos se expresa el apartado sexto para los contratos de concesión, según el cual, estos contratos

*“tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”<sup>206</sup>.*

Así, al ser la gestión indirecta una de las opciones a valorar por las Entidades locales y la recuperación de la inversión uno de los criterios a utilizar para determinar la mayor

---

<sup>205</sup> Y, el mismo artículo, añade que ese plazo de duración podrá ser mayor en caso de contratos de servicios relativos a los servicios a las personas, siempre y cuando “ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente”. Además sólo si “al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”.

<sup>206</sup> En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión “no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de: a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio. b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios. c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a)”. Y “los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290. No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que estas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión”.

eficiencia y sostenibilidad de las formas de gestión, entonces comprobamos lo que venimos anticipando: la elaboración del expediente exigido en el artículo 85.2 cobra esta particular importancia destacada en páginas precedentes ; porque, a la hora de elaborar el expediente de contratación este criterio ya habrá sido estimado (por mandato de la norma básica local) para optar por esta forma de gestión y haber acreditado su mayor eficiencia y sostenibilidad.

El legislador no consideró oportuno desarrollar en la norma básica local especificidades sobre el contenido de los informes y criterios de valoración ahora exigidos expresamente, simplemente los enunció. Aunque sí prevé de forma categórica que, entre los informes a elaborar, se encuentran los informes relativos al asesoramiento y apoyo técnico. Estos informes cobran particular importancia a la hora de determinar los criterios de valoración, precisamente porque en dichos informes se han de justificar las fuentes de información utilizadas y completar, por ejemplo, aquellos particulares aspectos a tener en cuenta para determinar estos criterios de valoración y explicar porqué lo razonado les lleva a la estimación finalmente realizada.

Esta tarea también se encuentra facilitada por las normas vigentes; porque, para determinar esas fuentes de información y elementos objetivos a utilizar se encuentran normas más concretas y específicas que dirigen una atención detallada a regular cómo se han de llevar a cabo. Tengamos en cuenta que nos encontramos ante previsiones económicas y éstas deben ser lo más rigurosas posible ; de ahí que se deba acudir a las referencias normativas vigentes en esta labor, como la Ley de Contratos del Sector Público o la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. La razón es sencilla, a nuestro modo de ver, estas normas deben utilizarse por las Entidades locales para estimar los criterios de valoración establecidos, sobre todo por la objetividad que nos aportan la forma de cálculo incluida en ellas, en particular, la Ley de Contratos. En este ámbito , además, contamos con jurisprudencia consolidada en distintos aspectos que ahora deben valorarse para ambas formas de gestión y ayudan de forma considerable a las Entidades locales en la nueva obligación incorporada a la norma básica local.

Además, acudir a lo establecido en las normas referenciadas facilita la labor posterior, en su caso ( para elaborar el expediente la contratación) si la forma de gestión más eficiente y sostenible es la gestión indirecta.

Buen ejemplo de lo que venimos apuntando lo encontramos al estimar el criterio de recuperación de la inversión, ya que la norma básica sobre contratos públicos marca la línea de actuación de las Administraciones. Esta norma lleva a cabo una remisión expresa a otras normas que desarrollan distintos elementos para facilitar la labor previsoras; y puede entenderse como la vía a utilizar por las Entidades locales para estimar este criterio de valoración. Concretamente, el artículo 29 de la Ley de contratos, en su apartado 9, expresa

*“el período de recuperación de la inversión a que se refieren los apartados 4 y 6 de este artículo será calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española”.*

El Real Decreto al que se refiere esta norma fue aprobado en 2017; concretamente es el 55/2017, de 3 de febrero por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. Y, define el período de recuperación de la inversión en el primer apartado del artículo 10 como,

*“aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación”.*

Este Real Decreto también nos ayuda a la hora de justificar lo estimado para ambos criterios de valoración, aunque se refiera sólo al periodo de recuperación de la inversión y en el particular supuesto de la contratación. Por ejemplo, no parece cuestionable lo expresado en el mismo artículo al decir,

*“la determinación del período de recuperación de la inversión del contrato deberá basarse en parámetros objetivos, en función de la naturaleza concreta del objeto del contrato”.*

También es de ayuda el que incluya la fórmula para su cálculo. Aún nos aporta otra referencia objetiva de interés, esto es, remite a fuentes estadísticas oficiales a la hora de realizar otras estimaciones necesarias, en particular, acota este Real Decreto *“sobre la base de predicciones razonables”*.

Veamos los parámetros incluidos en la fórmula referenciada y que son necesarios tanto para estimar la rentabilidad económica como para estimar el plazo de recuperación de la inversión, en concreto son: los flujos de caja <sup>207</sup>, el número de años y la tasa de descuento (ya hemos anticipado su interrelación). No pretendemos desarrollar cada uno de ellos pero, la tasa de descuento es una de las variables en la que se ha de ser especialmente riguroso. Sobre ella también se detalla en el Real Decreto referenciado la forma de cálculo y es taxativa,

*“su valor será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos. Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública. El instrumento de deuda y el diferencial que sirven de base al cálculo de la tasa de descuento podrán ser modificados por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para adaptarlo a los plazos y condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público”.*

Como venimos exponiendo, las normas incorporan distintas previsiones y remisiones que constituyen una referencia lo suficientemente explícita para determinar los criterios de valoración exigidos por la norma básica local. De este modo se ayuda a las Entidades locales en su labor de elaboración del expediente en que se acredita la mayor eficiencia

---

<sup>207</sup> Para los flujos de caja establece alguna diferenciación a tener en cuenta, en concreto: “a) El flujo de caja procedente de las actividades de explotación, que es la diferencia entre los cobros y los pagos ocasionados por las actividades que constituyen la principal fuente de ingresos del contrato, teniendo en cuenta tanto las contraprestaciones abonadas por los usuarios como por la Administración, así como por otras actividades que no puedan ser calificadas como de inversión y financiación. El flujo de caja procedente de las actividades de explotación comprenderá, entre otros, cobros y pagos derivados de cánones y tributos, excluyendo aquellos que graven el beneficio del contratista. b) El flujo de caja procedente de las actividades de inversión, que es la diferencia entre los cobros y los pagos que tienen su origen en la adquisición de activos no corrientes y otros activos equivalentes, tales como inmovilizados intangibles (entre ellos, derechos de uso de propiedad industrial o intelectual, concesiones administrativas o aplicaciones informáticas), materiales o inversiones inmobiliarias, así como los cobros procedentes de su enajenación. Aunque no se prevea su efectiva enajenación en el momento de realizar las proyecciones, se incluirá como cobro procedente de las actividades de inversión el valor residual de los activos, entendido como el importe que se podría recuperar al término del contrato o bien de la vida útil del elemento patrimonial, en caso de que ésta finalice con anterioridad, ya sea por su venta en el mercado o por otros medios. Para la determinación del valor residual se analizarán las características de los elementos patrimoniales, tales como su vida útil, usos alternativos, movilidad y divisibilidad. FCt no incluirá cobros y pagos derivados de actividades de financiación. La estimación de los flujos de caja se realizará sin considerar ninguna actualización de los valores monetarios que componen FCt.”



y sostenibilidad de una u otra forma de gestión, además aporta un alto grado de objetividad en la estimación a realizar sobre los criterios de valoración exigidos y, también ayuda a eliminar o al menos reducir la posibilidad de realizar apreciaciones poco razonables.

Cuando se trata de aplicar criterios económicos no sólo los cálculos deben ser rigurosos sino que, para evitar estimaciones poco razonables, las normas nos aportan parámetros de referencia a utilizar. Las previsiones normativas a las que venimos aludiendo facilitan la labor técnico-económica a desarrollar por los órganos técnicos de las Entidades locales y reducen considerablemente la posibilidad de desvirtuar la finalidad propia de los criterios establecidos, mediante la asignación de valores desproporcionados (en uno u otro sentido). De igual modo, ante la posible impugnación de acuerdos adoptados en esta actuación, Jueces y Tribunales encuentran en las normas reguladoras referencias técnicas concretas a las que la Entidad local habrá dado respuesta y, en base a tal regulación, pueden examinar el expediente con mayores elementos objetivos.

De este modo y teniendo en cuenta la coincidencia en los criterios de valoración establecidos por las distintas normas reguladoras sobre las formas de gestión de los servicios públicos locales entonces se refuerza la tesis de considerar el expediente exigido para justificar la mayor eficiencia y sostenibilidad (de una u otra forma de gestión) como uno de los instrumentos de planificación de las finalidades pretendidas con el servicio público e, insistimos en el efecto facilitador para otros órganos administrativos (como la de las mesas de contratación, en el supuesto de ser la gestión indirecta la más eficiente y sostenible).

Así, la elaboración del expediente mediante la cual se acredite la mayor eficiencia y sostenibilidad presenta esa ventaja añadida y apuntada, cuando la gestión indirecta sea la elegida; ciertas actuaciones contempladas para la contratación en general, habrán sido abordadas con antelación. Además, la intervención de otros órganos previstos en la Ley de Contratos aportará una opinión y perspectiva técnica añadida que tiene, o debería tener, un plus de seguridad jurídica en la elección de la forma de gestión del servicio público local y que es la más eficiente y sostenible<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> Entre esos órganos se encuentra a la Oficina Nacional de Evaluación integrada en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión para analizar la sostenibilidad financiera de los contratos (artículo 333 de la Ley 9/2017). Este órgano debe emitir informe preceptivo previo a la licitación de tales

Siguiendo con la línea reguladora que venimos desarrollando y aportada por las renovadas normas administrativas dictadas en los últimos años, conviene ahora referirse a alguna de las herramientas que facilitan esta labor a las Entidades locales y sobre la cual hemos hecho alguna referencia previa, entre ellas se encuentran los análisis coste-beneficio.

### **2.3. El análisis coste-beneficio y su relación con el coste del ciclo de vida.**

Para emitir el juicio técnico sobre la mayor eficiencia y sostenibilidad de las formas de gestión de los servicios públicos locales; como venimos desarrollando, encontramos en las normas administrativas diferentes referencias técnicas específicas con las cuales dar respuesta a lo exigido por la norma básica local. Esa labor planificadora conlleva la necesidad de usar algunas herramientas orientadas a facilitar el cumplimiento de las nuevas obligaciones; entre ellas se encuentra, por ejemplo, el análisis coste-beneficio.

En nuestra opinión, se refuerza el interés de esta herramienta si tenemos en cuenta dos de las renovadas obligaciones normativas. De un lado, la de elaborar informes sobre los costes del servicio público y, de otro, la referida al denominado coste del ciclo de vida de los productos o servicios (se trata de una de las novedades de la Ley 9/2017).

---

contratos a celebrar por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, así como por otros entes, organismos y entidades dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales. En particular, dice el artículo 333 “a) Cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario. b) Las concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros”. Esta Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles). Y, podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de “anulación” o sanción. Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que este organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas -además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos - lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas - puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática - conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos. Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública. Estos organismos independientes de supervisión y control pasan a formar parte de la nueva arquitectura institucional para promover las exigencias europeas en el ámbito de la contratación pública. Si bien, sus informes o recomendaciones pueden constituirse en referente a tener en cuenta cuando se aborda la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales.

Aunque, esta última norma se limita a incorporar las previsiones de las Directivas que se trasponen a nuestro Ordenamiento y no se observan mayores aportaciones en relación con el concepto de “coste del ciclo de vida” dado por las Directivas.

Tanto esta aportación comunitaria, como otras, ponen de manifiesto la orientación de la contratación pública en general y la gestión de los servicios públicos en particular hacia una visión más instrumental de estas actuaciones <sup>209</sup>. En cierta medida se vislumbra la tendencia a abandonar la estricta visión presupuestaria o cortoplacista que, en muchos casos, ha orientado la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales y la contratación en general <sup>210</sup>. Así, cuando la norma básica local ahora exige la emisión de un juicio técnico entonces nos encontramos con una perspectiva más amplia y de más largo plazo, como la propia idea de permanencia de los servicios públicos locales.

Como decimos, las Directivas sobre contratación pública mostraban su preferencia por la posibilidad de que los poderes adjudicadores adoptasen un planteamiento basado en el “coste del ciclo de vida”, en su búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 148 de la Ley 9/2017).

---

<sup>209</sup> Con la trasposición de las Directivas europeas se avanza, como en otras normas aprobadas previamente, hacia una visión de las formas de gestión de los servicios públicos más cercana a la inversión frente a la del gasto (superando la tradicional aplicación burocrática y economicista de los procedimientos de licitación pública en España. En este sentido y referida a la contratación pública se ha pronunciado GIMENO FELIÚ, J. M., entre otros trabajo en “Compra Pública Estratégica”, *Heraldo de Aragón*, de 28 de enero de 2014, al afirmar que “lejos queda la visión burocrática, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva. Hoy la contratación pública debe ser utilizada como herramienta al servicio de los Poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”.

<sup>210</sup> En la estrategia comunitaria relativa a la contratación pública destaca la importancia que tiene considerarla desde el punto de vista de la profesionalización, capacitación y de reconocimiento de excelencia en la contratación pública. La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública: Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la Administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación. Lo que se debe poner en valor no sólo en relación con la contratación pública sino que deben entenderse comunes al tema que nos ocupa, las formas de gestión de los servicios públicos locales en general. Y desde esta perspectiva tienen especial importancia la función y responsabilidad de los funcionarios que formen parte de los órganos técnicos que tengan asignada la misión de emitir el juicio técnico exigido en cada caso.

El cálculo del coste del ciclo de vida dirige su interés, en esencia, hacia un análisis coste-beneficio. En estos análisis han de valorarse distintos aspectos, no tanto financieros, pero con especial importancia en nuestros días e inherente en la propia configuración de los servicios públicos locales, como la perspectiva medioambiental o social (también incorporadas a la Ley 9/2017). Pero, sobre todo, obliga a las Entidades locales a especificar y explicitar unos mínimos parámetros de referencia a tener en cuenta para su cálculo; más allá de las especificidades particulares de cada servicio público.

Además de los criterios de valoración ya comentados, como también se ha dicho, se ha de añadir el informe referido a los costes del servicio público, como otro de los elementos que ha adquirido protagonismo propio en los últimos años<sup>211</sup>. La Ley 27/2013 también centró su atención sobre los costes y son distintas las previsiones referidas a ellos. En lo que ahora interesa, lo relevante es la expresa obligación de las Entidades locales de incorporar un informe sobre los costes del servicio público a gestionar y debe formar parte del expediente conformado para acreditar la mayor eficiencia y sostenibilidad de una u otra forma de gestión.

En relación con la obligación incluida en esta norma de calcular los costes de los servicios públicos por parte de las Entidades locales se han de mencionar los finalmente denominados como costes efectivos, sobre éstos también se han desarrollado las previsiones realizadas por la norma básica local. En dicho desarrollo se desglosan y detallan pormenorizadamente la forma de calcularlos. En particular la obligación prevista en el nuevo artículo 116.ter<sup>212</sup>. Y, también pueden ser una referencia normativa a tener en cuenta.

---

<sup>211</sup> Aunque los costes no sean unos desconocidos en el ámbito público. Por ejemplo, las Administraciones públicas deben elaborar informes técnico-económicos (en los cuales se han incluir los costes de los servicios) con carácter previo a los acuerdos de establecimiento de tasas o precios públicos a los que se refieren los artículos 25 y 44 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. La misma norma, desde hace años, establece igualmente la obligación de elaborar memoria justificativa del coste y rendimiento de los servicios públicos (artículo 211). A lo que se añaden las del ámbito propio de las obligaciones relacionadas con la contabilidad y presupuestos locales, entre las que se encuentran, como parte de la Memoria que forma parte de las Cuentas anuales, la relativa a los costes de las actividades e indicadores de gestión previstos en los Planes Generales de Contabilidad Pública adaptados a la Administración local.

<sup>212</sup> Al respecto, el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas desarrolló mediante la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, sobre los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las Entidades locales. En esta orden se expresa en su preámbulo que como criterio de determinación del coste efectivo se considera que deben estar integrados por costes reales directos e indirectos que se deriven de la ejecución de gastos. En consecuencia, se identifica con las obligaciones reconocidas por determinados conceptos de gasto el coste de un servicio prestado por una entidad sujeta

Las previsiones específicas de ambas normas básicas y referidas a los costes tienen una nota común: se han de incluir todos los costes imputables desde la concepción del servicio público a gestionar. Y , en esa concepción tiene un papel fundamental el elemento temporal (para el caso de la gestión indirecta: la duración del contrato).

El elemento temporal, cuando nos referimos a los costes, tiene una utilidad particular en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos, aunque ampliables a otros ámbitos de actuación administrativa. Esto es, las Entidades locales están obligadas a realizar una estimación de los costes de la forma de gestión y también determinar anualmente los costes efectivos de cada una de sus actuaciones. Si asociamos ambas obligaciones entonces nos encontramos con la utilidad mencionada: se posibilita la comparación anual entre la estimación realizada por la Entidad local para optar por una u otra forma de gestión y el reflejo que han tenido en su desarrollo efectivo. Esta comparación y comprobación ayuda a evaluar si el informe sobre los costes incorporado al expediente administrativo para elegir la forma de gestión se corresponde con los verdaderos costes generados en la gestión efectiva posteriormente desarrollada.

Además, tanto los costes estimados como los costes reales no sólo deben calcularse por las Entidades locales sino que, dice la norma básica local, ambos deben ser publicados.

Si sumamos lo dicho hasta ahora podemos empezar a vislumbrar la posibilidad de garantizar la eficiencia y sostenibilidad en la forma de gestión de los servicios públicos elegida. Pues, poco aportaría a la finalidad pretendida (optar por la forma de gestión más eficiente y sostenible) y la elaboración de un depurado expediente administrativo para elegir la forma de gestión si posteriormente no se asegura su efectiva aplicación. Al fin y al cabo, se trata de poner al servicio de ciudadanos y Entidades locales herramientas normativas para garantizar la eficiencia y sostenibilidad estimada y no se

---

al régimen presupuestario, y, asimismo, se identifica con los gastos de explotación reflejados en la cuenta de pérdidas y ganancias en los supuestos de que el servicio se preste por una entidad sujeta al plan general de contabilidad de la empresa. Y como la misma Orden recuerda no es su finalidad determinar ni fundamentar los costes de los servicios públicos, pues ello se encuentra en otro ámbito. Entre otros trabajos puede verse MOT A SANCHEZ E., y MEDRANO GARCÍA, M. L., “Costes efectivos de los servicios públicos” en *Análisis y repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, (Dir.) García Rubio, INAP, Madrid, 2015, págs. 225 -260. También son de interés los trabajos que están desarrollando desde la perspectiva contable -presupuestaria, entre otros pueden verse los de CARRASCO DÍAZ, D., BUENDÍA CARRILLO, D., y LLORENTE MUÑOZ, V., “Síntesis y análisis crítico del coste efectivo de los servicios públicos”, *Auditoría pública*, nº 67, 2016, págs. 39 -49. También el trabajo *Coste real versus coste efectivo de los servicios locales* , (Coords.) Carrasco Díaz y Buendía Carrillo, Gecosol, Málaga, 2014.

quede en el papel. Debe tener reflejo en la percepción de sus destinatarios y el servicio público prestado realmente sea el que mejor sirve al interés general pretendido.

El cambio normativo llevado a cabo es considerable; también porque se han de valorar criterios poco habituales en el ámbito administrativo. Pero esto no quiere decir ni significa que no deban abordarse, valorarse y motivarse desde la proporcionalidad siempre necesaria y exigible. Por ejemplo, la rentabilidad económica, precisamente porque la finalidad de los servicios públicos no es esa rentabilidad, en estrictos términos empresariales, pero sí la que les reporta a los ciudadanos cada actuación pública. A ellos sí les ocupa y preocupa una forma de gestión de los servicios públicos local es eficiente y sostenible. Además, la posibilidad de gestionar los servicios públicos a través de un operador privado hace que la Entidad local también deba valorarlos en todo caso.

Pues bien, el análisis coste beneficio referido a la elección de la forma de gestión del servicio público local se asemeja en gran medida a la evaluación a priori realizada por el sector privado (como decisión racional de actuación e inversión). En este análisis se tienen en cuenta los costes previstos y su distribución temporal, se hace una estimación de la evolución de ingresos y de ahí resulta una rentabilidad a valor actual de la inversión. Adicionalmente, la sensibilidad a ciertos factores inciden en el resultado final, junto con la probabilidad de que éstos se desvíen de las previsiones realizadas y da lugar a un riesgo o incertidumbre en el análisis (la relación entre el principio de sostenibilidad económica y el riesgo lo abordamos en el siguiente epígrafe).

En el análisis coste-beneficio de las formas de gestión de los servicios públicos se tienen en cuenta tanto los flujos positivos como los negativos (también de tipo financiero), y directamente involucrados en la implantación y gestión del servicio público. Especialmente aquellos costes y beneficios derivados de la prestación de dicho servicio público para la sociedad, los cuales no tienen porqué traducirse, estrictamente, en flujos de cobros o pagos. No dejemos de lado en ningún momento que nos encontramos en el ámbito de los servicios públicos y de las cualidades propias de su propia configuración.

En este sentido, la prestación de un servicio público local puede conllevar un resultado financiero negativo y sin embargo resultar un balance económico positivo, una vez incluidos los principales efectos sociales, medioambientales u otro tipo. O viceversa, arrojar un resultado financiero positivo y resultar un balance económico negativo,

incluso catastrófico, desde un punto de vista social o medioambiental. Por ejemplo, piénsese en la prestación de los servicios de recogida de residuos o abastecimiento de aguas en una zona con poca concentración poblacional; es muy posible que tenga un balance deficitario y financieramente insostenible, pero arroja un resultado positivo tanto desde el punto de vista medioambiental como desde el punto de vista de servicio esencial, en consecuencia el resultado económico es positivo.

Así, en la prestación de la mayoría de los servicios públicos locales, el análisis coste-beneficio arrojará tanto efectos positivos como negativos y, normalmente, se identificarán con retornos en ambos sentidos. La gran ventaja de los instrumentos de análisis en general y del coste-beneficio en particular es la expresión cuantitativa de los costes-beneficios sociales o medioambientales. Lo cual permite identificar cuáles son los impactos que pesan más en el balance final y, también poder comparar la gestión directa con la indirecta (por mandato del artículo 85.2). Por añadidura se encuentra lo previsto en el mismo artículo: el comparar las distintas opciones posibles para la gestión directa (también se valora buena parte de lo exigido por la Ley de contratos).

Con este análisis se podrá determinar cuál de las opciones disponibles ofrece una mayor rentabilidad desde el punto de vista del interés general. Además, permite y conecta tanto con el cumplimiento del mandato de la eficiencia y sostenibilidad como con el de una asignación equitativa de los recursos necesarios en cada una de las opciones. Entre otras razones porque se evalúan los impactos sociales, medioambientales, económicos, financieros, etc., del servicio público local considerado y la mejor forma de gestionarlo.

Entre sus dificultades se encuentra la comparación de los efectos a valorar en momentos temporales distintos, para lo cual es necesario fijar una tasa de descuento adecuada. Una tasa elevada primará los efectos a corto plazo sobre los de medio y largo plazo. Sin embargo, los efectos de los servicios públicos locales pueden, o incluso deben, extenderse en el tiempo y por consiguiente no serán correctamente evaluados desde un punto de vista cortoplacista. En estos casos, el resultado final del análisis puede depender en gran medida de la tasa de descuento elegida, por lo que ésta debe reflejar correctamente el equilibrio entre la incertidumbre del largo plazo y el peso suficiente de los efectos en las futuras generaciones. No obstante, como hemos visto, ésta es una variable con importantes referencias normativas para su cálculo.

De otro lado, en la Ley 9/2017 también se han producido algunos cambios en relación con los criterios de adjudicación. Por ejemplo, el artículo 145.1 de la Ley 9/2017 hace desaparecer el omnipresente precio de los criterios de adjudicación para pasar a la mejor relación entre el fin y el medio, al decir,

*“la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad -precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste -eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148”.*

Según sea de acertado o no el cálculo del coste del ciclo de vida, la oferta adjudicataria será la económicamente más ventajosa o no, de acuerdo con los objetivos a alcanzar con el contrato y determinados por el poder adjudicador. Igual razonamiento se puede realizar en función de las formas de gestión directa. En consecuencia, todo análisis a realizar y criterios de valoración a tener en cuenta nos remiten a un depurado análisis del mencionado coste-beneficio, reforzado por las previsiones relacionadas con el coste del ciclo de vida.

En consecuencia, los análisis se han de dirigir a la búsqueda de la mejor combinación de recursos públicos para obtener los resultados esperados, al uso más óptimo (principio de sostenibilidad económica).

Así, podemos decir que las renovadas normas administrativas pueden ayudar a paliar algunas de las tradicionales ineficiencias y, en cierta forma, características de las formas de gestión de los servicios públicos; al incorporar ciertas garantías jurídicas.

Precisamente porque dirigen su atención a procurar una forma de gestión de los servicios públicos eficientes y sostenibles.

Los avances normativos necesitan su traslado a la realidad de nuestras Administraciones locales, las cuales se han de enfrentar a problemas cada vez más complejos e interrelacionados. En esta andadura bien puede decirse que las decisiones de los responsables públicos deberían plantearse cada vez más con una pregunta ¿cuál es la forma de gestión más sostenible?; en lugar de una respuesta, la elaboración del



expediente administrativo para licitar un contrato o iniciar los trámites para crear un ente instrumental y, de una u otra forma, gestionar el servicio público considerado<sup>213</sup>.

A este cambio en el planteamiento se orientan gran parte de las reformas llevadas a cabo y deberían derivar en desarrollar unos análisis rigurosos y dirigidos a procurar la mejor forma de servir a los intereses generales pretendidos con el servicio público.

El análisis coste -beneficio ofrece una herramienta adecuada de asistencia y ayuda en estas decisiones y proporciona respuesta tanto a los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión incluidos en la Ley 27/2013, como al informe sobre los costes de los servicios que también han de elaborar . A ello se añade su relación con el coste del ciclo de vida incluido en la Ley 9/2017 y la ampliación de los criterios de adjudicación. En suma, se trata de un análisis transparente, ágil y eficaz, como otros.

Venimos apuntando algunas de las novedades en la nueva Ley de Contratos. Para completar nuestra exposición y los cambios normativos más significativos llevados a cabo a la hora de elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales, conviene referirse la gestión indirecta. En particular por la redefinición llevada a cabo cuando se trata de gestionar un servicio público local mediante gestión indirecta y el renovado concepto de riesgo.

---

<sup>213</sup> El órgano decisor habrá de asegurar el cumplimiento de las previsiones contenidas en el expediente elaborado y que se alcanzan los efectos pretendidos, esto es, la eficiencia y sostenibilidad en la prestación efectiva del servicio público y su perdurabilidad en el tiempo. Por tanto, se trata tanto de motivar suficientemente como de ejecutar lo establecido en ella. Pues cuando se dice de la forma sea la más eficiente y sostenible se está incorporando ese elemento que no es estático sino dinámico y se ha de desarrollar en el tiempo, más concretamente mientras se preste el servicio público. Y si la forma de gestión es mediante ente instrumental se debe hacer referencia a lo previsto en la Ley 40/2015, en particular el artículo 85. Y, específicamente el segundo apartado “ El control de eficacia/eficiencia será ejercido por el departamento al que estén adscritos, a través de las inspecciones de servicios, y tendrá por objeto evaluar el cumplimiento de los objetivos propios de la actividad específica de la entidad y la adecuada utilización de los recursos, de acuerdo con lo establecido en su plan de actuación y sus actualizaciones anuales” y se añade a otros controles previstos en otras normas y otros ámbitos, en particular cuando expresa “sin perjuicio del control que de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, se ejerza por la Intervención General de la Administración del Estado”.

### **3. El riesgo operacional como elemento reglado. El valor de la sostenibilidad económica en la determinación del riesgo operacional.**

#### **3.1. El riesgo operacional en la elección de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos.**

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha llevado a cabo la adaptación de nuestra norma básica contractual a la normativa comunitaria. Esta norma ha asumido las líneas maestras definidas por las Directivas comunitarias, en consecuencia, tras la aprobación de la nueva norma se han de actualizar ciertos conceptos y pilares de nuestro modelo institucional del contrato administrativo.

La idea basilar de dicho modelo han sido las “prerrogativas administrativas”, las cuales ceden a favor de un modelo basado en los principios; en particular, en los de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la contratación pública, como una de las formas de gestionar los intereses generales pretendidos con el contrato<sup>214</sup>.

Este es el modelo desarrollado e impulsado por el Derecho europeo y también se ha de ver en el sentido de la sostenibilidad económica dada por la Ley 27/2013 para elegir las formas de gestión de los servicios públicos locales. A esta complementariedad ya hemos hecho referencia, en particular con la incorporación de los principios económicos y desarrollados en forma de criterios de valoración e informes concretos a elaborar. Estos principios han de coherenciarse con el resto de principios de actuación del ámbito público.

La línea marcada por la norma básica local para elegir la forma de gestión de los servicios públicos encuentra continuidad en la nueva ley de contratos públicos. Ambas normas incluyen múltiples referencias a la vertiente económica. La revisión realizada consiste fundamentalmente en definir de forma más pormenorizada el esquema general vigente en nuestro país y se une a los cambios aludidos a la hora de ejercer esta potestad.

---

<sup>214</sup> El sentido de estos principios generales de la contratación pública y el papel clave que deben jugar lo aborda, entre otros, MORENO MOLINA, J. A., “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 204, septiembre -diciembre, 2017, págs. 343 -373. Del mismo autor *El Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, Oxford, 2015.

La Ley 9/2017, por su parte, asume el criterio económico plasmado en las Directivas comunitarias y tiene, entre otras consecuencias, la redefinición de las opciones contractuales para gestionar los servicios públicos locales de forma indirecta<sup>215</sup>. De acuerdo con esta norma se podrán gestionar mediante el nuevo contrato de servicios o el de concesión de servicios. Serán estas opciones contractuales las encontradas cuando la norma básica local dice “a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos”.

Nuestro legislador alude a este cambio en la exposición de motivos al decir que “en el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras”<sup>216</sup>.

Esta alusión se reafirma en la Disposición Adicional trigésimo cuarta, al expresar “las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley”.

---

<sup>215</sup> La revisión conceptual llevada a cabo por la Ley 9/2017 ha posibilitado el plantear la necesidad de seguir haciendo referencia a gestión indirecta. Pues, como se ha dicho, la tradicional diferenciación entre la gestión directa e indirecta se ha visto afectada en lo tocante a la *gestión indirecta*, ello debido a su tradicional vinculación con el contrato de gestión de servicios públicos y sus modalidades son suprimidas por la Ley 9/2017. Por tanto, cabría preguntarse si el concepto de *gestión indirecta* merece continuar siendo utilizado al seguir aportando un contenido jurídico-administrativo relevante. A juicio de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., debe responderse afirmativamente, y ello básicamente por dos razones. En primer lugar, porque establece un primer criterio de demarcación en la clasificación general de los modos de gestión: la *participación de un privado en la gestión de los servicios públicos*, lo que la opone al otro gran grupo, la gestión directa, caracterizada por la exclusividad de la participación de entidades públicas. En segundo lugar, porque su uso está muy generalizado y forma parte integrante del acervo del Derecho público español; y ello tanto en la vertiente normativa y de gestión, como desde la perspectiva doctrinal. De lo que se trataría, pues, es de redefinir ese modo de *gestión indirecta* vinculándolo con las modificaciones operadas por la Ley 9/2017, en relación con la *concesión y el contrato de servicios que tengan por objeto servicios públicos*. En “La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local”, *La administración al día*, INAP, 1/02/2018.

<sup>216</sup> Una referencia a la evolución, sobre este particular, de la tramitación del proyecto de ley hasta su aprobación puede verse en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 293-300.

Así, tras la aprobación de la nueva ley se puede producir el efecto mencionado en la exposición de motivos, es decir, “ *determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Aunque este cambio de calificación no suponga una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato mediante el cual el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública y estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio*”.

No forma parte de este trabajo abordar la conveniencia o no de haber mantenido la conceptualización anterior en el ámbito interno <sup>217</sup>. Sin embargo, creemos acertada la opción del legislador. La principal razón que nos asiste para compartirla ya se ha mencionado y se encuentra en la separación de esos ámbitos con problemáticas específicas: los servicios públicos como tales y su forma de gestión.

A nuestro modo de ver, cuando se decía contrato de gestión de servicios públicos conllevaba una cierta confusión entre los elementos propios del servicio público y los específicos de la forma de gestión. Y, en muchos casos, se han entrelazado motivos más

---

<sup>217</sup> Sobre la necesidad del cambio llevado a cabo se ha puntualizado que lo que la Directiva llama concesiones de servicios es algo distinto de lo que siempre hemos entendido por concesiones de servicio público en su sentido más estricto y, por ello, se ha defendido que debía haberse mantenido la categoría en el Derecho interno. Aunque eventualmente se añadiera precisiones para que solo se aplique a servicios públicos gestionados efectivamente con derechos exclusivos. Esta idea ha sido defendida por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Sentido y alcance de la trasposición de las Directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 202, enero-abril, 2017, págs.13-41. Este mismo autor asevera que se trata de “toda una alambicada “ingeniería” jurídica completamente innecesaria, que no hará sino complicar las cosas y dificultar una adecuada comprensión de las instituciones y correcta aplicación del ordenamiento”, “Modalidades contractuales de prestación de servicios hídricos. En particular, “la sociedad de economía mixta”, en *Contratación pública y Agua*, (Dir.) Ezquerro Huerva y Navarro Caballero, Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 111-158. Parecida postura mantiene VILLAR ROJAS, F. J., “La resiliencia del contrato de gestión de servicios públicos frente a las normas europeas de contratación pública”, en *El impacto de la crisis en la contratación pública*, (Dir.) Hernández González, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra 2016, págs. 285-306. En particular, cuando defiende que buena parte de los problemas asociados a esta modalidad contractual serán más difíciles de superar. También puede verse, MARTÍNEZ -ALONSO CAMPS, J. L., “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 40, 2015. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, abril, 2016. LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios de los ciudadanos” *Revista de Administración Pública*, nº 204, septiembre-diciembre, 2017, págs. 41-68.

relacionados con el servicio público (u otros aspectos) <sup>218</sup>. Así, los argumentos dados para elegir la fórmula contractual no siempre han estado referidos y dirigidos hacia la

---

<sup>218</sup> La Entidad local desarrollará la correspondiente Ordenanza reguladora, la cual también se habrá elaborado dando respuesta a los principios de buena regulación incorporados a la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Entre ellos se encuentran el principio de eficiencia y el de proporcionalidad. Los fundamentos de estos principios no varían a los sobre los expuestos en este trabajo. Tienen la misma finalidad, independientemente del ámbito en el cual se apliquen. En relación con estos principios se puede decir que son seis los axiomas incorporados en el nuevo Título VI de la Ley 39/2015 y claramente inspirados en las iniciativas europeas en materia de mejora regulatoria (*better regulation*); cuyo objetivo último es favorecer la calidad del entorno normativo para mejorar no sólo el desarrollo de las actividades en general sino el de las propias de las Administraciones públicas. En esa tarea se ha de valorar que una mala regulación genera costes de transacción para los distintos agentes implicados, también en las Administraciones. Se trata de asegurar que las medidas que se proponen y adoptan sean necesarias, rentables y de alta calidad. Esta idea es la que subyace en las previsiones que recoge el nuevo Título VI de la norma básica administrativa al realizar una cierta codificación de los principios que deben observarse en el ejercicio de esta potestad (aunque no olvidemos se trata de principios ya positivizados en nuestro Ordenamiento). Los principios básicos de buena regulación expresados en el artículo 129 son los de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. Lo que esta norma básica hace es imponer a las Administraciones públicas la obligación de justificar suficientemente en la exposición de motivos o el preámbulo de la norma de que se trate su adecuación a dichos principios. Especialmente cuando se hace referencia a la necesidad de evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias. Pero, sin dejar de lado que una buena regulación incide directamente en la mejor gestión de los recursos públicos. Y, naturalmente, a la hora de justificar la eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión (al fin y al cabo el principio de eficiencia forma parte de ambas acciones administrativas y sus fundamentos no varían). En relación con este cambio normativo puede verse, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 175, enero - marzo 2016, págs. 11 -28. CAMPOS ACUÑA, M. C., “La iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”, en *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015: Reflexiones y claves para su aplicación*, (Dir.) Gallardo Castillo, CEMCI, Granada, 2016, págs. 565-605. ORDUÑA PRADA, E., “Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa* nº 2, 2016. REINOSO CARRIEDO, A., “Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las Leyes 39/2015 y 40/2015”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 18, 30 de septiembre 2016. BEJARANO LUCAS, J. M., “La implementación de la planificación normativa y de la denominada *better regulation* en el ámbito municipal”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 21, 15 de noviembre, 2016. CASADO CASADO, L., “La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 107, enero -abril, 2017, págs. 87-140. REVUELTA PÉREZ, I., “Análisis de Impacto Normativo y control judicial de la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 193, Madrid, enero -abril, 2014, págs. 83 -126. FORTES GONZÁLEZ, A. I., “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejora regulatoria”, en *Instituciones del procedimiento administrativo común: novedades de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, (Dir.) Rivero Ortega y otros, Juruá, Lisboa, 2016, págs. 333 -367. MORA RUIZ, M., “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo común*, (Dir.) Gonsalbez Pequeño, capítulo IX, El consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 513-565. PONCE SOLÉ, J., “Calidad normativa, buen gobierno regulatorio y Derecho a una buena Administración: la mejora regulatoria en las Leyes estatales 39 y 40 de 2015”, en *Estudios sobre las leyes 30/2015 del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, (Coord.) Tornos Más, Atelier, Barcelona 2017, págs. 245 -277. Del mismo autor, “La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 45. 2017, págs. 157-195.

elección de la forma que mejor sirviese al interés general pretendido con el servicio público.

La tradicional visión mencionada trae causa, entre otras razones, en la existencia de la *publicatio* del servicio público y, en muchos casos, seguir creyendo que la Administración tiene plena capacidad para dirigir el contrato y al contratista en orden a garantizar el funcionamiento del servicio público, en la línea marcada por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales <sup>219</sup>. Esta perspectiva se ha de diferenciar de la obligación de todo titular de un servicio público de controlar y garantizar tal prestación, independientemente de la forma de gestión. En el supuesto de serlo de forma indirecta, tales garantías formarán parte de las prescripciones contractuales.

Dicho de otro modo, la tradicional fórmula contractual se había construido alrededor de la categoría del “servicio público”. Se trata de un tipo contractual especialmente aplicable cuando se pretendía prestar de forma indirecta un servicio público. Así, nos encontramos con un contrato típico o nominado, atendiendo antes que nada a la naturaleza de la prestación que constituía su objeto; esto es, al hecho de que lo que se quiere prestar de forma indirecta es un “servicio público”.

Pero, la incorporación a las Directivas comunitarias de la jurisprudencia desarrollada a nivel europeo, ha tenido entre sus consecuencias la redefinición de los contratos para gestionar servicios públicos y es, precisamente, la apuntada: deslindarlos de la noción de servicio público. De esta forma, se da un paso más en esa senda iniciada por las normas administrativas de centrar su atención con mayor intensidad en el instrumento (la forma de gestión). Y, creemos que contribuye a delimitar con mayor claridad las particularidades relacionadas con la forma de gestión de la problemática relacionada con el polisémico concepto de servicio público, especialmente en el ámbito local <sup>220</sup>. La

---

<sup>219</sup> En este sentido, se ha afirmado que esa concepción desaparece aunque se considere aquella potestad como discrecional, pues es reemplazada por normas y mandatos reglados. A ello se une ahora la nueva ley de contratos que llegan incluso a determinar el cambio de la naturaleza jurídica del contrato de gestión de servicio público como contrato de servicios, en el sentido europeo. Vid. VILLAR ROJAS, F. J., “La resiliencia,...”, op. cit., págs. 285-306.

<sup>220</sup> Entre los múltiples trabajos y jurisprudencia sobre los servicios públicos locales a los que se pueden hacer referencia se encuentra, uno cercano en el tiempo, el de DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *REALA nueva época*, nº 2, julio -diciembre 2014. En este artículo realiza una detallada exposición intentando dar respuesta a qué se consideran servicios públicos locales. Así se razona que si se concluye que son servicios públicos locales los servicios cuya titularidad es otorgada por la ley a las Entidades locales, se comprueba que esta afirmación

sola presencia del concepto en el ámbito de los contratos ha conllevado el mantenimiento de ciertas inercias. No obstante, las renovadas normas administrativas van incorporando mayores elementos reglados en el ejercicio de esta potestad.

La redefinición de los contratos para gestionar servicios públicos ayuda a reforzar la idea de que la forma de gestión no es un fin en sí misma sino el instrumento puesto en manos de las Administraciones públicas para la consecución de la finalidad pretendida con el servicio público. Una forma de gestión que ha de ser la más eficiente y sostenible, pero no debe, o no debería, tener impacto o efectos en los destinatarios del servicio público, excepción hecha de los beneficios o rentabilidad aportada por su eficiencia y sostenibilidad en la gestión realizada.

Con la conceptualización dada en la nueva ley de contratos se obliga a centrar y concentrar la atención en la forma de gestión. Y, se une a la perspectiva adoptada por la norma básica local al imponer a las Entidades locales el desarrollar una motivación en términos de eficiencia y sostenibilidad para elegir la forma de gestión (directa o indirecta). Y, como hemos desarrollado, son distintos los elementos reglados incorporados a las distintas normas reguladoras para garantizar esta obligación.

---

es insuficiente, pero nos permite trazar una primera línea divisoria: no todas las actividades sobre las que las Entidades locales tienen competencias son servicios públicos en sentido estricto. En efecto, una cosa es la titularidad sobre un servicio y otra es la competencia sobre una materia. La diferencia entre titularidad y competencia, por un lado, explica que distintas Administraciones territoriales ejerzan competencias sobre determinados servicios públicos y que sólo una de ellas sea su titular o propietaria; esta diferencia, por otro lado, autoriza que prescindamos de la larga y heterogénea lista de competencias enumeradas en el artículo 25.2. Cierta claridad sobre esta problemática se aportaba su trabajo previo “ La gestión,...”, op.cit., págs. 87 y ss., en el que, ejemplifica las múltiples posibilidades que la norma básica permite a los gestores locales. El ilustrativo ejemplo plantea tres posibles supuestos: un municipio español puede crear una sociedad mercantil local para gestionar el servicio público de suministro de agua a la población, que es una materia de la competencia municipal (artículo 25, 2, letra l), un servicio obligatorio en todos los municipios (artículo 26, 1, a) y un servicio esencial reservado a las entidades locales (artículo 86, 3, primer párrafo). Un municipio español puede crear una sociedad mercantil local cuyo objeto social sea la promoción (con fines turísticos, por ejemplo) del patrimonio histórico-artístico de la localidad, una materia sobre la que el artículo 25, 2, letras e) y m), otorga competencias a los municipios. Un municipio español puede, por último, crear una sociedad mercantil local cuyo objeto social sea la producción y comercialización de plantas ornamentales, siguiendo para ello el procedimiento previsto para el ejercicio de actividades económicas, pero la actividad desarrollada por esa sociedad no es un servicio público, dado que la comercialización de plantas ornamentales no es referible a ninguna de las competencias del artículo 25 LRRL. Pues bien, en el primer caso, la sociedad gestiona un servicio público y, en el tercer supuesto, esa sociedad no gestiona un servicio público local, pero en el segundo supuesto la norma no nos aclara si la sociedad gestiona o no un servicio público (a mi juicio, tanto ahora como antes de la reforma no estamos ante un servicio público local). También es referente la STS 23 de mayo de 1997, que en su FJ 6º distingue entre servicios de titularidad municipal y 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.

También la relación existente entre ellos. Ahora, nos acercamos a la relación que podemos encontrar entre lo exigido por la norma básica local y el concepto de riesgo incorporado a las Directivas y a la ley de contratos: el riesgo operacional.

La titularidad del servicio público y las responsabilidades derivadas de su gestión son dos aspectos relacionados pero presentan diferencias significativas, sobre todo si atendemos al actual elemento diferenciador de los contratos de concesión, es decir, el riesgo operacional. Este concepto de riesgo se define más pormenorizadamente, al positivizarse la doctrina europea y reiterada por nuestros Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, mediante criterios de valoración más precisos y elementos reglados concretos<sup>221</sup>.

Particular importancia tiene la delimitación entre los contratos de servicios y los de concesión; ambos han compartido y seguirán compartiendo ámbito de aplicación. Esta circunstancia ha derivado en contemplar previsiones similares para ambos contratos en la nueva ley de contratos<sup>222</sup>. Debemos señalar que ahora los servicios públicos son una de las posibilidades de contratación, es decir, tanto las concesiones como el contrato de servicios son eso, de servicios. Y sólo se añade como posibilidad el que lo sean de servicios públicos.

Así, para las concesiones, el artículo 284 de la Ley 9/2017 establece:

---

<sup>221</sup> Entre las numerosas resoluciones que se pueden citar de nuestros Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales sobre la doctrina europea y por referirnos a las más recientes, se pueden ver la 421/2014, de 30 de mayo; la 331/2016, de 29 de abril; la 411/2017, de 5 de mayo; o la 417/2017, de 12 de mayo. Todas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

<sup>222</sup> Ya hemos mencionado a los defensores de haber mantenido la conceptualización previa, entre ellos se encuentra LAGUNA DE PAZ, J. C., "Los contratos,..." op. cit., págs. 41-68. En este trabajo expresa cinco razones por las que considera que se debía haber mantenido. La primera, que las directivas no prejuzgan las categorías que deban ser aplicadas en cada ordenamiento jurídico nacional para conseguir las finalidades pretendidas. Lo único que resulta exigible es que el legislador nacional garantice una aplicación efectiva y equivalente de las reglas y principios contenidos en las directivas. La segunda, la concesión es una modalidad de contrato público. Hay que tener en cuenta que la distinción que establece la normativa europea entre contrato público y concesión, en gran medida, se explica por razones coyunturales. La tercera, la Directiva 2014/23/UE armoniza por primera vez la regulación de los contratos de gestión de servicios públicos, que hasta ahora, por las dos razones anteriores, no eran objeto de la aproximación comunitaria. No obstante, lo hace con una regulación de mínimos. La cuarta, las especialidades del contrato de gestión de servicios públicos, sobre todo, se encuentran en la fase de ejecución del contrato. En cambio, como su propia denominación avanza, lo que preocupa a la Directiva 2014/23/UE, de adjudicación de los contratos de concesión es que la "ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión" pueda obstaculizar la libre prestación de servicios y, con ello, falsee el funcionamiento del mercado interior. La quinta, que los criterios contables que se tomen en cuenta para el cómputo del gasto público no tienen por qué trasladarse a la clasificación de los contratos administrativos.



*“1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.*

*2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.*

*3. El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional como en el territorial”.*

La nueva regulación de las concesiones contempla, como posibilidad, la gestión de servicios públicos y la acota al decir: para los *casos en que se trate de servicios públicos*<sup>223</sup>. Con esta fórmula, el legislador incorpora a la regulación de las concesiones algunas de las prescripciones previas para esta tipología contractual. Entre ellas se encuentra el reiterar la obligación general de la Entidad local de regular tanto el alcance de las prestaciones del servicio público a gestionar de forma indirecta, como cada uno de los aspectos relacionados con su régimen *jurídico, económico y administrativo*; dirigido a garantizar la mejor prestación del servicio<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Ante esa eventualidad se ha trasladado, entre otras, al punto segundo prácticamente las anteriores previsiones del 132. Régimen jurídico del servicio, del texto refundido que decía: “antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”.

<sup>224</sup> En este sentido, son distintos los informes de nuestras Juntas consultivas en las que se incide en que “pueden ser considerados contratos de gestión de servicio público siempre que hayan sido supuestos de servicios públicos asumidos por el Ayuntamiento y determinado previamente su régimen jurídico básico. Toda vez que tanto por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas como por la legislación de régimen local establecen como requisitos imprescindibles la existencia de un servicio público con contenido económico y establecimiento previo de su régimen jurídico básico”. Informe 10/07, de 26 de marzo de 2007 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Como decimos, las dos formas de contratación comparten ámbito de aplicación. En este sentido, tal como avanzaba la exposición de motivos, existe la verdadera posibilidad de gestionar a través de un contrato de servicios buena parte de los servicios públicos locales. Esta posibilidad fue valorada por el Consejo de Estado y una de sus recomendaciones era añadir un nuevo artículo a la ley de contratos<sup>225</sup>. Tal recomendación se ha visto plasmada en el artículo 312. “Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos”.

En la Ley 9/2017, el contrato de servicios (junto con el de obras y suministros) conserva su régimen jurídico específico; pero, el de servicios se ve afectado por la renovada configuración del contrato de concesión de servicios. En consecuencia, el artículo 312 añade algunas prescripciones que ahora comparte con las concesiones, en particular:

*“En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se deberán cumplir las siguientes prescripciones:*

*a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.*

*b) El adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo estará sujeto a las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar, en su caso, las obras e*

---

<sup>225</sup> Ante la posible desaparición de esta figura contractual en el anteproyecto de ley, el Informe del Consejo de Estado nº 1.116/2015 recomendó dos alternativas. Una, mantener el contrato de gestión de servicios públicos. Dos, la finalmente adoptada. En este caso, recomendaba establecer para ambas figuras contractuales una regulación de sus efectos, extinción y cumplimiento inspirada en la hipótesis de que el servicio de que se trate no sea público. Esta regulación debía completarse con unas especialidades para el supuesto de que el servicio a contratar tuviera la naturaleza de servicio público.

*instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.*

*c) Los bienes afectos a los servicios regulados en el presente artículo no podrán ser objeto de embargo.*

*d) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.*

*e) La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía de que se trate.*

*f) Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.*

*g) Además de las causas de resolución del contrato establecidas en el artículo 313, serán causas de resolución de los contratos de servicios tratados en el presente artículo, las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 294.*

Así, los servicios locales podrán gestionarse mediante ambas figuras contractuales y, sólo en el caso de tratarse de servicios públicos se añaden especialidades propias del contrato de concesión.

Sin embargo, el cambio de calificación jurídica del contrato no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resulten del mismo; es decir, el contratista va a gestionar un servicio o un servicio público de titularidad local y la naturaleza de la prestación no se ve afectada por la variación en la calificación del contrato.

El nuevo contexto jurídico dado por el paquete legislativo comunitario sobre contratación pública pone el foco de atención en el ámbito organizativo (más allá de la contratación de servicios o servicios públicos). Si bien, compartir ámbito de aplicación puede seguir generando ciertas dudas <sup>226</sup>; algunas de las cuales deberían solventarse mediante las específicas delimitaciones que la normativa incorpora para acotar el elemento diferenciador entre los contratos de servicios y los de concesiones: el denominado riesgo operacional. A diferencia del genérico riesgo y *ventura* presente en todo contrato público.

En el ámbito local, la labor de determinación del riesgo operacional, la facilita esa previa obligación de las Entidades locales de determinar la mayor eficiencia y sostenibilidad de esta forma de gestión. Como veremos a continuación, se encuentran importantes similitudes entre los elementos conformadores del expediente que acredita la mayor eficiencia y sostenibilidad y los que se incorporan para determinar el riesgo operacional. Acercémonos a este concepto de riesgo y que implica el poder gestionar de forma indirecta un servicio público mediante concesión o contrato de servicios. En efecto, el elemento diferenciador se encuentra exclusivamente en función de la asunción del riesgo de explotación o riesgo operacional por parte del contratista. De esta forma adquiere rango normativo la jurisprudencia desarrollada tanto en el ámbito comunitario como en el interno.

En la línea seguida por la norma básica local, la nueva ley de contratos define de forma más precisa sus elementos principales. La doctrina en torno al riesgo transmitido se ha ido depurando con el paso de los años por la jurisprudencia comunitaria y por la interna; por tanto, el efecto real de su incorporación a las Directivas comunitarias y a nuestro Ordenamiento jurídico no conlleva un cambio significativo, salvo algunos matices de la nueva norma. En lo que aquí interesa destacamos los relacionados con la eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión de los servicios públicos locales elegida. Por esa razón, el desarrollo de este aspecto, se hará acudiendo a la aplicación del concepto de riesgo operacional realizado por numerosas Resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y Dictámenes de los órganos consultivos

---

<sup>226</sup> Como se ha defendido, los efectos del Derecho comunitario no van a ser sólo formales, en la medida que va a afectar a los cimientos mismos del contrato de gestión de servicio público. Y, asistimos a un proceso de ruptura de los fundamentos tradicionales de la contratación pública en nuestro Ordenamiento jurídico y se consume definitivamente con la aprobación de la Ley 9/2017. Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva,...*, op.cit .págs. 200 y ss.

que han venido aplicando la doctrina emanada de la jurisprudencia europea, sobre el alcance del “riesgo” y, en su parte fundamental, han recogido tanto las Directivas como la Ley 9/2017. Si bien, la perspectiva aportada en su aplicación a supuestos específicos nos permitirá vislumbrar con mayor nitidez las posibilidades de gestión indirecta de los servicios públicos locales.

Por ejemplo, en el informe 65/2008, de 11 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (sobre la calificación de un contrato administrativo para el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio) se refería a las posibilidades contractuales de los servicios públicos. Pero su interés radica en lo especialmente ilustrativo de la exposición realizada para diferenciar ambas figuras contractuales (servicios y concesiones), al decir,

*"resulta que la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista por así decirlo actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio".*

Ese mismo año, la misma Junta Consultiva, en el informe 4/2008, de 28 de julio, (sobre tres contratos de la Concejalía de Juventud y referidos a la coordinación de un programa sobre redes para el tiempo libre, otra forma de moverte; taller de Música y Locales de Ensayo y Centro de Formación, Recursos y Actividades), se reflejaba con nitidez la calificación del contrato para este tipo de actuaciones,

*“los tres contratos sometidos al dictamen de esta Junta Consultiva no tienen la naturaleza jurídica de contratos de gestión de servicios públicos ni, en consecuencia, revisten la modalidad de concesiones toda vez que el riesgo de la ejecución de los mismos no es asumido directamente por el contratista”.*

Y, no se transmitía el riesgo de la ejecución al contratista, porque

*“en los pliegos que han de regir su contratación se establecen unas condiciones relacionados con el lugar, horario y personal para la realización de la prestación del servicio que claramente suponen que la organización del servicio continúa estando plenamente a cargo del Ayuntamiento, y, sobre todo, se establece una forma de pago del servicio a tanto alzado completamente independiente de los resultados de la gestión del mismo, por lo que no puede considerarse que el servicio se preste a riesgo y ventura del contratista”.*

Así, cuando la Administración establece condiciones contractuales que implican tanto la dirección efectiva del contrato como la garantía expresa y concreta de un pago, independientemente de los resultados, es tanto como decir que “el contratista actúa como auxiliar de la Administración” y, esas son las razones fundamentales por las que el empresario no asume riesgo en la explotación. En este tipo de riesgo tiene particular importancia la forma de retribución del empresario por el servicio prestado; en este caso, se establece en función de unas específicas condiciones establecidas por la Administración y no en función de los resultados.

Un tiempo después, la citada Junta Consultiva, en el Informe 12/2010, de 23 de julio, lleva a cabo algunas aclaraciones dirigidas a dirimir el alcance del concepto principal (el riesgo) y, también desarrolló un esquema de los elementos esenciales que, en nuestra opinión, ayudan a clarificar el concepto de riesgo (nuevamente sobre un contrato para el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio). El esquema ofrecido se basa en la jurisprudencia comunitaria y se sintetiza en las siguientes ideas básicas:

*a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.*

Es decir, en un contrato de concesión la Administración no puede intervenir en la forma de organización del servicio; tal intervención, en su caso, habrá quedado definida en los pliegos que rigen el contrato.

*b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo; sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra*

*a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), si empre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.*

Como desarrollaremos, la forma de retribución del contrato no forma parte de la definición del concepto del riesgo: pues éste puede existir aunque el pago lo realice la Administración contratante.

*c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa”.*

En la línea apuntada, se incide en que la asunción del riesgo de la explotación conlleva la libertad de organización de su empresa y, esta libertad, no desvirtúa las potestades públicas relacionadas con el servicio público.

Así, aunque estas líneas generales se reflejen con mayor claridad en la Ley 9/2017, esto no quiere decir que no se encontrasen alusiones genéricas en nuestras normas sobre contratación pública. De hecho, en el informe referido de la Junta de Contratación se llama la atención sobre esta circunstancia, es decir, estaban recogidas por nuestro legislador, si bien lo eran con cierta indeterminación<sup>227</sup>. No obstante, permitían deducir los elementos fundamentales y conformadores de el concepto de riesgo, sobre todo a partir de la jurisprudencia comunitaria y señala como elementos principales:

*“en primer lugar, que al encomendarse al particular la gestión del servicio este asume la organización del mismo, en segundo lugar que el servicio deber*

---

<sup>227</sup> En concreto, varios artículos de la derogada Ley de Contratos del Sector Público, el artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”), el artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) o el artículo 253: (“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”).

*ser susceptible de explotación empresarial y por último que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación”.*

En consecuencia, tras el razonamiento expuesto no puede alcanzarse otra conclusión que la esperada; y se aclara certeramente,

*“debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio. De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios”.*

Junto a este informe se pueden encontrar otros muchos de las Juntas Consultivas de Contratación en el mismo sentido y, naturalmente, innumerables resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Así, se puede decir que durante los últimos años se han desarrollado los principales argumentos y elementos para diferenciar ambas formas de contratación. Dicho de otro modo, la mayor parte de los contratos celebrados para gestionar servicios públicos, en su modalidad de concesión, se asemejan más a un contrato de servicios<sup>228</sup>.

Lo característico de la concesión administrativa es y ha sido la transferencia al concesionario del riesgo de explotación del servicio o servicio público; sin perjuicio, naturalmente, de las potestades del titular del servicio (la Entidad local). Como titular no deja de tener la responsabilidad de garantizar la mejor prestación del servicio público en las condiciones establecidas, ya sea mediante concesión, mediante contrato de

---

<sup>228</sup> También se ha resaltado que se podían encuadrar en otra tipología de contratos administrativos (contratos administrativos especiales o contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado), incluso en otra figura jurídica distinta a los contratos públicos, pero nunca de una concesión de servicios, por ejemplo, en la Resolución nº 141/2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 13 de febrero.



servicios, o a través de ente instrumental ( desde el punto de vista jurídico no hay variaciones, en la medida que la prestación no pierde su condición de servicio público).

El legislador, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y la nuestra, ha incorporado a la nueva norma básica contractual, de forma general, los componentes conformadores del riesgo, ahora denominado “riesgo operacional”. Tales componentes han sido resumidos por distintas Resoluciones de nuestros Tribunales Administrativos de Contratación Pública. En particular, si nos referimos al alcance del riesgo de la explotación<sup>229</sup>. Este riesgo puede ser total o bien representar una parte significativa en la explotación del servicio. En las resoluciones mencionadas se recuerda la noción básica de riesgo, pero sobre todo algunas de sus manifestaciones, por ejemplo,

*“por riesgo de explotación económica debe entenderse “el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”, esto es, “el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”.*

Dicho de otro modo, decir riesgo es tanto como referirse a incertidumbre; fundamentalmente, la de recuperar la inversión realizada y obtener beneficios con la explotación del servicio, después de todo se trata de una actividad económica. Y, esa incertidumbre no se produce cuando,

*“la retribución del adjudicatario está constituida no sólo por las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento sino también por las subvenciones que, en su caso, fuesen necesarias para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, lo que significa que, aunque se diga literalmente que el contrato se regirá por el principio de riesgo y ventura, lo cierto es que se garantiza al adjudicatario el mantenimiento del equilibrio económico. Ello significa que no*

---

<sup>229</sup> Las resoluciones se apoyan, entre otras, en las Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), 18 de julio de 2007 (asunto C-382/2005), 10 de septiembre de 2009 (asunto C-206/08). Entre otras Resoluciones del Tribunal Administrativo Central se encuentran la 80/2013, de 20 de febrero; o la 91/2013, de 5 de marzo.

*hay realmente transferencia de riesgo, por lo que el contrato debe ser calificado como de servicios”.*

Así, la cuestión fundamental radica en determinar si el riesgo existe. Y, a partir de dicha premisa de partida se podrá contratar mediante una u otra fórmula.

Las aclaraciones realizadas sobre el concepto de riesgo de explotación o riesgo operacional y su incorporación a la Ley 9/2017 se han de valorar y diferenciar de lo denominado “principio de riesgo y ventura”. Estas diferencias fueron muy bien expresadas, entre otras, por la Resolución 32/2014, de 17 de febrero, dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, al decir:

*“el concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista **que excede** del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado, por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación”.*

Así, son dos los componentes principales que definen el riesgo operacional: el riesgo de demanda y el riesgo de oferta o suministro.

La Ley 9/2017, en la misma línea de las Directivas, no es muy explícita sobre ambas vertientes del riesgo operacional, pero sí establece los elementos principales. El apartado cuarto del artículo 14, en relación con las concesiones de obra, dice:

*El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. Se considerará que el concesionario asume un riesgo*

*operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.*

Y, el apartado segundo del artículo 15 para las concesiones de servicios remite a esa previsión,

*“El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.*

Por expresarlo brevemente, la característica principal de una concesión de servicios consiste en el derecho adquirido por el contratista de explotar el servicio contratado (ya sea servicio público o no); e implica *siempre* la transferencia al concesionario del riesgo de explotación del servicio (y alcanza al riesgo de demanda, al riesgo de oferta o suministro o ambos) y éste tiene carácter económico<sup>230</sup>. El riesgo operacional supone la posibilidad de no recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes generados para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Conforme a las previsiones normativas debe entenderse por riesgo de demanda el que depende de la demanda real que hagan los usuarios de las obras o servicios objeto del contrato. Esto es, alude al riesgo derivado de que un mayor o un menor número de usuarios utilicen la infraestructura o reciban el servicio explotado. Dentro del riesgo de demanda, a su vez, pueden distinguirse diversos aspectos. Por ejemplo, el riesgo de crecimiento económico, íntimamente ligado a las previsiones sobre la evolución de la economía, y el riesgo de competencia, y se refleja especialmente en la posibilidad de que existan otras infraestructuras o servicios “equivalentes” y pueden afectar a la demanda de la obra o servicio objeto de un contrato de concesión. Nos encontramos con una particularidad del riesgo que variará considerablemente si se pretende contratar mediante concesión la prestación de servicios o servicios públicos. Y deriva especialmente complicada su concreción en aquellos servicios públicos prestados en régimen de monopolio. En términos parecidos y similares circunstancias son las expresadas respecto de la otra vertiente del riesgo, si se pretende contratar la gestión de servicios mediante concesión. Este tipo de riesgo se correspondería con el relativo a la puesta a disposición de los usuarios de un nivel de servicios públicos ajustados a la demanda que de ellos existe. Se materializaría el riesgo si el concesionario no presta servicios que se ajusten a la demanda existente en cada momento de la obra o servicio que explota.

<sup>231</sup> También se ha de recordar que se trata de riesgos especialmente relevantes y, por ello mismo, las concesiones suelen caracterizarse por su mayor duración respecto de otras tipologías contractuales. Principalmente porque suele existir la necesidad de acometer por sus adjudicatarios importantes

Las circunstancias descritas y conformadoras del riesgo operacional no se producen, a decir de la resolución referenciada, si

*“el poder adjudicador alivia al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato”.*

En consecuencia, si las “*garantías dadas por la reglamentación específica del sector o servicio elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del contratista en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, en este caso no debería considerarse en ningún caso concesión a efectos de la nueva Directiva*”.

Como ya se ha avanzado, se trata de un concepto económico del riesgo y es el criterio que se impone a la propia naturaleza de la prestación contratada (ya se trate de un servicio público local o de un servicio a las Entidades locales). De hecho, la concesión es incompatible con aquella circunstancia en la cual el adjudicatario de la prestación del servicio o servicio público lo sea a cambio de un precio fijo. Si así se actúa (se garantizan los ingresos del contratista) entonces se elimina el riesgo o incertidumbre en los resultados económicos de la empresa contratista, al estar garantizados por la entidad contratante<sup>232</sup>.

La expresa obligación incorporada a la nueva norma es: si existe el riesgo operacional en la gestión del servicio o servicio público debe determinarse, en el sentido dado por la jurisprudencia e incorporado tanto a las Directivas como a la Ley 9/2017, y debe

---

inversiones y, como la norma contempla, es una de las razones por las que se pueden ampliar los plazos de duración de los contratos. Se trata de dar el suficiente margen de explotación que permita recuperar o amortizar la inversión y obtener un beneficio.

<sup>232</sup> Entre las cuestiones controvertidas se encuentran, por ejemplo, el riesgo en la demanda. En relación con este componente del riesgo, el TSJ de Castilla y León tiene establecido como criterio general ser contrario a estimar la existencia de un desequilibrio económico de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento en los supuestos en que no se han cumplido las previsiones de facturación de la oferta de la adjudicataria al haberse basado en cálculos y expectativas del licitador y no en los datos de la memoria económico financiera elaborada por el Ayuntamiento. Así se expresa la STSJ de Castilla y León 1415/2015, de 9 de marzo en la que se cita la Sentencia de 13 de octubre de 2010. En la Ley 9/2017 se aclara que no se produce desequilibrio económico, independientemente de quien haya realizado el informe en que se estima.

trasladarse al concesionario<sup>233</sup>. En otro caso, para gestionar el servicio público de forma indirecta se celebrará un contrato de servicios, en los términos del nuevo artículo 312.

Ahora bien, ha de diferenciarse netamente el riesgo inherente en todo contrato y con incidencia en la economía del contrato de las posibles consecuencias económicas cuyo origen se encuentre en una mala gestión empresarial o en errores de apreciación del operador económico<sup>234</sup>. En estos casos, la responsabilidad no puede trasladarse a la Entidad contratante.

Así, la condición para contratar la gestión del servicio público mediante concesión se encuentra en la acreditación suficiente de la incertidumbre en la explotación del servicio público y ha de ser asumida por el contratista (e en esa incertidumbre se incluyen eventualidades como las señaladas). Dicho de otro modo, el poder adjudicador no debe ofrecer garantía a los licitadores de sufragar las consecuencias propias del riesgo inherente en este tipo de contratos.

En el ámbito de los servicios públicos se debe tener en cuenta la limitación del riesgo en origen (independientemente de su denominación). Fundamentalmente porque algunos servicios públicos locales se siguen prestando en régimen de monopolio y las incertidumbres (especialmente relacionadas con el mercado) se ven limitadas por esa circunstancia.

De hecho, como señala la exposición de motivos de la ley de contratos, puede ocurrir que *“el riesgo operacional lo asuma la Administración”*, en cuyo caso *“estaremos ante un contrato de servicios”*.

A nuestro modo de ver, en la gestión indirecta de los servicios públicos locales también adquiere protagonismo propio la vertiente económica y se pone el acento en la forma de gestión, al igual que hace la norma básica local. Como hemos señalado el expediente definido por la norma básica local para elegir la forma de gestión: la más eficiente y sostenible facilita la labor de contratación, al haber establecido con carácter previo una parte de los elementos reglados exigidos. De hecho, la necesidad del contrato para gestionar el servicio público será precisamente la mayor eficiencia y sostenibilidad de

---

<sup>233</sup> Una obra reciente y completa sobre el nuevo sentido del riesgo se encuentra en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva...*, op. cit., págs. 260 y ss.

<sup>234</sup> En este sentido se pronunció la Sentencia TJUE, sala Tercera, 10 de marzo de 2011, asunto C -274/09. De otro lado, el tipo de riesgos al que se refiere el legislador comunitario se encuentran, entre otras, en la STJU de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst.

esta forma de gestión. A continuación nos acercamos a su relación con el riesgo operacional

### **3.2. El valor de la eficiencia y sostenibilidad para determinar el riesgo operacional.**

Delimitadas algunas de las cuestiones principales y problemática planteada en relación con la contratación de la gestión de los servicios públicos mediante concesión o contratos de servicios, conviene detenerse en el principal elemento para delimitar si se transfiere o no el riesgo al contratista: la forma de retribución al contratista. En relación con este elemento acudiremos a las Resoluciones de nuestros Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, principalmente porque nos permitirá vislumbrar los usos habituales al respecto.

La primera es la Resolución 346/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (contrato para la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara); en ella se resume lo expresado en distintas resoluciones anteriores y es clarificadora sobre esta cuestión, en particular cuando alude a que,

*“el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional, se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial, con el contrato de servicios, que la forma de establecer la contrapartida para el contratista”<sup>235</sup>.*

En ella también se hace referencia a la definición de la modalidad contractual concesional en el ámbito europeo y concluye que es

*“un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.*

---

<sup>235</sup> En esta línea de actuación también se encuentran las Resoluciones del mismo Tribunal número 80/2013, de 20 de febrero; la 172/2011, de 29 de junio; o la 116/2011, de 27 de abril.

En relación con el origen de la retribución del contratista, la nueva ley de contratos y de acuerdo con la consolidada jurisprudencia, determina la independencia en relación con el origen de dicha retribución. Es decir, puede satisfacerse directamente por los destinatarios de la prestación, por la entidad contratante o una combinación de ambas<sup>236</sup>. Tampoco es relevante si el servicio va destinado de forma directa a su utilización por los particulares. En ambos casos se trata de elementos complementarios y no influyen en la calificación del contrato.

Como hemos mencionado, el principal problema planteado se encuentra en la calificación de muchos contratos como de concesión (para gestionar servicios públicos) por nuestras Entidades locales, a pesar de no trasladarse ningún tipo de riesgo al contratista; como se ha puesto de manifiesto reiteradamente por nuestros órganos consultivos y Tribunales administrativos.

La nota común de sus pronunciamientos aparece cuando se hace referencia a la vertiente económica del contrato concesional y han insistido en el mantenimiento de ciertas prácticas tradicionales e incompatibles con la propia definición de riesgo<sup>237</sup>. Entre ellas, y sólo por citar alguna de las Resoluciones dictadas con posterioridad a la fecha de aprobación de las Directivas comunitarias, se encuentra la Resolución 703/2015, de 24

---

<sup>236</sup> La polémica sobre la naturaleza de la contraprestación por los servicios públicos entre tasa y tarifa parece haber quedado resuelta por la Ley 9/2017. Ahora, en las concesiones (de obra, artículo 267.1; de servicios, artículo 289.2) se estipula que la contraprestación que el concesionario perciba de los usuarios por el uso de la obra o servicio “se denominará tarifa y tendrá la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario”. Pero, aún se concreta más este tipo de contraprestaciones y generaliza para todo ente prestador. Así, la Disposición Adicional cuarenta y tercera establece de forma clara y taxativa: “Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución. En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado”. Por tanto, es indiferente que la explotación del servicio público lo lleve a cabo un ente instrumental (gestión directa o indirecta); la exclusión del ámbito tributario de la contraprestación alcanza también a esta fórmula. Vid. TORNOS MÁ, J., “La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del sector público”, *La Administración al Día*, 21 de diciembre, 2017.

<sup>237</sup> El plazo máximo para llevar a cabo la transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública finalizó el 18 de abril de 2016. Conforme se aproximaba esta fecha se hacía evidente que se iba a producir un retraso en la transposición de estas Directivas. Ante esta realidad, tanto los Tribunales Administrativos de Contratación pública como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, aprobaron sendos documentos mediante los cuales se realizaban distintas recomendaciones para la aplicación directa de buena parte de las previsiones contenidas en las Directivas de contratación pública. El primero de ellos fue aprobado el 1 de marzo de 2016 (el realizado por los Tribunales Administrativos) y el segundo (el realizado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado) el 15 de abril de 2016.

de julio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (contrato de gestión de servicio público de limpieza urbana, recogida y transportes residuos sólidos y gestión de punto limpio) al expresar con nitidez

*“de acuerdo con lo dispuesto en los documentos contractuales, la retribución del concesionario se compone de: a) Precio fijo del contrato, que comprende los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos (salvo la parte cubierta por el componente de recogida selectiva); b) Ingresos por gestión de recogida selectiva: percibe todos los ingresos por entrega a gestor de envases ligeros, papel y cartón y cualquier otra fracción selectiva que gestione; c) Prima de eficiencia en la recogida selectiva: bonificación/penalización vinculada a la evolución de la ratio de generación de residuos no separados en origen”<sup>238</sup>,*

Ante esa estructura retributiva, el Tribunal niega la asunción del riesgo por el contratista, porque la parte fija del precio del contrato representa más de un noventa por ciento del total de sus retribuciones. Dicho de otro modo, la retribución del concesionario no se ve alterada por la explotación del servicio ni está sometido a la incertidumbre del mercado o a cualquier otra, al contar con certeza en los ingresos a percibir de forma mensual. Así,

*“el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”<sup>239</sup>.*

Dejando de lado por un momento el renovado concepto de riesgo y acudiendo al principio general de los contratos administrativos: su ejecución a riesgo y ventura del

---

<sup>238</sup> Otra de las cuestiones a dilucidar es la consideración conjunta de distintos servicios públicos a la hora de plantearse la forma de gestión. En particular, si tenemos en cuenta el riesgo de la explotación. En el caso referenciado no tiene la misma consideración un servicio como el de la limpieza viaria que el de la recogida de residuos. Aunque, como otros supuestos, forme parte de nuestra tradición su contratación conjunta. Ambos servicios presentan una diferencia a resaltar, mientras la recogida de residuos es habitual establecer una tasa; en la limpieza viaria no es posible tal planteamiento.

<sup>239</sup> Resolución 634/2014 sobre un contrato para la prestación del servicio público de atención a domicilio del Ayuntamiento de Santander, del mismo Tribunal.



contratista, como manifestación del principio *pacta sunt servanda*, informador de la normativa sobre contratación, hemos de mencionar las excepciones reconocidas a dicho principio (en las que no influyen ni la oferta ni la demanda de los servicios contratados). Es decir, tales excepciones aluden a situaciones como las derivadas ante la concurrencia de fuerza mayor o las modificaciones introducidas en el contrato imputables a la actuación administrativa, de forma directa o indirecta (como ocurre en el *ius variandi* o el *factum principis*). Las posibilidades de modificación de los contratos también han sido abordadas por las Directivas e incorporadas a la Ley 9/2013 (a ellas nos dedicamos en el capítulo final).

Baste por ahora mencionar que para los posibles contratistas lo relevante es asumir las consecuencias de concurrir a un procedimiento licitador de contratos públicos. Si las empresas deciden participar en un procedimiento para la adjudicación de un contrato lo hacen bajo su responsabilidad y deben responder de los posibles errores de cálculo en la oferta presentada, en su caso. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y, entre otras cuestiones, se refiere a que si las empresas consideran alguna de las condiciones establecidas en la licitación como no viable entonces parece razonable renunciar a su participación en el procedimiento<sup>240</sup>. No obstante, ha sido en cierto modo habitual presentarse con tarifas a la baja para obtener la adjudicación del contrato, pues pensaban (con cierto fundamento) que si luego la retribución no era suficiente para cubrir costes del contrato entonces la Administración acudiría en su ayuda indemnizando las pérdidas y, en consecuencia, garantizando los beneficios esperados y no obtenidos.

En este sentido, hay cierta unanimidad en la jurisprudencia respecto del equilibrio financiero de la relación contractual por circunstancias imprevisibles. Tal equilibrio se fundamenta en los principios de igualdad y proporcionalidad existente entre las ventajas

---

<sup>240</sup> Así se ha reflejado en sentencias como STSJ Cataluña 1 2662/2016, de 23 de diciembre. La cual recuerda y clarifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el riesgo y ventura del contratista y aunque se refiera a la contratación de obras es perfectamente aplicable a la gestión de los servicios públicos. "El principio de que las obras han de realizarse a riesgo y ventura del contratista (...) ha sido interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (e incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obras. Esta interpretación es consecuente con el significado que una y otra locución "riesgo" y "ventura" ofrecen tanto en el lenguaje jurídico como gramatical, de tal modo que "riesgo" equivale a contingencia o proximidad de un daño, y "ventura" es palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien. De lo que se infiere que el contratista, al contratar con el Estado, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en la ejecución de la obra, ya que la obligación del contratista es una obligación de resultados, como contrapuesta a la obligación de actividad".

y cargas del contrato. Cuando se aplican los supuestos de la doctrina de la imprevisión no conlleva la exclusión del principio de "riesgo y ventura". Por el contrario, el equilibrio financiero derivado de tales circunstancias es y ha sido una fórmula excepcional. Por tanto, no puede considerarse ni aplicarse de forma indiscriminada, como una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito dirigido a cubrir todos los riesgos inherentes de los contratos.

Como hemos indicado, en el ámbito de la gestión de los servicios públicos locales, la determinación del riesgo operacional, ha de ponerse en relación con la obligación impuesta por la Ley 27/2013 de elaborar un expediente administrativo previo a la contratación, en el cual se acredite la mayor eficiencia y sostenibilidad de esta forma de gestión. Con la aprobación de la Ley 9/2017 se refuerza su importancia, porque ese expediente también contribuye a determinar el riesgo operacional, en su caso, del servicio público a gestionar. En consecuencia, facilita la opción contractual a la que se puede acudir.

A la relación existente entre las exigencias de ambas normas (la Ley 27/2013 y la Ley 9/2017) ya nos hemos referido. En relación con el riesgo operacional se consolida la coincidencia advertida. En particular, mediante la reiteración de ciertas variables desarrolladas en el epígrafe anterior. Así, en el caso de existir riesgo operacional, el artículo 247.1.j de la Ley 9/2017, detalla aquellos parámetros a tener en cuenta para su determinación. Según este apartado, la Administración debe estimar, al menos, *“el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento”*.

No parece necesario insistir en la coincidencia de las variables incluidas en este apartado con lo desarrollado en el epígrafe anterior, salvo para resaltar su relación o coincidencia y ya valorados en el expediente elaborado por la Entidad local para optar por una u otra forma de gestión de los servicios públicos locales. Así, nuevamente, se pone de manifiesto la trascendencia del expediente a elaborar por las Entidades locales para elegir la forma gestión de los servicios públicos locales más eficiente y sostenible.

No obstante, sí se ha de señalar lo evidente: en el expediente exigido por la norma básica local se habrán determinado cada una de las variables señaladas para cuantificar el riesgo operacional. El valor actual neto de todas las inversiones y la tasa de descuento

aplicada será la estimada al abordar los criterios de valoración “recuperación de las inversiones” y “rentabilidad económica”. Aunque, es de particular interés la relación entre los denominados “costes del concesionario” y los costes de la prestación del servicio del servicio” estimados con carácter previo a la licitación; su diferencia estriba básicamente en el beneficio económico del contratista estimado.

En definitiva, sólo si los ingresos del concesionario se establecen en función de los resultados de la explotación del servicio público podrá optarse por la modalidad de concesión. Si esa posibilidad no se produce por las propias características del servicio público se optará por la contratación mediante el renovado contrato de servicios.

En la línea de fendida en este trabajo se ha hacer mención a los preceptivos informes sobre el apoyo y asesoramiento técnico ya abordados; pues, será en ellos en los que se expresen los fundamentos de los elementos conformadores del riesgo operacional (el riesgo de la demanda y el riesgo de la oferta). De esta forma, si el expediente elaborado para determinar la mayor eficiencia y sostenibilidad de una u otra forma de gestión se realiza atendiendo a las distintas exigencias normativas y relacionadas con su principal finalidad: servir de la mejor forma posible a los fines del servicio público, entonces la gestión del servicio público colaborará a esos fines. Y, naturalmente se darán respuesta a las prescripciones constitucionales cuando se trata de gestionar recursos públicos.

Si atendemos al contenido del expediente que venimos desarrollando entonces podemos decir que hay ciertas actuaciones y argumentaciones utilizadas por las Entidades locales para acudir a la gestión indirecta que, en nuestros días, no serían aceptables. Por ejemplo, cuando se ha planteado esta forma de gestión de los servicios públicos locales como una alternativa para la obtención de recursos financieros. Las necesidades financieras de las Administraciones públicas se atienden mediante distintos instrumentos dados por las normas; pero, entre ellos no se encuentra la forma de gestión de los servicios públicos. En esta actuación prevalece la rigurosidad y racionalidad, en términos de eficiencia y sostenibilidad, como esa forma de atender los intereses generales incluida en nuestra Carta magna.

Un ejemplo reciente de lo señalado lo encontramos en el supuesto analizado por la Sentencia 766/2016, de 5 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia Balear. La cual destaca cómo “*la finalidad principal que motivó iniciar los trámites hacia una gestión indirecta del servicio, era la de obtención de un beneficio económico para la Hacienda*

*Municipal, en un contexto económico de graves dificultades para las haciendas públicas, lo que se podía paliar mediante contratos de arrendamiento y concesión como el que nos ocupa (...). De la lectura del acuerdo de 26 de abril de 2013 e informes que lo justifican, se desprende que el motivo principal por el que se propuso pasar al sistema de gestión indirecta por medio de concesión era el de reducir la carga financiera del mantenimiento del servicio y, además, obtener un sustancial beneficio económico (canon fijo inicial no inferior a 2 millones de euros). Es decir, porque se carecía de fondos para el correcto mantenimiento del servicio de aguas y se entendía conveniente la obtención de otros adicionales para otras inversiones ajenas a dicho servicio (como los gastos de reforma del Teatro Principal)”. Es cierto que también se justificaba en que con ello se garantizaba una mejora del mantenimiento del servicio, es decir, en razones técnicas de mayor eficiencia en la prestación. Pero estas ventajas y mejoras técnicas en el mantenimiento y conservación de la red de abastecimiento y evacuación de aguas se ligaba a las inversiones periódicas que el concesionario debía asumir (1,5 millones de euros en los primeros cuatro años) en comparación a la carencia de fondos municipales para su correcta atención”. En pocas palabras, a decir de la sentencia “ la justificación era puramente de índole financiero”.*

Cuando se argumenta en el sentido de la obtención de un beneficio económico por la Entidad local del concesionario o cuando se dice que éste debe realizar una inversión periódica en el mantenimiento del servicio, desde luego va a ser a cambio de alguna contraprestación. Esa contraprestación, en este caso, se señala por la Entidad local como inconveniente de esta forma de gestión, pero se argumenta y justifica que los recursos financieros obtenidos “*compensaban los inconvenientes del cambio de gestión, como en concreto, la pérdida del poder de disposición sobre los pozos de suministro de agua de titularidad municipal y la capacidad de modular los ingresos por el servicio al coste del mismo*”. Pues, como resalta de forma reiterada la sentencia, “ *todo se supeditaba a la necesidad inmediata y perentoria de obtener ingresos extraordinarios*”.

Como venimos defendiendo, el nuevo marco normativo dirige su atención a la forma de gestión, especialmente para que este instrumento se ponga al servicio de los intereses generales y retendidos con el servicio público a gestionar. Ese mejor servicio nos conduce hacia la mayor eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión. Y, difícilmente puede ser una forma de gestión sostenible y eficiente cuando se usa para

fines distintos, como la obtención de recursos financieros y además destinarlos a finalidades que poco tienen que ver con el servicio público a gestionar.

Para la obtención de recursos financieros, nuestro Ordenamiento, posibilita abundantes vías. El problema radica, como hemos argumentado, en considerar la forma de gestión como un elemento accesorio y así se podía utilizar para otras finalidades. Sin embargo, finalmente, las normas administrativas imponen que los servicios públicos deban gestionarse de la forma más eficiente y sostenible y añaden específicos elementos reglados para atender esta obligación. Por tanto, la atención de la Entidad local se debe centrar en los aspectos propios del servicio público y dotarlo de la forma de gestión más eficiente y sostenible. Con otros argumentos, como los mencionados, es probable que su gestión no sea eficiente ni sostenible.

Hemos abordado el importante cambio introducido en el ámbito de la gestión de los servicios públicos y, en particular en el ámbito local conviene plantearse el sentido dado a la tradicional discrecionalidad administrativa. Así, nos planteamos la dirección a la que nos dirige la regulación actual; pues de la tradicional discrecionalidad hemos pasado a un estado de la cuestión distinto. En consecuencia, debemos analizar si participa en mayor o menor medida de la doctrina sobre la discrecionalidad técnica, de la de los conceptos jurídicos indeterminados o, como hemos anticipado, la reducción de la distancia que las separa y la particular actuación que nos planteamos estaríamos ante una particularidad de las actuaciones técnicas, en el sentido de la optimización de los recursos públicos. Pues, como hemos dicho, nos encontramos con una actuación instrumental y con su resolución se ven implicados distintos aspectos, especialmente los relacionados con los fines del servicio público.

## **CAPÍTULO V.**

# **EL REPLANTEAMIENTO DE LA NATURALEZA DE LA ELECCIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS POR LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD: DE LA DISCRECIONALIDAD A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y AL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.**



**CAPÍTULO V. EL REPLANTEAMIENTO DE LA NATURALEZA DE LA ELECCIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS POR LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD: DE LA DISCRECIONALIDAD A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y AL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.**

**1. La discrecionalidad administrativa en actuaciones técnicas. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad técnica.**

1.1. De la discrecionalidad a los conceptos jurídicos indeterminados.

1.2. La doctrina sobre la discrecionalidad técnica. Evolución jurisprudencial.

**2. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, criterios jurisprudenciales.**

**3. La motivación como requisito para el control judicial de las actividades administrativas.**

3.1. Particularidades de la motivación en las actividades administrativas de carácter técnico.

3.2. La motivación conforme al criterio económico y su control judicial.





## **1. La discrecionalidad administrativa en actuaciones técnicas. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad técnica.**

Como decimos, las Entidades locales deben replantearse la forma de elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales; pues, de la tradicional discrecionalidad con que era conferida esta potestad se ha pasado a una regulación que impone, a las distintas opciones dadas, el justificar esta elección en una dirección concreta, la marcada por el principio de sostenibilidad económica. No podemos seguir obviando que también es la marcada por nuestra Carta magna, la impulsada por la Unión europea y la pedida por los ciudadanos.

Así, en el ámbito específico de la actuación administrativa objeto de nuestro trabajo de investigación, cabe plantearse la reconsideración dada por las normas básicas en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales desde el punto de vista de la discrecionalidad. Especialmente porque la discrecionalidad administrativa significa conferir a la Administración un margen de decisión en función del supuesto concreto planteado, pero, toda actividad administrativa está plenamente sometida al Ordenamiento jurídico y sus actos pueden ser controlados judicialmente. Pues bien, cuando se hace referencia a la discrecionalidad administrativa y, sobre todo al control judicial ejercido, nos encontramos dos desarrollos jurisprudenciales de nuestro interés, en relación con distintas actuaciones discrecionales de la Administración (la doctrina sobre la discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados).

La perspectiva económica incorporada en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales, como hemos desarrollado, ha variado la tradicional discrecionalidad que la caracterizaba. En consecuencia, debemos planteamos si esta elección ha pasado a formar parte del ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados o en el de la discrecionalidad técnica. En este planteamiento debemos anticipar algunos cambios que se han producido desde el punto de vista jurisprudencia l. En particular, el referido a que progresivamente se han diluido o matizado algunas diferencias mantenidas entre ambas doctrinas durante cierto tiempo, en cuanto a su concepción. En base a ello, vamos a dirigir nuestra atención a ambas, especialmente porque la actual doctrina jurisprudencial conlleva una variación considerable y concretada en la

reducción (cuando no eliminación) de la distancia que las ha separado durante años. El acercamiento mencionado trae origen en la jurisprudencia, hoy consolidada, sobre la discrecionalidad técnica. Las variaciones mencionadas en la doctrina jurisprudencial nos llevarán a valorar buena parte de los cambios normativos desarrollados, a la hora de elegir la forma de gestión de los servicios públicos, a luz de la jurisprudencia desarrollada.

Las actuaciones administrativas en las que se ha de emitir un juicio técnico son cada vez más numerosas. Las nuevas realidades económicas, sociales, medioambientales, financieras, etc., así lo imponen. A esta nueva realidad no ha sido inmune la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales.

Las consecuencias de la tradicional laxitud normativa en este ámbito de actuación administrativa son perfectamente constatables desde distintas perspectivas (a alguna de ellas hemos hecho referencia). De ahí nuestra intención en incidir y realzar la importancia de la elección de las formas de gestión para alcanzar la finalidad pretendida con el servicio público, en su más amplio sentido.

Nos encontramos ante uno de esos ámbitos en los que resulta plenamente aplicable el control judicial sobre los juicios técnicos emitidos por los órganos administrativos. Este planteamiento deviene de la incorporación a las normas administrativas de específicos informes que han de realizar los órganos técnicos de la Administración y aplicar criterios de valoración para resolver cómo se va gestionar el servicio público concreto. Aunque algunos de los principios incorporados a las normas reguladoras estén integrados por un conjunto de conceptos que, si bien técnicos, son perfectamente asequibles desde la perspectiva del control jurisdiccional de su legalidad, y

*“se extiende a la posibilidad de controlar: 1) la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración (como son los relativos a la competencia del órgano, al procedimiento seguido, a los hechos determinantes, a la adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho); 2) control extensivo al principio de igualdad; y 3) a la necesidad de motivación”<sup>241</sup>.*

En consecuencia, nos encontramos ante una actuación administrativa con indudable contenido técnico, económico, financiero, etc., y nos conduce a tomar en consideración

---

<sup>241</sup> STS 222/2016, de 2 de febrero, FJ 7º.

la doctrina jurisprudencial elaborada sobre el control de la discrecionalidad técnica. En la discrecionalidad presente para llevar a cabo la elección objeto de nuestro interés se ha de tener en cuenta el hecho de que ni para el Derecho ni para los ciudadanos es indiferente una gestión de los servicios públicos insostenible económicamente.

En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos se exige a los órganos administrativos el mostrar y expresar los motivos justificadores de optar por una y otra forma de gestión, en particular lo relativo a su mejor servicio a los intereses generales pretendidos con la específica actuación, desde la perspectiva económica. Nuestro interés y el del legislador se dirige a esa destacada obligación de la Administración: justificar la elección de la forma de gestión y a través de ella poder contrastar si se adecua, también, a los fundamentos del principio de sostenibilidad económica. En todo caso no serán admisibles, como hemos razonado, apelaciones generales sin justificación específica.

Las Administraciones públicas deben desarrollar su entera actividad dentro de los márgenes de actuación definidos normativamente, los cuales están cada vez más delimitados, y ello les obliga a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar cada una de ellas de forma objetiva, las ventajas e inconvenientes; también la sostenibilidad económica de cada una las opciones posibles, a repensar y medir las posibles consecuencias. El fin es claro y directo: servir de la mejor forma posible a los intereses generales, no es otro que el dado por nuestra Carta magna. La finalidad última de las normas administrativas es prevenir la arbitrariedad y otros riesgos frecuentes en la realidad cotidiana de nuestras Administraciones públicas. En los tiempos actuales, también girar y alzar la vista hacia el futuro, hacia la sostenibilidad ambiental, económica, financiera, etc., después de todo, sus actuaciones condicionan en cierta forma la salud del Estado social y de Derecho definido constitucionalmente<sup>242</sup>.

En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales, el cambio llevado a cabo consiste, esencialmente, en incorporar expresamente a las normas

---

<sup>242</sup> El desarrollo jurisprudencial llevado a cabo, con particular importancia en esa vertiente técnica de buena parte de las actuaciones administrativas, hace que los Tribunales cada vez encuentren menos impedimentos para revisar las decisiones administrativas, requiriendo lógicamente para ello de los elementos de juicio necesarios. De un lado, suministrando al juzgador el expediente administrativo en el cual consten todas las actuaciones llevadas a cabo y los medios utilizados para formar el juicio técnico exigido. De otro, el Tribunal puede recurrir al auxilio de peritos o expertos que emitan informes o dictámenes para ilustrarse sobre lo realizado por Administración, y como medio de prueba del proceso valorarlos con arreglo a la sana crítica. Vid. SANCHEZ DÍEZ, J. J., “La discrecionalidad técnica y la Comisión de reclamaciones de las Universidades. A propósito de la STC 215/1991, de 14 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 79, 1993, pág. 12.

administrativas referencias específicas para evitar ciertas actuaciones de la Administración relativamente alejadas de los principios a los que también deben adecuar sus acciones. En el tema central de esta tesis destaca la incorporación de esos principios económicos tradicionalmente ausentes de las normas reguladoras de esta potestad.

El resultado no es otro que variar el amplio margen de apreciación que las Administraciones encontraban en la regulación; bien sea detallando más exactamente el contenido de los expedientes administrativos a elaborar (mediante la confección de informes concretos), o bien imponiendo específicos principios y criterios de valoración a tener en cuenta cuando se aborda la decisión administrativa exigida por la norma.

Como decimos, veamos las dos vertientes de la discrecionalidad de especial interés para el tema de nuestro trabajo de investigación.

Los conceptos jurídicos indeterminados son una técnica distinta pero en su concepción se encuentra en la órbita de la discrecionalidad administrativa<sup>243</sup>. El elemento diferenciador se ha situado en el ámbito de realidad al que se refieren las leyes en una y otra, en particular que lo sea de una forma más precisa e inequívoca. En los conceptos jurídicos indeterminados, aunque se trate de supuestos con cierta imprecisión inicial, se caracterizan y diferencian fundamentalmente de la discrecionalidad en que no admiten más que una solución, frente a la pluralidad de opciones dadas en la discrecionalidad. Por tanto, se dará o no el supuesto previsto por la norma reguladora.

Dicho de otro modo, la previsión de conceptos jurídicos indeterminados no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles que en cada caso se considere conveniente u oportuna, sino que la

---

<sup>243</sup> Entre las obras de referencia sobre la discrecionalidad en general y esta delimitación en particular se encuentran: SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976. DELGADO BARRIO, J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992. PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad...*, op. cit págs. 50 y ss. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1995. BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995. ATIENZA, RODRÍGUEZ, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85, 1995. BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1998. CIRIANO VELA, C. D., *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una sola solución correcta. Además, la decisión adoptada en este caso puede ser controlada judicialmente, sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa, la querida por la norma habilitante y de acuerdo con los principios y valores constitucionales que guían y dirigen las actuaciones de los Poderes públicos.

El típico ejemplo de los conceptos jurídicos indeterminados es el justiprecio, en la legislación sobre expropiación forzosa. El objetivo explícito y reiterado de estas normas es el pago de una indemnización por los bienes objeto de expropiación mediante la asignación de un valor: su “justo precio”. Pero, es evidente la incapacidad de la ley para concretar los valores sobre todos los bienes que pueden ser susceptibles de expropiación. En consecuencia, lo que la ley hace es diferir esa valoración al criterio de la Administración y ésta ha de determinar ese concepto para cada bien expropiado. En este caso, se afirma que no hay discrecionalidad porque sólo uno de ellos es el justo precio. Precisamente, porque el fundamento de esta técnica es que solamente existe una solución justa. En ella no hay posibilidad de elegir por parte de la Administración; por el contrario lo que hay es una estricta aplicación del concepto previsto por las normas reguladoras del supuesto concreto<sup>244</sup>.

Sobre la diferenciación, entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, la jurisprudencia tiene dicho que, en estos últimos,

*“hay un solo interés público y la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida”*<sup>245</sup>.

Y, para ese margen de apreciación, suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta lo que se ha denominado como ostensible equivocación o irracionalidad en la decisión.

Por tanto, se trata de dos ámbitos (el de los conceptos jurídicos indeterminados y el de la discrecionalidad) con cierto margen de apreciación por parte de la Administración. Y,

---

<sup>244</sup> En relación con estos conceptos se ha dicho que su función es claramente positiva, es decir, permite a la Administración adaptarse a la realidad pero su resultado debe ajustarse con exactitud al espíritu y finalidad pretendida por la norma. SAINZ MORENO, F., *Conceptos,...*, op. cit. págs. 70 y ss.

<sup>245</sup> STS 9097/2000, de 12 de diciembre.

delimitar ambos ámbitos no ha sido, ni es, tarea fácil. De hecho, con el paso de los años la jurisprudencia ha reconocido algunos supuestos tildados tradicionalmente como discrecionales, pero en realidad se trataba más de supuestos encuadrables en el de conceptos jurídicos indeterminados. Un ejemplo de nuestro interés es el de la adjudicación en los concursos contractuales. Sobre este supuesto, se ha señalado

*“la jurisprudencia clásica, en efecto, ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas ( SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril de 1983, 9 de febrero de 1985, y 14 de abril de 1987), pero la más reciente doctrina de esta Sala se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión “proposición más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes ( STS 2 de abril y 11 de junio de 1991) ”<sup>246</sup>.*

La conexión con el concepto de “proposición más ventajosa”, tan tradicional en la contratación administrativa y, naturalmente, en la gestión indirecta de los servicios públicos locales, conlleva cierto interés por nuestra parte para la conceptualización de la proposición aludida. Por ello nos interesa lo expresando en la última de las sentencias mencionadas al final, la 15428/1991, de 11 de junio, en la cual se aclaraba,

*“La actuación de una potestad discrecional se legitima expresando y justificando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad. (...). Ciertamente el artículo 15 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales al regular la decisión de los concursos alude expresamente al carácter “discrecional” del juicio de la Corporación, (...). Pero ya en el propio artículo 15 citado esa expresión aparece corregida por la exigencia de que la adjudicación ha de hacerse a la proposición “más ventajosa” y es éste un concepto jurídico indeterminado que en cuanto tal admite una única solución justa, lo que excluye la figura de la discrecionalidad, caracterizada por la viabilidad de varias soluciones diferentes. (...). Y en el supuesto litigioso, (...), la proposición de mejor*

---

<sup>246</sup> STS 6053/2000, de 19 de julio.

*contenido económico se situaba con exclusión de las demás en la zona de certeza positiva del concepto jurídico indeterminado (proposición "más ventajosa"), y no en la zona de penumbra que hubiera podido provocar una dificultad bastante para justificar el margen de apreciación de la Administración".*

La última referencia nos lleva a la diferenciación realizada por nuestra jurisprudencia en la estructura del concepto jurídico indeterminado, esto es, un núcleo fijo o zona de certeza (en el cual se cuenta con datos previos y seguros); una zona intermedia o de incertidumbre denominada el halo del concepto (más o menos imperfecto o impreciso); y otra zona de certeza negativa. Así, a pesar del rígido planteamiento de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y, precisamente por ser numerosos los aspectos que pueden ser necesarios considerar para llegar a la solución justa, nos dirige a ese cierto margen de apreciación por parte de la Administración que tienen implícito; al fin y al cabo la concreción de esa única solución no siempre es fácil ni sencilla<sup>247</sup>.

El pleno control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados ha tenido como resultado abundantes pronunciamientos jurisprudenciales; la nota común es que esta técnica no permite más que la elección de una de opciones posibles, la que marca la norma.

El especial desarrollo de esta técnica, en el caso de las expropiaciones, nos permite apreciar en ese ámbito con mayor claridad sus fundamentos. En cada supuesto, el precio será justo o injusto; pero la norma no permite elegir entre distintos precios. Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1987 incide en lo ya dicho, pero nos aporta algún dato relevante para lo que después se dirá. En particular, cuando se refiere a la limitación de criterio y al carácter reglado,

*"a diferencia del acto puramente discrecional, en que la Administración tiene una libertad electiva entre las distintas alternativas que se le presentan pues*

---

<sup>247</sup> También el Tribunal Constitucional ha aludido a esas zonas. Por ejemplo, la Sentencia 227/1993, de 9 de julio, identificaba esos tres elementos: al decir que "junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre", en relación con el cual, sin hacer, por supuesto, aplicación de la presunción *iuris tantum* de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso, si resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la proposición "más ventajosa" o "más conveniente".



*todas ellas son igualmente justas y, por tanto, puede adoptar sin limitación de criterio, por el contrario el concepto jurídico indeterminado es un proceso reglado, en el que el Tribunal habrá de valorar, si tratándose de la interpretación de la norma que ha creado el concepto. La Administración ha adoptado no cualquiera, sino la única de las soluciones justas que la interpretación permite y que no depende de la voluntad del que interpreta, como ocurriría si de un acto discrecional se tratara*<sup>248</sup>.

Es decir, al no tratarse de discrecionalidad sino de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado entonces, el Tribunal puede adentrarse

*“en el corazón de la decisión administrativa para comprobar que responde a la voluntad del legislador, definida en la norma de forma difusa o imprecisa, pero que sólo admite una única solución justa en cada caso”.*

La problemática en torno al control de la discrecionalidad administrativa se ha enfrentado a diversos retos a lo largo de los tiempos. En nuestra opinión, uno de los destacables en nuestro Estado de Derecho ha sido el relativo a los importantes cambios acaecidos en las últimas décadas; en particular la cada vez más importante vertiente técnica (en su más amplio sentido, también la referida al ámbito económico) al presentarse en distintos ámbitos en los que la Administración tiene un papel relevante. Esta vertiente de la actividad administrativa hace referencia a la creciente influencia de las distintas acepciones a que nos referimos cuando se dice “vertiente técnica” de las decisiones administrativas.

Lo que se quiere resaltar es que dentro del margen de apreciación otorgado a la Administración se podrían adoptar lícitamente distintas soluciones completando la relativa indeterminación de la norma jurídica. Y, el grado de discrecionalidad será menor en la medida que la decisión esté condicionada o restringida por la propia indeterminación del precepto o la regulación llevada a cabo. Es decir, el margen de

---

<sup>248</sup> En la STC 227/1993 también afirma que en el caso enjuiciado constituye un concepto jurídico indeterminado, que no debe confundirse con los poderes discrecionales, respecto de los que señalan claramente sus diferencias, la principal: “a diferencia del acto puramente discrecional, en que la Administración tiene una libertad electiva entre las distintas alternativas que se le presentan, pues todas ellas son igualmente justas, y, por tanto, puede adoptar sin limitación de criterio subjetivo, por el contrario, el concepto jurídico indeterminado es un proceso reglado en el que el Tribunal habrá de valorar si, tratándose de la interpretación de la norma que ha creado el concepto, la Administración ha adoptado no cualquiera, sino la única de las resoluciones justas que la interpretación permite y que no depende de la voluntad del que interpreta, como ocurriría si de un acto discrecional se tratará”. En idénticos términos, la STS 6520/1991, de 21 noviembre.

decisión dejado explícitamente por ley o reconocido implícitamente a la Administración. De esta forma, cualquier opción que la Administración adopte en ese margen se considera válida, se ajusta a la legalidad, y su revisión por los Tribunales estará limitada porque no vulnera la legalidad en modo alguno.

Ya se ha aludido a las similitudes entre la denominada discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados. En uno y otro supuesto suele ocurrir que las valoraciones a realizar para aplicar el concepto jurídico indeterminado o la discrecionalidad técnica, en su resultado, entran de lleno en lo que se considera opinable con argumentos igualmente lógicos y razonables, que desbordan la pura interpretación jurídica para extenderse a juicios de tipo técnico. Y, como también se ha avanzado, nos encontramos con muchos supuestos en los que el Derecho se sirve de expresiones calificadas como difusas o indeterminadas, tales como urgencia, medidas adecuadas o proporcionadas, interés general, etc., que tradicionalmente se han considerado en la órbita de las potestades discrecionales pero que el carácter técnico de las valoraciones a realizar les confieren otra consideración<sup>249</sup>.

Para aplicar las normas que utilizan conceptos con cierta indeterminación es inevitable desarrollar una labor interpretativa sobre su significado en cada caso concreto, y esa labor está abierta a apreciaciones y juicios de valor que diluyen el carácter reglado de la potestad o reducen la discrecionalidad caracterizadora de una potestad concreta. En ambos casos se trata más bien de delimitar el ámbito propio y alcance del margen atribuido; el cual variará tanto por la estructura como por la densidad de la regulación, pero subyace la idea de que no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino sólo aquella que deriva de las valoraciones técnicas a realizar en todo caso<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Curso,...*, op. cit., págs. 451 y ss., una buena parte de los supuestos tradicionalmente tenidos por atribuciones de potestad discrecional por las Leyes no son sino el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados. Durante mucho tiempo, especialmente tras la formulación clásica del concepto de discrecionalidad por el austríaco Tezner, se identificó ésta con la utilización por la Ley de conceptos imprecisos, entendiéndose que en tales casos habría que interpretar que la precisión última de dichos conceptos correspondía discrecionalmente a la Administración. Hoy se ve que justamente en tales casos la discrecionalidad está excluida y que más que remitir la Ley a una decisión libre de la Administración, en cuyo ejercicio saldrían indiferentes jurídicos o contenidos igualmente justos, se trata, por el contrario, de delimitar una única solución justa cuya búsqueda reglada debe hacer la Administración cuando a ella corresponde su aplicación, y cuyo control último, por ser un control de legalidad, es accesible al juez.

<sup>250</sup> En este sentido MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., "Eficacia,....", op. cit., págs. 65-108.

Doctrinal y jurisprudencialmente se sostiene que, en muchas ocasiones, al aplicar los conceptos jurídicos indeterminados, la Administración carece de discrecionalidad porque la Ley no permite optar por distintas soluciones igualmente válidas, sino sólo una. Si bien, la respuesta a los problemas planteados cuando se abordan muchas decisiones administrativas no suele ser ni tan clara ni tan contundente.

En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos cobra protagonismo particular el principal elemento que diferencia las potestades discrecionales de las potestades regladas. Es decir, la pluralidad de soluciones dadas por la norma habilitante a la Administración, con mayor o menor concreción, para dar satisfacción al interés general pretendido en la específica actuación de que se trate, frente a las potestades regladas en las que la norma no deja margen de actuación a la Administración y sólo puede verificar la existencia del presupuesto de hecho y aplicar la consecuencia jurídica preestablecida. Entre la potestad reglada y discrecional o entre el blanco y el negro, hay una gran variedad de grises.

Así, nos encontramos con situaciones que presentan particularidades propias, especialmente en aquellas actuaciones en las cuales los elementos técnicos cobran protagonismo particular. En ese espacio de grises podemos situar la denominada como doctrina de la discrecionalidad técnica. Algunos la sitúan como un caso particular de las potestades discrecionales (gris oscuro), en la cual la Administración ha de resolver aplicando criterios técnicos y su control judicial estaría limitado a los estrictos elementos reglados<sup>251</sup>; y otros, la sitúan más cercana a una potestad reglada (gris claro), en la que la Administración ha de solventar el supuesto concreto conforme a criterios técnicos que no admiten más que una opción válida para el mejor servicio al interés general que, en todo caso, ha de servir y controlable judicialmente<sup>252</sup>.

En el alcance del control judicial aparece el elemento fundamental: la motivación técnica realizada por la Administración para justificar que ha tomado la mejor decisión.

---

<sup>251</sup> En este tono se situarían, entre otros SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad,...*, op. cit., págs. 60 y ss. MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de la jurisdicción*, Wolters Kluwer, Madrid, 1989. BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad,...*, op. cit. págs. 90 y ss.

<sup>252</sup> Con las matizaciones propias del controvertido tema se encontrarían en este tono, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1991. Del mismo autor “*De la arbitrariedad,...*”, op. cit. págs. 45 y ss. COCA VITA, E., “También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales”, *Revista de Administración Pública*, nº 108, septiembre -diciembre, 1985, págs., 205 -214. DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Y, las relaciones entre la motivación técnica y la decisión discrecional se han abordado jurídicamente, en esencia, desde las dos perspectivas mencionadas (los conceptos jurídicos indeterminados y la denominada discrecionalidad técnica)<sup>253</sup>. La vaguedad en que se mueven ambas y la variedad de supuestos englobados hace que presenten ciertos aspectos similares, en particular la relativa a la vertiente técnica compartida por ambas. La propia configuración normativa de aquellos conceptos jurídicos con cierto grado de indeterminación ha llevado a la jurisprudencia, en muchos casos, a reconocer a la Administración un cierto margen de apreciación en el ejercicio de este tipo de actuaciones. Y, aunque ese margen está restringido a la aportación de pruebas suficientes o argumentos de razón por parte de la Administración en los que se basa la decisión “justa” adoptada, no siempre ni en todos los casos, se han exigido judicialmente<sup>254</sup>.

Así, no estamos ante multitud de supuestos de actuación administrativa que pueden presentar perfiles variados y se encuentra ante realidades diferentes, en las que no siempre resulta fácil saber si nos encontramos realmente ante una potestad con mayores tintes discrecionales, y como tal la fiscalización realizada por los Tribunales presenta características propias; o con menos tintes. La intensidad de color depende de la configuración normativa e indeterminación que presente, pero con la cualidad común de ser concretada por la Administración mediante los criterios técnicos aplicados al caso concreto.

La discrecionalidad técnica, como caso particular de la discrecionalidad, ha sido uno de esos supuestos en que durante años el control judicial se ha visto limitado, en otros términos más tajantes se puede decir que se ha excluido su control, precisamente por su cualidad, la técnica. En esencia, porque la jurisprudencia vino a establecer que la vertiente técnica de ciertas actuaciones administrativas la excluían del control de legalidad encomendado a Jueces y Tribunales.

A esta problemática nos acercamos a continuación. En realidad, nos va a interesar por la vertiente técnica que presentan la elección de las formas de gestión de los servicios

---

<sup>253</sup> Otras aportaciones destacables son las de PAREJO ALFONSO, *Administrar, ...*, op. cit., págs. 50 y ss. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *De la arbitrariedad, ...*, op. cit., págs. 70 y ss. ATIENZA, RODRÍGUEZ, M., “Sobre, ...”, op. cit., págs. 42 y ss. BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad, ...*, op. cit., págs. 110 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, ...*, op. cit., págs. 83 y ss. CIRIANO VELA, C. D., *Administración, ...*, op. cit., págs. 63 y ss.

<sup>254</sup> Tal diferenciación se puede ver en la STS 9097/2000, de 12 de diciembre.

públicos locales porque, la actual jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica nos proporciona algunas claves a la hora de valorar los cambios normativos llevados a cabo en éste ámbito por las normas reguladoras, como hemos visto.

Pues, en buena parte de ellos se aprecian con mayor o menor claridad los fundamentos de la nueva doctrina, la cual reviste especial interés en nuestro trabajo por la novedad que supone la incorporación de los principios económicos a las normas administrativas en general y a la elección de las formas de gestión de los servicios públicos en particular; así como la optimización exigida y los elementos reglados que hemos desarrollado.

La doctrina de la discrecionalidad técnica, (como una especialidad de la discrecionalidad) se ha desarrollado en distintos ámbitos de actuación administrativa, en los cuales la Administración debe acudir a criterios de actuación que resultan de los específicos conocimientos especializados y requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada, en esencia se asemejan a los vistos para los conceptos jurídicos indeterminados.

Precisamente, por esa especificidad de los conocimientos requeridos, las normas reguladoras suelen remitir específicamente a ciertos órganos administrativos el completar lo querido por la norma (los más conocidos en esta doctrina son los Tribunales de oposiciones o las mesas de contratación administrativa). Pero también pueden resultar de la propia configuración realizada por la norma y los cambios acaecidos en la sociedad (como por el caso mencionado en el primer capítulo en relación con lo previsto para la iniciativa pública local y la aplicación del procedimiento allí previsto ante cambios en las formas de gestión).

En las formas de gestión de los servicios públicos, de forma derivada, nos encontramos con un supuesto particular: si la forma de gestión por la que se opta es la indirecta entonces se particulariza en las mesas de contratación (sobre ésta últimas ya hemos hecho referencia al cambio jurisprudencial llevado a cabo y de particular interés en lo que a la elección de las formas de gestión se refiere). Así, la primera idea a retener en esta doctrina es que la ley reguladora confiere a la Administración, o a ciertos órganos técnicos administrativos, la función de desarrollar o establecer y valorar los criterios técnicos a aplicar al caso específico.

Como decimos, la vertiente técnica de la actividad administrativa ha tenido especial protagonismo en ciertos ámbitos tradicionales de actuación administrativa; sin embargo, la progresiva ampliación de las funciones desarrolladas por las Administraciones y la incorporación de conocimientos técnicos a las más diversas actuaciones administrativas ha hecho que buena parte de ellas deban basarse en criterios técnicos para su adecuada resolución. Aunque no por ello se ha ampliado la doctrina imperante durante algunos años sobre la discrecionalidad técnica, es decir, la exclusión del control judicial.

La particularidad y, en cierta forma controversia, de esta doctrina tiene su origen en la sentencia 39/1983, de 16 de mayo, del Tribunal Constitucional. En ella se establecieron las bases de la conocida como doctrina sobre la discrecionalidad técnica, según la cual, en ciertos ámbitos de actuación administrativa podía verse limitado el derecho a la tutela judicial efectiva y al pleno control judicial de los actos de la Administración consagrados por la Constitución de 1978. En particular, cuando en el fundamento jurídico cuarto expresó:

*La conclusión a que llega en este caso concreto no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al derecho (art. 103.2) ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y, realizan, para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad.*

Este reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de limitar el control judicial en ciertos ámbitos administrativos tuvo seguimiento en el Tribunal Supremo. Por

ejemplo, en la sentencia 738/1986, de 17 de diciembre dictada en interés de la ley, fija la siguiente jurisprudencia:

*“Declaramos gravemente dañosa y errónea la doctrina sentada en la sentencia apelada acerca de que la Jurisdicción Contencioso -Administrativa puede, y debe, en su función revisora, proceder sin un criterio de legalidad aplicable a revisar los criterios del Tribunal Calificador, que han de basarse en conocimientos técnicos y en las bases de la convocatoria y concurso. Competencia que no tiene atribuida la Jurisdicción”.*

Posteriormente, el mismo Tribunal Supremo matizaría esta posición en la sentencia 908/1989, de 5 de octubre, al recordar en su fundamento jurídico primero que,

*“es jurisprudencia constante que los órganos administrativos a quien corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública, gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación del valor de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional o técnica de la Administración, que como es sabido se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los Principios Generales del Derecho, entre los que en estos casos cobran especial relieve los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el art. 103 de la Constitución”.*

En los años siguientes, el Tribunal Constitucional llevó a cabo algunas aclaraciones en relación con la doctrina mencionada y serían el inicio del cambio de doctrina finalmente impuesto y generalizado. En particular, se ha de destacar la sentencia 215/1991, de 14 de noviembre, por cuanto es la que abre la vía conceptual para penetrar en ciertos ámbitos de actuación administrativa que hasta entonces se consideraban como propios de la doctrina referenciada. En esta sentencia, el Alto tribunal distingue dentro del juicio técnico a emitir por el órgano administrativo, entre su “núcleo material”, no susceptible

de control jurídico o administrativo (como en el supuesto enjuiciado), y los *aledaños* del mismo<sup>255</sup>. En concreto, al matizar certeramente

*“la censura de la Comisión no se sitúa en el propio núcleo material de la decisión técnica, sino en sus aledaños”.*

Con la diferenciación realizada entre ambos conceptos, razona y delimita que,

*“es indudable, por tanto, que el control ejercitado, meramente negativo y no sustitutivo del juicio técnico que corresponde realizar al órgano evaluador”*<sup>256</sup>.

La imprecisa expresión de los denominados “*aledaños*” se fue concretando en sentencias posteriores, tanto del Constitucional como del Supremo; y viene a hacer referencia a todas aquellas actividades preparatorias e instrumentales necesarias para formular el juicio técnico contemplado por la norma; las cuales permiten determinar que el mismo se basa en los principios de actuación administrativa en general, y se particularizan en cada caso concreto, especialmente en aquellos casos en los cuales la misma Constitución los señala (como para la selección de personal al servicio de las Administraciones públicas, los de mérito y capacidad); en la ausencia de discriminación o trato desigual<sup>257</sup>.

En el tema que nos ocupa, la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales, deben señalarse como particulares los principios cuya relevancia es mayor en este ámbito y expresamente establecidos, al menos en los artículos 103.1 y 31.2 de la Constitución.

A partir de entonces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, comenzó a apoyarse en ese concepto (*aledaños*) para extender el control propiamente jurídico que venía

---

<sup>255</sup> En el particular caso objeto de la sentencia, se refiere a la “Comisión del artículo 43 L.R.U.”; sobre la cual, reconoce el alto tribunal que “no está legalmente habilitada para emitir un juicio técnico sobre los concursantes, actividad que compete en exclusiva al órgano especializado que es la Comisión del concurso con arreglo a los méritos aportados y a las pruebas celebradas; ni tampoco puede rechazar sin más la propuesta de tal órgano, negándose a ratificarla por entender más correcta su propia evaluación de aquellos méritos y capacidades (...)”.

<sup>256</sup> La misma sentencia razona y delimita que “según resulta del expediente examinado por este Tribunal, la mencionada Comisión se ha ceñido estrictamente a cumplir con su función revisora sin excederse de los límites que (...) circundan dicha función. Pues, en efecto, la Resolución impugnada fundamenta su decisión en que por la Comisión calificadora del concurso no se respetaron los criterios de valoración establecidos por ella misma al comienzo de las pruebas, lo que determinó que la propuesta de provisión formulada no respetara la igualdad de trato ni resultara acorde con los principios constitucionales de mérito y capacidad”.

<sup>257</sup> Entre las múltiples sentencias del Tribunal Supremo se encuentran la STS 552/1992, de 28 de enero; la STS 4012/1996, de 1 de julio; más recientemente la STS 8562/2012, de 12 de diciembre.



realizando al análisis de la objetividad y razonabilidad de los criterios de evaluación fijados por el propio órgano administrativo y a la necesidad misma de fijar tales criterios; pero sobre todo en verificar si los criterios fijados se aplicaban respetando los principios constitucionales que rigen todas las actuaciones públicas, en particular el principio de igualdad.

En base a la delimitación realizada y, separando netamente las distintas acciones llevadas a cabo por los órganos administrativos, se fue concretando y diferenciando más detalladamente lo que debía considerarse como “aledaños” y “núcleo material” de las actuaciones administrativas sobre las cuales emitir el juicio técnico querido por la norma reguladora. En pocas palabras, los aledaños se entienden como los pasos necesarios para llegar a la estimación finalmente realizada para emitir el estricto juicio técnico. Y, la jurisprudencia puntualiza que se han de diferenciar entre las actividades preparatorias o instrumentales que rodean al estricto juicio técnico a emitir y las pautas jurídicas también exigibles a dichas actividades<sup>258</sup>.

En esta línea remarcada por los Tribunales y fijada en el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa, no habría de pasar demasiado tiempo para que el Tribunal Constitucional expresara con claridad que la discrecionalidad técnica no determina una limitación en el control judicial y debiera reducirse a los aspectos

---

<sup>258</sup> Entre otras Sentencias la del Tribunal Supremo 4043/2010, de 19 de julio expresa que esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los ciudadanos o, aspirantes en el caso de la selección del personal al servicio de los ciudadanos. En este último caso, también por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. También se recuerda a la Administración que “caen fuera del ámbito de dicha discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados. Además, se matiza que “el control jurisdiccional de la Sala de instancia ha estado referido a este otro problema: los requisitos que han de ser observados en la modalidad de pruebas de conocimientos a que pertenecen las aquí litigiosas, y ello al margen de la específica materia o disciplina sobre la que puedan versar (jurídica en el caso enjuiciado); y el resultado del control judicial así realizado ha consistido en exigir, en dichas pruebas, una cota máxima de precisión para la formulación tanto de las cuestiones como de las respuestas alternativas que sean ofrecidas respecto de cada una de esas cuestiones. Dicha actuación judicial se ha movido dentro del territorio que corresponde a la función jurisdiccional y además lo ha hecho correctamente. Porque ha estado referida a una materia, la representada por la determinación de los requisitos de precisión exigibles a las pruebas de conocimientos de que se viene hablando, cuya valoración se puede efectuar con pautas de racionalidad común y, consiguientemente, sin la necesidad de servirse de conocimientos especializados. Y porque el criterio de racionalidad aplicado no puede darse de desacertado o arbitrario, al haber consistido en ponderar, respecto de esas pruebas de conocimientos, un dato, una meta y una exigencia (en aras de esa meta) que difícilmente son objetables con el parámetro de una lógica elemental. En la misma línea la STS 3505/2007, de 18 de mayo.

puramente externos sino que “ *la discrecionalidad técnica es compatible con la exigencia de una base fáctica (...) y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico, debe ser comprobada por el órgano judicial*” (STC 97/1993, de 22 de marzo). Es decir, el mismo tratamiento jurídico dado en cualquier otro ámbito de actuación administrativa en el cual los órganos técnicos de la Administración deban emitir un juicio técnico, pero no por ello se encuentran excluidos del control judicial o administrativo.

El siguiente paso se produjo poco tiempo después. El Tribunal Constitucional, mediante las sentencias 34/1995, de 29 de noviembre o la 73/1998, de 31 de marzo, justificaba “*legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración*” pero, a renglón seguido, consideró que ello no impedía el pleno conocimiento jurisdiccional en esta particular doctrina. Así, vino a matizar que la presunción sobre la que se apoyaba podría ser desvirtuada por una prueba en contrario, lo suficientemente concluyente para evidenciar el *error patente* de una decisión<sup>259</sup>.

Durante este proceso que venimos esbozando, la STC 219/2004, de 29 de noviembre, empezó a marcar la línea jurisprudencial que, poco tiempo después, sería confirmada y ampliada por el Tribunal Supremo. En esta sentencia, recordaba el Alto tribunal,

*“nos encontramos nuevamente con el tradicional problema de conjugar el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, con la denominada discrecionalidad técnica de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias en los procesos selectivos, y como consecuencia, se trata de determinar hasta dónde llega el control judicial de este tipo de actuación*

---

<sup>259</sup> Y se recordaba que “ frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese "prudente y razonable" arbitrio, nunca "excesivo" (STC 48/1998; fundamento jurídico 7º), y "las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación". Sin embargo, se trata de una "presunción iuris tantum, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega" (STC 34/1995). E insiste en lo que denominó como "error grave o manifiesto, fundado en la malicia de la Comisión evaluadora o en desconocimiento inexcusable de la materia juzgada y, en consecuencia fuera apreciable en su actuación arbitrariedad o desviación de poder. En este sentido, más recientemente (STS 4636/2007, de 18 de junio ) se ha apostillado que “la citada doctrina no atribuye a quien dispone de esa discrecionalidad una presunción iuris et de iure de acierto o de legalidad en su proceder, ya que puede ser desvirtuada”. Por esa misma razón parece claro que “la discrecionalidad no impide el control de la valoración realizada por la Administración, en base a los datos o criterios que aparezcan en el baremo que rige en concurso y a los elementos fácticos que en relación con los mismos aparezcan en las actuaciones”. STS 4074/2007, de 29 de mayo.

*administrativa, es decir, hasta dónde llega el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos cuando impugnan ante los Tribunales de Justicia la actuación de la Administración en estos procesos”.*

En esta misma sentencia, se alude a lo dicho por la muy cercana en el tiempo STC 86/2004, de 10 de mayo, la cual, en su fundamento jurídico tercero, aclaró certeramente: una cosa es la aplicación de las normas que rigen la actuación administrativa y otra distinta es el juicio técnico a emitir por los órganos designados; ya sean aquellos órganos a los que expresamente remiten las normas reguladoras o los órganos técnicos que la Administración determine, por requerirlo la materia objeto de valoración. En uno u otro caso se trata de determinar los específicos criterios a aplicar en función de lo querido por las normas y, sobre todo, por los límites que incorporan los principios en general y, en particular, aquellos específicamente exigidos en el ámbito determinado de actuación administrativa en el cual nos encontremos. Así se expresaba la sentencia referenciada,

*“es evidente que el recurrente no planteó al Tribunal nada que tuviera que ver con la discrecionalidad técnica, (...), solamente se limitó a cuestionar la aplicación de la fórmula para la determinación de las calificaciones, siendo ésta una cuestión que entra absolutamente en las competencias de control de la legalidad del proceso selectivo que deben llevar a cabo los Jueces ordinarios”.*

Con esta diferenciación se concluye, en relación con esta doctrina que

*“ni el artículo 24.1 ni el 23.2 de la Constitución incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica” (138/2000, de 29 de mayo, FJ 4)”.*

La contundente declaración referenciada será posteriormente repetida en múltiples sentencias, en particular cuando la Administración hace referencia o apela a la pretendida doctrina sobre la discrecionalidad técnica para justificar la exclusión del control judicial de ciertas actuaciones administrativas. Sin embargo, se ha de recordar que, realmente, no se trata de actuaciones distintas a las llevadas a cabo por Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo en el día a día, independientemente de la cualidad técnica presente en la acción concreta abordada. Por tanto, toda actuación administrativa es susceptible de su control judicial.

A dar unas notas generales al respecto nos dedicamos a continuación.

## **2. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. jurisprudenciales aplicados.**

## **Criterios**

Bien podemos ya decir que, de manera coherente y racional, si la Constitución establece en su artículo 103.1 que la Administración actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y el artículo 106.1 que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y que ésta ha de someterse a los fines que la justifican, entonces deberíamos establecer con claridad que debe ser la Administración quien siempre tiene la obligación de justificar y acreditar que las decisiones administrativas tomadas cumplen plenamente con lo establecido en el Ordenamiento jurídico.

A este planteamiento tan general se han de añadir tres aspectos. Uno: la sociedad demanda que la Administración sea abierta (transparente); dos: la Unión Europea que tengan unas cuentas públicas saneadas y respete el espacio económico común; tres: la Constitución impone que sea servicial a los ciudadanos en cuyo nombre actúa; y, desde luego, cuyas decisiones están sometidas al control de los ciudadanos y, en su caso, al judicial<sup>260</sup>.

En consecuencia, el margen de autonomía y apreciación otorgado a la Administración pública debe ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control. La responsabilidad de la Administración y su control constituyen las dos caras de una misma moneda. El control no tiene más finalidad y objetivo que la limitación del poder otorgado y los instrumentos jurídicos aportan la garantía para que el poder atribuido se ejerza respetando los numerosos límites constitucionales que lo rodean<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> En este sentido FERNÁNDEZ ESPINAR y LÓPEZ, J. C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa y la necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 26, enero, 2012, págs. 32 y ss.

<sup>261</sup> Lo que se pretende con el control es la consecución material de la decisión en sí, introduciendo elementos de racionalización tanto en el seno del proceso de toma de decisiones como en el desarrollo posterior. En términos dogmáticos, el control constituye el contrafuerte o el contrapeso de las amplias competencias y potestades de acción con las que cuentan las Administraciones. Los controles han de ser

Se suele afirmar que si la acción administrativa concreta se adecúa a lo previsto por las normas entonces no puede ser fiscalizable judicialmente; pues, el control que realizan los Tribunales es de legalidad, que no de oportunidad, y la función de juzgar constitucionalmente asignada consiste única y exclusivamente en la aplicación, previa interpretación en su caso, de la Ley<sup>262</sup>. También se argumenta que Jueces y Tribunales no resuelven los conflictos planteados aplicando criterios de oportunidad ya que permitir su control supondría sustituir la discrecionalidad administrativa por la judicial<sup>263</sup>. Como hemos visto, la premisa fundamental de la discrecionalidad administrativa se basa en las presuntas carencias y limitaciones naturales de la ley y únicamente la Administración, ante dichas carencias, tiene la legitimidad y capacidad profesional y funcional para abordar esas decisiones.

---

concebidos con mayor amplitud, para insertar en su seno el análisis económico y de eficiencia de la acción administrativa; el control financiero y presupuestario; el control del público (del conjunto de los ciudadanos); el control de la Comisión europea sobre las Administraciones, etc. Vid. SCHMIDT ASSMANN, E., “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, (Ed.) Javier Barnés, Derecho global e INAP, Sevilla, 2012, págs. 88 y ss.

<sup>262</sup> Se afirma que este control no puede fundarse en valoraciones sobre soluciones preferibles, encubiertas en términos de razonabilidad, si así se hiciese, el Juez estaría sustituyendo a la Administración en la apreciación y valoración de las circunstancias que a ésta corresponde realizar para desempeñar su función dentro de los límites del Derecho. En otros términos, estaría invadiendo, aún guiado de los mejores propósitos de contribución al bien común, la esfera de funciones propias de la Administración, pues la discrecionalidad se torna en instrumento necesario para que la Administración pueda ajustar su acción a la eficacia imprescindible, y a las demandas de la sociedad a la que sirve. En este sentido SÁNCHEZ MORÓN, M., “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla 2003, págs. 113 - 116.

Con referencias más concretas al ámbito organizativo se encuentran UREÑA SALCEDO, J. A., “El principio de servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales”, *Revista Documentación Administrativa*, nº 289, enero-abril, 2011, págs. 57-80. LORENZO DE MEMBIELA, J. B., “Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 164, mayo-agosto, 2004, págs. 339-344.

<sup>263</sup> Bien es sabido que el control que realizan los Tribunales es de legalidad no de oportunidad. Los jueces no resuelven conflictos aplicando otro criterio que el de legalidad, en otro caso, (permitir el control de criterios de oportunidad) supondría sustituir la discrecionalidad administrativa por la judicial. La discrecionalidad administrativa, cuya existencia es necesaria para que pueda cumplir los fines de interés público que tiene asignados, unida de manera indisolublemente a los elementos reglados, en un marco más amplio sometido a la Ley y al Derecho. En definitiva la actuación de la Administración debe realizarse siempre dentro del marco fijado por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, por lo que debe imperar el criterio de que la actuación administrativa es siempre a priori justificable. El principio de plenitud del control judicial no excluye que existan actos discrecionales, los cuales no son controlables respecto al fondo en lo que tienen de núcleo de decisión extrajurídica; pero en cuanto dichos actos tengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento, estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional. Vid. CORDÓN MORENO, F., “El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 1, septiembre, 2003, págs. 141-169.

Sin embargo, el control judicial de la discrecionalidad administrativa no conlleva que se produzca una sustitución del criterio de la Administración por el judicial. Si así fuese, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial) sin avanzar un solo paso en el problema. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión administrativa tomada hasta encontrar la explicación objetiva en que se expresen los fines pretendidos y los fundamentos en que se basa la opción elegida <sup>264</sup>. Además, se ha de tener en cuenta que la obligación de dar las razones que tiene la Administración no tiene correspondencia con una libertad de Jueces y Tribunales para aceptar o rechazar esas razones y sustituirlas a su buen criterio.

El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad vincula a todos los Poderes públicos, incluidos los Jueces y Tribunales, y obliga a éstos, en consecuencia, a justificar con las razones del Derecho sus propias decisiones sobre la razonabilidad, o falta de ella, de las tomadas por las Administraciones públicas y sometidas a su control. Además, esa confrontación de razones, las de la Administración con las de los Tribunales, a la que todo proceso aboca, no es simétrica. Esencialmente porque la Administración cuenta con un margen de actuación, dentro del amplio espacio que en cada caso le dejan la Ley y el Derecho, y del tipo de razones (jurídicas, económicas, sociales, técnicas, ambientales, a corto plazo, a medio o a largo plazo, etc.) sobre las que se construyen sus decisiones, que no tienen los Tribunales, en tanto que éstos últimos no pueden utilizar para justificar las suyas sino las razones del Derecho.

En un Estado de Derecho el papel de la jurisprudencia es incuestionable, precisamente, para controlar el ejercicio de la actividad administrativa, máxime en aquellos ámbitos en

---

<sup>264</sup> En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Curso,...*, op. cit., págs. 512 y ss. Y señalan que “una cosa es la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial y otra muy distinta que la Administración se escude, (y jueces y tribunales en cierta medida lo hayan permitido), en razones de oportunidad y que tras ellas se escondan ciertas prácticas que, poco o nada, tienen que ver con los mandatos constitucionales que rigen y condicionan la entera actuación de las Administraciones públicas. El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su correcto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple *porque sí* quedó formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico. Esta inexcusable obligación constitucional de aportar razones justificativas de todas y cada una de las decisiones de las Administraciones públicas, como es obvio, se hace particularmente intensa en el caso del ejercicio de potestades discrecionales. Las razones que las Administraciones públicas deben proporcionar se ha de basar en fundamentos objetivos capaces de asegurar que la decisión adoptada recibe el calificativo de racional, en definitiva motivar e justificar”.

los que la ley confiere un margen de actuación a la Administración <sup>265</sup>. Y, como ha afirmado el Tribunal Supremo<sup>266</sup>,

*“El “genio expansivo” del Estado de De recho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el art. 106.1 de la Constitución, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas”<sup>267</sup>.*

En el ejercicio y control de la discrecionalidad administrativa son distintas las fórmulas que se aplican. Principalmente son tres: a) la relativa al control del fin pretendido y que ha originado la denominada Teoría de la desviación de poder; b) el control a través de los hechos determinantes, esto es, la comprobación de la concurrencia efectiva del supuesto previsto que atribuye la correspondiente potestad; c) y la aplicación de los principios generales del derecho.

A la potestad organizatoria le son aplicables todas estas fórmulas de control, aunque la que incorpora los principios tiene un protagonismo considerable, en particular cuando nos referimos a la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. Sin embargo, la efectividad y funcionalidad que le es propia y más sobresaliente se ha mantenido relativamente menguada, especialmente la de garantizar que la finalidad pretendida con el servicio público se alcanza mediante la mejor forma de gestión. En esta correspondencia entran en juego todos y cada uno de los principios y valores constitucionales dirigidos a las Administraciones públicas, incluido el de sostenibilidad económica.

La ley que otorga la potestad discrecional no deroga ni exime a la Administración de su sometimiento a la totalidad del Ordenamiento jurídico y los principios ofrecen una

---

<sup>265</sup> La disyuntiva más que centrarse entre discrecionalidad sí o discrecionalidad no, se debería poner el acento por una parte en hasta donde se puede constitucionalmente llegar y cómo se articula su control, tanto preventivo como correctivo, en su caso. Vid. BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad,...*, op. cit., pág. 25 y ss.

<sup>266</sup> STS 7015/1990, de 8 de octubre.

<sup>267</sup> La misma sentencia recuerda que “nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto: A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que, en su existencia y características, escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración. B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas”.

posibilidad esencial de control de la discrecionalidad, además de los elementos reglados siempre presentes en las potestades públicas<sup>268</sup>. Los elementos reglados permiten ese primer control externo del ejercicio de las potestades en general y las discrecionales en particular, justamente porque es una potestad atribuida como tal por el Ordenamiento y sólo puede producirse legítimamente cuando se respetan esos elementos reglados que condicionan su ejercicio<sup>269</sup>. No obstante, como bien ha afirmado nuestro Tribunal Supremo

*“el moderno Derecho Administrativo ya no aspira sólo a la defensa del ciudadano frente a las injerencias indebidas de los Poderes públicos sino también a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos”*<sup>270</sup>.

Y, como hemos razonado, también que sea sostenible económicamente. A tal finalidad se dirige el desarrollo realizado por las normas administrativas analizadas mediante los distintos elementos reglados incorporados y que deben conformar la motivación siempre exigible a las Administraciones.

En la elección de la forma de gestión de los servicios públicos cobra particular importancia la motivación realizada; pues, sólo a través de ella se pueden conocer los criterios técnicos, económicos, financieros, etc., que guían esta actuación, tan

---

<sup>268</sup> Como en otras cuestiones, el contexto europeo que nos hemos dado ha resultado forzado y ampliado el espectro de los principios generales del Derecho. De hecho el Tribunal de Justicia de la Unión ha apelado en numerosas ocasiones a los principios generales del derecho para controlar el ejercicio por el Consejo y por la Comisión de sus poderes discrecionales, tanto los principios generales de Derecho internacional público como los principios generales propios del derecho comunitario, que a veces se extraen de los derechos nacionales. La consideración de un principio general común en el ámbito comunitario no es necesario que esté consagrado en el ordenamiento jurídico de todos los estados miembros, sino que el TJCE ha admitido la posibilidad de reconocer su existencia si se da en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. En el caso extremo, el TJCE ha introducido en el Derecho comunitario, como principios generales del derecho, concepciones jurídicas que provienen de un solo Estado miembro (por ejemplo, el principio de proporcionalidad o el de confianza legítima, que sólo estaban consagrados en el Derecho alemán). Vid. CASADO CASADO, L., “El control de la discrecionalidad administrativa en el derecho comunitario europeo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 44, 1996, págs. 111 -152. En relación con éstos y otros principios MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado,...*, op. cit., págs. 520 y ss.

<sup>269</sup> Tales elementos pueden ser más o menos numerosos, pero necesariamente tienen que haber algunos: la existencia de la potestad; su extensión concreta y, la realidad de los hechos que legitiman su aplicación o en virtud de los cuales se pone en marcha la competencia, el procedimiento, el fin, etc. La necesidad de que los elementos reglados del ejercicio de toda potestad, también las discrecionales, se sujeten a sus normas habilitantes viene impuesto por el mismo artículo 9 de la Constitución que garantiza el principio de legalidad. Este mismo artículo determina la íntima relación entre discrecionalidad y motivación, la necesidad de motivar los actos discrecionales tiene fundamento constitucional al garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. STS 5337/1995, de 26 de octubre.

<sup>270</sup> STS 1697/1990, de 26 de febrero.



importante para la consecución de los fines pretendidos con los servicios públicos a gestionar.

En este ámbito, la elección entre las opciones previstas por las normas, debe ser justificada, motivada suficientemente. Las previsiones jurídicas deben ser aplicadas y concretadas por la Administración al caso particular (por ejemplo, evaluar situaciones como qué actividad específica realizar, cómo organizar tal actividad, cómo se ha financiar, qué objetivos se pretenden conseguir, etc.).

El elemento común en las actuaciones administrativas mencionadas, y bastantes más, se encuentra en la necesaria planificación y organización de sus estructuras para hacer realidad el interés general perseguido. Precisamente, la importancia de la potestad organizatoria y su contribución a los fines encomendados a las Administraciones han justificado el amplio margen de actuación dado durante décadas; aunque, como hemos visto, el uso y en cierta forma abuso por parte de la Administración ha derivado en que las normas y la jurisprudencia hayan centrado su atención en este aspecto de las potestades públicas (el técnico), en particular y en lo que aquí interesa, la referida a la vertiente técnico-económica<sup>271</sup>.

Conviene ahora incidir en la importancia de la motivación en general, especial interés tendrá en lo que aquí interesa la jurisprudencia desarrollada en relación con el contenido de ésta cuando la Administración desarrolla una actividad con marcado carácter técnico, como es elegir la formas de gestión de los servicios públicos locales. Como veremos, en las reformas administrativas de éste y otros ámbitos de actuación administrativa vistas se vislumbra la jurisprudencia desarrollada cuando nos acercamos a actuaciones administrativas con prevalente carácter técnico, como es la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales.

---

<sup>271</sup> Desde la perspectiva del modelo de Estado definido por nuestra Constitución, puede verse RODRÍGUEZ SANTIAGO, J. M., *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 78 y ss.

### 3. La motivación como requisito para el control judicial de las actividades administrativas.

#### 3.1. La motivación administrativa.

Hay cierto consenso en considerar a la motivación como el elemento reglado clave que *garantiza* una actuación administrativa racional y no arbitraria <sup>272</sup>. Cuando se dice que discrecionalidad no es arbitrariedad se está diciendo, entre otras cosas, que las llamadas actuaciones administrativas discrecionales (y ninguna lo es de manera total) han de ser motivadas. Lo contrario chocaría con distintos preceptos constitucionales <sup>273</sup>. La motivación es el correlato, la otra cara de la moneda, en el ejercicio de las potestades públicas discrecionales. En el amplio ámbito de las potestades discrecionales si no se motiva suficientemente desde los parámetros objetivos imprescindibles entramos en el ámbito de la arbitrariedad, en el bien entendido de diferenciar la “legítima discrecionalidad”, que es conforme a Derecho, de la “ilegítima arbitrariedad” contraria al Ordenamiento jurídico<sup>274</sup>.

Los Poderes públicos están sometidos a diversos límites jurídicos, entre ellos y quizás el más importante es la interdicción de la arbitrariedad dispuesta en el artículo 9.3 de la Constitución. Si bien, la frontera teórica entre discrecionalidad y arbitrariedad no siempre se presenta de forma clara o precisa y, en la práctica del día a día, hay muchas ocasiones en que no es fácil ni sencillo deslindar cuándo una decisión administrativa es legítimamente discrecional o ilegítimamente arbitraria<sup>275</sup>. En todo caso, en lo que sí hay

---

<sup>272</sup> Entre los trabajos relacionados con esta distinción se encuentran FERNANDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Arbitrariedad*,..., op. cit. Del mismo autor, *De la arbitrariedad*,..., op. cit. PAREJO ALFONSO, L., *Administrar*,..., op. cit. SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad*,..., op. cit. Del mismo autor “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 145 y ss., BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad*,..., op. cit. GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia*,..., op. cit. BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad*,..., op. cit. DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad*,..., op. cit.

<sup>273</sup> En este sentido, entre otras las STS 6623/1988 de 29 de septiembre o la STS 1105/1992, de 13 de febrero.

<sup>274</sup> La arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad. STC 325/1994, de 12 de diciembre.

<sup>275</sup> En este sentido se pueden ver las obras generales de BLANQUER CRIADO, D., *Introducción*,..., op. cit. COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual*,..., op. cit. ESTEVE PARDO, J., *Lecciones*,..., op. cit. SANCHEZ MORON, M., *Derecho*,..., op. cit.

nitidez es en la necesidad de exigir una motivación en la cual se exprese el apoyo y las razones fundamentadoras de la opción ejercida. La motivación posibilita y garantiza la aplicación de los distintos mandatos que condicionan la decisión adoptada, es imprescindible<sup>276</sup>.

Una motivación entendida como justificación de las decisiones discrecionales, como demostración clara y evidente de que no son fruto de la mera voluntad o el simple capricho de quien las adopta, aprovechando el espacio mayor o menor que la ley permite, sino que es el resultado de una elección racional, de una acción sostenida por razones objetivas, coherentes con la realidad de los hechos que la originan y, por lo tanto, externamente verificables<sup>277</sup>. Dicho de otro modo, la motivación es el santo y seña de cualquier proceder razonable y una de las principales garantías, quizás la más importante, no sólo para proscribir la arbitrariedad sino también porque es el medio para garantizar el pleno sometimiento de las actuaciones administrativas a los principios y valores que nuestra Constitución y la propia sociedad exigen de las Administraciones públicas<sup>278</sup>.

La motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho sobre la que se apoya la decisión de que se trate<sup>279</sup>. Mediante la motivación se podrán conocer las razones que llevan a la Administración a optar por una u otra opción (de las dadas por la norma reguladora); si bien, una cosa son los motivos y otra distinta la motivación. Todo acto administrativo ha de basarse en unos motivos, pero la motivación es la exigencia formal en la cual se expresan las razones (los motivos) que sirven de fundamento para la resolución administrativa y, en ella se reflejan los principios que condicionan las actuaciones administrativas. Y, la motivación sólo se puede considerar debidamente realizada a mediante una justificación adecuada y

---

<sup>276</sup> Algunas de consecuencias generadas por la falta de motivación son resumidas por RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ, J., "Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la Ley española de procedimiento administrativo", *Derecho PUCP*, nº 67, 2011, págs. 217 y ss.

<sup>277</sup> Esta línea está ya firmemente instalada en la jurisprudencia. Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, T., "Sobre los límites constitucionales del poder discrecional", *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero - abril, 2012, págs. 141-170.

<sup>278</sup> En este sentido puede verse IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 13 y ss.

<sup>279</sup> El artículo 35.1 de la Ley 39/015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas exige que los actos que "se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales" sean motivados, "con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho".

razonada, precisamente expresando los motivos o razones que le lleva a adoptar una u otra opción, entre las posibilidades dadas por la norma habilitante.

Y, decimos también que esa motivación debe ser suficiente<sup>280</sup>. La motivación suficiente es el elemento de convicción más fuerte y sólido en que se muestra el fundamento objetivo, racional y razonable sobre el que se construye la decisión adoptada. En ella se expresan las circunstancias particulares del caso concreto y, sobre todo, donde se incluyen los informes y pruebas necesarias para acreditar que la solución tomada responde plenamente y en toda su extensión a la finalidad que se pretende dar respuesta con la específica actuación administrativa.

La importancia de la motivación es clara, no es una pura formalidad, tampoco es una fórmula para cubrir el expediente<sup>281</sup>. Con la motivación suficiente también se refleja y plasma el sello de la objetividad, característica y exigencia constitucional de toda actuación administrativa. Una objetividad satisfecha y cumplida si de su contenido se deducen, claramente, las razones determinantes de lo resuelto en el mismo, de acuerdo con los distintos mandatos y principios que condicionan la acción concreta. La justificación exigida normativamente dota de contenido tanto a los intereses generales pretendidos como a los principios que dirigen la entera actividad de las Administraciones públicas; y posibilita la plena tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que, inevitablemente, se ven afectados en toda acción administrativa. El conocimiento y expresión de la motivación implica, también, la efectividad de la tutela judicial, en su caso<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> La STS 13203/1990, de 19 de junio, FJ 1º, nos aporta una definición de motivación suficiente “la que basta para dar a conocer la fundamentación que pueda respaldar el acuerdo impugnado, a fin de que el interesado pueda combatirlo adecuadamente”. La posibilidad de combatir adecuadamente una decisión administrativa exige (según el certero análisis del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sentencia 462/1995) que su motivación permita conocer cuáles son los criterios a aplicar, cómo se han aplicado y, finalmente, si se aplican por igual a todos los concernidos. Estas diferenciaciones son tratadas por IGARTÚA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad, ..., op.cit., págs. 95-118.

<sup>281</sup> Con razón se ha dicho que la temperatura democrática de una administración pública se mide, entre otros factores, por el grado de calidad de la motivación de los actos administrativos. En efecto, cuando se cuida la motivación se puede decir que nos encontramos ante una Administración que intenta servir objetivamente el interés general. La objetividad, característica constitucional de la actuación administrativa, se satisface a partir de la racionalidad. Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Discrecionalidad, ..., op. cit., págs. 215 y ss.

<sup>282</sup> Tal control es consecuencia directa de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, pero también de la exigencia impuesta y derivada del principio de legalidad en la entera actuación de las Administraciones públicas. El Tribunal Supremo ha afirmado que la ausencia de motivación puede lesionar gravemente, Constitución en mano, entre otros el derecho a la

En suma, la motivación es un razonamiento y no sólo una “elemental cortesía”, ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable<sup>283</sup>. Se exige porque sólo a través de ella se pueden conocer las razones que justifican la actuación llevada a cabo. Además, ha de ser lo suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de la cuestión concreta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y resuelve<sup>284</sup>.

La cuestión fundamental es la necesidad de internalizar las exigencias de nuestra realidad jurídico-constitucional y la preceptiva obligación de las Administraciones de justificar y explicar los motivos y realidades de sus decisiones, fundamentándolas en los informes que sean necesarios y elaborados con criterios objetivos, veraces y constatables.

En las potestades discrecionales la motivación es “*consecuencia del previo respeto a la legalidad*”. La discrecionalidad es una mera posibilidad que se da a la Administración

---

tutela judicial efectiva, al quedarse el ciudadano sin los argumentos para impetrar la tutela judicial a que siempre tiene derecho. STS 1077/2005, de 22 febrero.

<sup>283</sup> Así, se recuerda, entre otras, en la STC 26/1981, de 17 de julio.

<sup>284</sup> La motivación de los actos es, más que una cuestión de orden cuantitativo, una materia que debe resolverse desde la perspectiva cualitativa. La motivación, pues, no se acredita con una prolija y larga explicación necesariamente, sino con los argumentos apropiados al caso concreto, que en muchos casos podrán realizarse en breves líneas. Será la naturaleza de cada caso la que determine la extensión de la motivación. Como regla, la clave reside en explicitar convincentemente y (desde el punto de vista racional) las causas que han determinado que, por ejemplo, un poder discrecional se concrete en un sentido específico. Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Discrecionalidad, ..., op. cit., págs. 220 y ss. También es doctrina jurisprudencial constante, en lo que se refiere al requisito de la motivación y a la función que cumple. Esta doctrina puede verse, entre otras, la STS 228/1998, de 20 de enero, en particular cuando recuerda que “ciertamente el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 exige que sean motivados, con sucinta referencia de, hechos y fundamentos de derecho los actos a que alude, consistiendo la motivación, como bien es sabido, en un razonamiento o en una explicación, o en una expresión racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica, y no solo es una "elemental cortesía", como expresaba ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981 de 17 de julio, ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque solo a través de los motivos puede los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque solo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, mas la motivación ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que pueda ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y que se resuelve”. Es cierto que la motivación que impone la norma básica administrativa a la Administración puede ser sucinta, esto es, breve y suficiente, por lo tanto no será preciso que se dé explicación de aquellos aspectos que se justifican razonablemente por sí mismos.

para poder decidir, en razón del interés general y, solamente en base al mismo, entre las opciones posibilitadas. El pleno respeto a la legalidad implica que se vean salvaguardados los distintos derechos y libertades que puedan verse implicados por la opción adoptada<sup>285</sup>.

Cuando se afirma que “juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor” lo que se está diciendo es que, al exigir una justificación de las acciones tomadas en virtud de una discrecionalidad, se obliga a la Administración a analizar detenidamente entre las distintas alternativas disponibles, a valorar las ventajas e inconvenientes, a sopesar y medir las respectivas consecuencias y efectos de cada una de ellas<sup>286</sup>. Si así se abordan las potestades (especialmente la organizatoria) entonces la consecuencia no es otra que obtener la mejor actuación posible por parte de las Administraciones, la organización administrativa que mejor sirve a los intereses generales y, también, la organización más sostenible económicamente.

En consecuencia, la estructura organizativa por la que opte la Administración correspondiente no es tanto una “libertad de elección”<sup>287</sup>. Las Administraciones públicas realmente no cuentan con libertades, no eligen libremente una opción determinada. Como poder, en todo momento dirigido por el Derecho y al servicio a los intereses generales, deben regirse *siempre* por los principios y valores que condicionan

---

<sup>285</sup> En este sentido FERNÁNDEZ-ESPINAR y LÓPEZ, J.C., “El control, ..., op. cit., pág. 254 y ss.

<sup>286</sup> Entre los efectos que previene se encuentran los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio por sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aunque éstos no por son infrecuentes en nuestra realidad cotidiana, de ayer y de hoy. Así cuando se pasa de los términos generales y abstractos de que hablan las leyes a lo concreto y cotidiana las cosas resultan de muy distinta manera, fundamentalmente porque eso llamamos Administración está compuesta por interminables micro organizaciones con medios limitados y, por ello, de fiabilidad a la hora de adoptar decisiones para las que vienen apoderadas por las leyes; a lo que se une que esa Administración dista mucho, de puertas adentro de lo que parece de puertas hacia fuera. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 76, octubre-diciembre, 1992, págs. 511-532.

<sup>287</sup> En este sentido se defiende que “la integración de los elementos que confluyen en el intento de delimitar el ámbito discrecional se han resumido en dos sentidos que pueden vincularse. Por una parte la discrecionalidad se vincular con la idea de libertad, entendida como ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas, su origen viene dado por la indeterminación del Derecho, y se entiende como un problema en la subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma que ha de ponerse en relación con la vinculación de la discrecionalidad con la idea de poder, esto es el órgano que actúa tiene la capacidad formal para adoptar la decisión. Por otra parte, la vinculación con la idea de libertad se acerca a la idea de libertad negativa y con la indeterminación del Derecho entendida como la cualidad de no haber sido fijada en la norma cuál sea la conducta a seguir y con el poder en el sentido que incluye la posibilidad de introducir nuevas evaluaciones de intereses”. LIFANTE VIDAL, I., “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, 1989, págs. 413 -439. También se aborda esta perspectiva en SCHMIDT -ASSMANN, E., *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 221 y ss.

el otorgamiento de dicho poder. La posición exorbitante de la Administración y de sus potestades suponen en la práctica del día a día una situación de manifiesta desigualdad en sus relaciones con los ciudadanos y, el dogma de que sus actuaciones disfrutan siempre *per se* de presunción de legalidad conlleva, entre otras, la obligación de justificar y motivar detalladamente todas sus decisiones. Además, el ámbito organizatorio tiene una influencia determinante para la entera actuación de las Administraciones, en tanto que puede facilitar o dificultar el mejor servicio de los intereses generales a perseguir en cualquier caso<sup>288</sup>.

La discrecionalidad organizatoria únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que la Administración va a actuar en relación con los hechos, medios técnicos y multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión. A mayor margen de actuación conferido por las normas, mayor es la obligación de la Administración de justificar y completar el mandato dado. Mediante la definición y aplicación de criterios específicos en el marco de los principios y valores constitucionales que condiciona su actuación, dirigidos a la mejor consecución de los intereses generales perseguidos en cada caso.

La discrecionalidad, en el caso de la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales, incorpora un mandato directo a las Administraciones en la consecución de la finalidad perseguida con el servicio público, en el cual los principios juegan un papel preeminente. Y, los principios de igualdad, legalidad, o seguridad jurídica amplían su radio de acción a la confianza legítima de los ciudadanos en que las actuaciones llevadas a cabo por las Administraciones responden, también, a la sostenibilidad económica finalmente exigida por las normas reguladoras, como hemos desarrollado.

Esta vertiente también forma parte de la seguridad jurídica que debe prevalecer en toda actuación administrativa y se suma para proporcionar certidumbre en el Ordenamiento

---

<sup>288</sup> El primer elemento fundamental que posibilita el ejercicio de las potestades administrativas es su finalidad, pues todo poder conferido por la ley lo es como mero instrumento para alcanzar objetivos específicos, los cuales estarán más o menos explicitados en la normativa. Además se referirán a un sector concreto de las necesidades generales, en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad encuadrable en los amplios intereses generales definidos constitucionalmente. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Curso, ...*, op. cit, págs. 493 y ss.

jurídico y en las normas que parten de él, para la aplicación realizada por las Administraciones públicas en cada supuesto abordado<sup>289</sup>.

En suma, la actividad discrecional no puede ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes y aplicación de los principios que la norma jurídica de aplicación determine, los cuales han de ser interpretados y valorados dentro de la racionalidad exigida por el fin que aquella persigue<sup>290</sup>.

En cualquier ámbito de actuación administrativa, también en la referida al ámbito organizatorio, siempre ha de existir un fundamento objetivo, racional y razonable que legitime la decisión adoptada por las Administraciones públicas. Desde ese fundamento se podrá vislumbrar si la actuación administrativa discrecional es ajustada a Derecho, a todos y cada uno de los límites que conlleva su ejercicio, en particular los provenientes de los principios que dirigen toda la actuación administrativa.

Acerquémonos a las especiales características de las actividades administrativas con marcado carácter técnico; en particular a los elementos esenciales definidos por la jurisprudencia para considerar la motivación válidamente realizada en ámbitos de actuación administrativa caracterizados por una u otra vertiente técnica, como es la elección de las formas de gestión de los servicios públicos.

---

<sup>289</sup> La Constitución garantiza, entre otros valores y principios jurídicos, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución (legalidad, jerarquía normativa o responsabilidad) no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. En especial, la seguridad jurídica, es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad. STC 27/1981, 20 de julio, FJ 4º y 10º. Y acota la STS 99/1987, FJ 6º “pero eso no quiere decir que no tenga valor por sí mismo y que su alegación y consideración sea superflua”. Y añade la STC 108/1986, de 29 de julio, “seguridad jurídica concebida como el “saber a qué atenerse” o, en otras palabras, como la confianza en que el Estado cumpla sus compromisos, dando fijeza y estabilidad a las leyes, seguridad jurídica que permita promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad”. Ahora bien como también señala la STC 227/1988, de 29 de noviembre: “el principio de seguridad jurídica no se entiende como la petrificación de unas determinadas situaciones jurídicas, lo que es absolutamente insostenible”. Sobre la jurisprudencia del Alto tribunal SERRANO TRIANA, A., “La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí*, (Coord.) Gómez-Ferrer Morat, Civitas, Madrid, 1989, págs. 1241 y ss.

<sup>290</sup> STS 11844/1992, de 6 mayo, FJ 1º.



### **3.2. Particularidades de la motivación en las actividades administrativas de carácter técnico.**

La motivación de los actos administrativos ha de permitir colegir con facilidad los argumentos que traen causa de la resolución administrativa. En particular, la exigencia de objetividad impuesta constitucionalmente a las actuaciones de la Administración y debe plasmarse en todas ellas, independientemente de la forma en que se haya configurado la potestad, discrecional o no, también en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos.

En los actos administrativos, como medio para desarrollar la actividad administrativa deberá plasmarse de alguna manera el sello de la objetividad, cuya forma más sencilla es incorporarla a los argumentos o razones justificadores para decidir adoptar alguna de las opciones dadas por las normas.

Con carácter general, el artículo 103 de la Constitución, en cuanto dispone que la Administración actúa al servicio objetivo del interés general, reclama que todas las actuaciones administrativas sean objetivas, lo que necesariamente se traduce en actuaciones racionales, motivadas sobre la base de argumentos concretos y si se trata de elegir la forma de gestión de los servicios públicos, la racionalidad organizatoria toma protagonismo propio.

La motivación es necesaria para el debido conocimiento de los interesados (directos o indirectos), sobre todo, para la posible defensa de sus derechos que puedan verse afectados en mayor o menor medida, como precisó el Tribunal Constitucional<sup>291</sup>. Además, ha de darse con la amplitud necesaria para tal fin; pues, sólo expresando suficientemente las razones que justifican la decisión administrativa es como se garantiza el derecho a la tutela judicial, también en actuaciones caracterizadas por su cualidad de técnica, como finalmente ocurre con la vertiente económica de las acciones administrativas.

El Alto tribunal ha insistido en que la motivación de los actos discrecionales garantiza una actuación racional y no arbitraria y permite un adecuado control de los actos

---

<sup>291</sup> En su sentencia 36/1982, de 16 de junio, referida a la motivación en el ámbito judicial.

discrecionales y exigir una motivación en la cual, al menos, se expresen las razones que posibilitan conocer los criterios fundamentales de la decisión. Precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación<sup>292</sup>.

Realmente, si la fuerza jurídica del acto administrativo procede de su presunción de legitimidad, de su adecuación al interés general, parece lógico que la motivación esté conectada no solo con las razones de ese interés en el supuesto concreto, sino también, de forma más general cómo beneficia a tal interés la resolución adoptada. En el particular caso de elegir la forma de gestión de los servicios públicos se debe valorar también la implicación de los distintos derechos y libertades de los usuarios de los servicios públicos locales, entre los que se incluyen los económicos.

En relación con la necesidad de motivar todas las actuaciones administrativas y la falta de carácter técnico en particular, conviene retomar el avance jurisprudencial en ese ámbito (en la denominada doctrina de la discrecionalidad técnica). De forma destacada, cuando se incide en que,

*“una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico (...), la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”*<sup>293</sup>.

Es decir, cuando la norma reguladora del ámbito concreto de actuación administrativa confiere a la Administración un margen de actuación o de apreciación sobre distintos elementos, especialmente en aquellos ámbitos que presentan un marcado carácter técnico, no quiere decir que se le esté posibilitando no llevar a cabo una motivación sobre ellos, o ser tan general que se manifieste en “una simple apariencia de motivación”<sup>294</sup>. Por el contrario, aunque la norma reguladora del ámbito concreto en que

---

<sup>292</sup> STC 14/1991, de 28 de enero.

<sup>293</sup> STS 4206/2007, de 10 de mayo.

<sup>294</sup> En este sentido se puede ver la STS 3171/2006, de 29 de mayo; en particular cuando el FJ 9º expresa que “la consecuencia lógica de todo lo afirmado anteriormente es que será en el Informe de la Comisión de Calificación donde deberán estar presentes esas exigencias sustantivas y formales que han sido señaladas como inexcusables. Dicho Informe deberá contener una descripción de las fuentes de información que han sido utilizadas, en relación a todos los solicitantes (y, en su caso, en relación también al candidato que pueda ser propuesto a pesar de no haberlo solicitado inicialmente), para constatar el mérito y capacidad específicamente referido al trabajo jurisdiccional desarrollado; lo que sin duda obligará a haber examinado un número significativo de resoluciones jurisdiccionales. También habrá de consignar los específicos criterios de mérito y capacidad que, a la vista de la singular

nos encontremos no establezca de forma clara y precisa los in formes o criterios técnicos a aplicar al caso concreto, esto no significa que la Administración esté exenta de cumplir con esa obligación general. Así, ante ciertas actuaciones de la Administración, en este sentido, la jurisprudencia le recuerda su responsabilidad de motivar los actos administrativos dictados, en todo caso. También en los ámbitos técnicos, bajo la denominación de “aledaños”.

La cualidad particular de una actuación administrativa en la que pueda presentarse con mayor intensidad elementos de carácter técnico no posibilita llevar a cabo las actuaciones administrativas de forma diferente. A nuestro modo de ver, la obligación de motivar estos actos administrativos se amplía; la razón es sencilla: no se trata sólo de expresar las razones de la decisión sino que alcanza al razonamiento y establecimiento de los criterios específicos de valoración que mejor sirvan a los intereses generales pretendidos con la actuación concreta. Es decir, no se está eximiendo a la Administración de la obligación general, simplemente nos encontramos ante un particular caso de actuación administrativa, en el cual los órganos técnicos de la Administración además deben desarrollar los criterios no incluidos expresamente en la norma reguladora y, al tratarse de criterios específicos, entonces se ha motivar también porqué esos criterios son los más adecuados.

En este sentido, la jurisprudencia ha establecido como posible causa de nulidad que la Administración no exteriorice las razones del juicio técnico, los motivos de los criterios que guían la decisión administrativa discrecional. Además, cabe su control por los órganos judiciales, como hemos razonado. En particular, para comprobar si se ha explicado con claridad las razones por las cuales se opta por unos criterios técnicos u otros. Por ejemplo, cuando se trata de determinar la “oferta más ventajosa” se exige la justificación de cada uno de los criterios que llevan a elegir una frente a otra u otras.

---

convocatoria de que se trate y de las circunstancias constatadas de los participantes, han sido considerados preferentes para elaborar la relación de candidatos que es elevada al Pleno. Y por lo que en particular se refiere a los candidatos finalmente incluidos en esa relación, señalará las concretas actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que han sido tenidas en cuenta para apreciar en ellos la concurrencia en mayor medida de aquellos criterios de preferencia; y mediante su contraste con las actividades de parecida índole concurrentes en los otros aspirantes, el informe expresará también cuáles son las razones por las que se otorga prioridad o superior valor a las de los incluidos en la relación. En definitiva, lo que ha de intentar conseguirse es, primero, que la valoración profesional a realizar tenga un soporte básico o material que la sustente y, segundo, que los datos y hechos que encarnen ese soporte material se establezcan con criterios objetivos de búsqueda y selección que sean aplicados por igual a todos los aspirantes”.

Así, el Tribunal Supremo, en base a la evolución jurisprudencial analizada, ha determinado unos elementos generales imprescindibles en relación con el contenido mínimo de la motivación a realizar por las Administraciones en aquellos ámbitos que requieran la emisión de un juicio técnico. Podemos decir que ha establecido un trípo de jurídico por el cual se han de guiar las Administraciones para poder afirmar que han llevado a cabo una motivación suficiente y, en base a las condiciones establecidas, poder emitir el juicio técnico querido por la norma reguladora. En concreto, el Tribunal Supremo lo ha expresado en forma de unas exigencias mínimas relacionadas con el contenido de la motivación en estos casos y la Administración debe reflejar al menos lo siguiente:

*(a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;*

*(b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y*

*(c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás”<sup>295</sup>.*

---

<sup>295</sup> Por ejemplo, la STS 8911/2007, de 27 de noviembre, o la STS 3207/2009, de 1 de abril. Si nos referimos a un caso concreto, en que se especifica el alcance concreto estas exigencias, podemos encontrarla en la STS 6481/2007, de 10 de octubre al decir “Desde esas premisas anteriores, habrá de convenirse que una adecuada motivación exigirá que en el expediente figure una explicación, por parte del Tribunal de Calificación, de cuales fueron los pasos seguidos y las razones ponderadas para llegar a las cifras finales en que hayan sido cuantificadas las valoraciones atribuidas a los méritos de cada concursante; pues sólo así podrá comprobarse si el juicio de valoración que fue realizado, dentro de ese margen de apreciación que permitía la convocatoria, estuvo guiado por razones dirigidas a buscar las capacidades, conocimientos y experiencias que mejor se adaptaban al puesto convocado; y si, paralelamente, debe quedar descartada la existencia de arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Esta explicación, en el caso aquí enjuiciado, debía comprender, al menos, lo siguiente: (1) Criterios que fueron preestablecidos por la Comisión para la ponderación y valoración de los méritos que no tenían tasada su puntuación en la convocatoria (los méritos generales de los puntos 1.2.2 y 1.3 de la norma cuarta y los méritos específicos del punto 2 de esa misma norma cuarta). (2) Expresión de los méritos generales y específicos que les fueron considerados y valorados a los aspirantes de entre los que hicieron constar en la instancia de participación en el concurso y en la documentación acompañada a ella; y expresión también de aquéllos otros que no lo fueron y de la razón de dicha exclusión. (3) Puntuación otorgada a cada uno de los méritos ponderados y explicación, en su caso, de cuál fue el criterio preestablecido que fue aplicado para llegar a esa concreta puntuación. (4) Descripción del resultado de la entrevista realizada y razón considerada, con base en ese resultado, para modificar la inicial valoración de los méritos y efectuar la valoración definitiva. El examen del expediente administrativo remitido a este proceso jurisdiccional no permite constatar una explicación que cumpla con todo lo que acaba de exponerse, por lo que, como ya se avanzó, no cabe tener por debidamente observado el requisito de motivación y procede un pronunciamiento anulatorio para que sea subsanado dicho incumplimiento”.

Además, en aplicación de las pautas jurídicas marcadas y relacionadas con los denominados “aledaños” de la discrecionalidad técnica, se pretende atacar la posible arbitrariedad en la actuación del órgano administrativo, al menos con las tres exigencias marcadas<sup>296</sup>. Las pautas jurídicas estarían encarnadas principalmente por el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos y, ese derecho también se refleja en conocer los motivos que guían las decisiones técnicas administrativas.

De esta forma, nuestro Estado de Derecho ve reforzadas considerablemente las garantías jurídicas en actuaciones administrativas con marcado carácter técnico, además se trata de una cualidad cada vez más habitual en nuestra sociedad y alcanzan inevitablemente a la vertiente económica de las actuaciones administrativas<sup>297</sup>.

En síntesis, la actual jurisprudencia ha venido a recordar a las Administraciones que la motivación suficiente es una obligación siempre exigible y no basta con alegar aspectos generales o escudarse en la cualidad del órgano, como ha sido durante algunos años en esta doctrina, sino que en todo caso se han de manifestar todos los elementos necesarios para que los afectados por el ejercicio de las potestades públicas no vean menguados los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente. Tales derechos y libertades se pueden manifestar a título individual o general, como en el caso de la elección de las formas de gestión de los servicios públicos y, también cuando se refieren al ámbito económico, como venimos razonando.

Así, en los últimos años se han dictado abundantes sentencias en las cuales se lleva a cabo un magnífico análisis jurídico y de reflexión en relación al alcance y extensión del control judicial en las materias donde puede reconocerse discrecionalidad técnica de la Administración, pero esa cualidad técnica de la actuación no sólo no la exime de la imprescindible motivación sino que la refuerza<sup>298</sup>. Por la simple razón de encontramos

---

<sup>296</sup> Entre otras se encuentran la STS 3207/2009, de 1 de abril; o, más recientemente la STS 1026/2014, de 12 de marzo. En esta última se hace referencia a la STC 215/1991, de 14 de noviembre; así como en las STS 552/1992, de 28 de enero; STS 6287/1995, de 11 de diciembre; STS 80/1996, de 15 de enero; o STS 4012/1996, de 1 de julio.

<sup>297</sup> En nuestros días, son múltiples las sentencias del Tribunal Supremo en el sentido o referenciado dictadas sobre distintos procedimientos y Administraciones, entre ellas, STS 1522/2007, de 2 de marzo; STS 8911/2007, de 27 de noviembre; STS 7059/2008, de 19 de noviembre; STS 3207/2009, de 1 de abril; STS 6552/2012, de 18 de diciembre; STS 5314/2014, de 26 de diciembre.

<sup>298</sup> Entre otras: STS 1522/2007, de 2 de marzo; STS 2254/2007, de 6 de marzo; STS 4206/2007, de 10 de mayo; STS 5480/2007, de 20 de julio; STS 8911/2007, de 27 de noviembre; STS 1218/2011, de 10 de marzo; STS 4549/2014, de 24 de septiembre.

en el ámbito de las potestades discrecionales, la motivación es imprescindible. Pues, se trata de un

*“principio general del que no se hace ninguna exclusión explícita, y que hace innecesario acudir al mandato de (...) la Ley de Procedimiento Administrativo Común, que ordena la motivación de las decisiones discrecionales”*<sup>299</sup>.

Y, el control judicial en este tipo de actuaciones administrativas no es otro que el exigido por nuestra Constitución y en ello no hay valoración propia del órgano judicial, ni emiten juicios técnicos, ni sustituyen la decisión administrativa; simplemente se comprueba la explicación dada por la Administración para optar por aquella opción que mejor sirve al interés general pretendido con la concreta actuación controlada.

Además, como hemos avanzado, las razones dadas por la Administración no podrán ser fórmulas vagas o estereotipos carentes de concreción. Por el contrario, la motivación

*“ha de ser lo suficientemente precisa en relación con las características del procedimiento; de tal manera que descansa en premisas concretas (los criterios que se seguirán) y comprenda un razonamiento de cómo de la aplicación de las mismas al caso deriva la solución alcanzada y no otra diferente”*<sup>300</sup>.

Dicho de otro modo, la presunción de certeza o razonabilidad reconocida a la Administración no exime a los órganos administrativos (técnicos o no) de la obligación de motivar su decisión. Todo lo contrario, tal presunción se basa en la cualidad técnica

---

<sup>299</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo 3171/2006, de 29 de mayo, recordó que se ha de tener presente que los actos administrativos discrecionales siempre serán motivados. En el caso concreto enjuiciado, se incide en que “siendo el informe de la Comisión de Calificación un trámite nuclear en el conjunto del sistema y no existiendo tampoco elementos suficientes de motivación en el acta, ambos datos repercuten en la insuficiencia de la motivación última de la decisión sobre la adjudicación de la plaza, resultando de esta irregularidad formal un vicio procedimental con trascendencia invalidante, por privar a esa decisión de un elemento indispensable para alcanzar el fin que le es propio”. Esta Sentencia del Tribunal Supremo se adentra en la deficiente motivación administrativa realizada y también en la denominada como “apariencia de motivación”. Pues, la exigencia formal de motivación está referida a estas tres obligaciones: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuáles podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento.

<sup>300</sup> STS 7153/2008, de 18 de diciembre. En particular, por que no será suficiente “la invocación de la discrecionalidad técnica que le asiste”. Sobre todo si “no viene acompañado de ninguna explicación o motivación, ni siquiera para desvirtuar los informes que el recurrente presentó con su recurso de alzada”. STS 7055/2008, de 9 de diciembre.

de la Administración y, precisamente por ello, los órganos que tengan atribuida la función de definir los elementos técnicos relevantes en el ámbito de actuación concreto deben expresarlos con claridad.

Pues, la omisión de ese deber, manifestado en una motivación defectuosa o incompleta conlleva una limitación del derecho de los afectados por la decisión administrativa a conocer las razones por las que se adopta una u otra decisión. Al no motivarse suficientemente se provoca “ *una situación de indefensión (...) ya que se priva*” al afectado o afectados por ella “ *de los elementos de juicio necesarios para que puedan combatir la decisión administrativa*”, en su caso<sup>301</sup>.

No puede obviarse que toda decisión administrativa, en mayor o menor medida, afecta y en cierta forma es limitadora de distintos derechos y libertades de los ciudadanos, de ahí la obligación de la Administración de justificar suficientemente tal limitación. La omisión o defectuosa motivación priva a los ciudadanos de los “ *elementos de defensa claves a la hora de ejercitar sus derechos*”<sup>302</sup>. Precisamente, las implicaciones o afecciones de las actuaciones administrativas en los derechos de los concernidos por la decisión administrativa conlleva que: “ *ninguna potestad administrativa sea totalmente discrecional, pues en todas ellas (incluso en las más rotundamente afirmadas como discrecionales) conviven, en mayor o menor medida, los elementos discrecionales con los reglados (...)*”<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> Esta argumentación se puede ver en las sentencias citadas.

<sup>302</sup> Lo que no encuentra justificación, tampoco, en el ámbito de tradicional jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica, es que algún recurrente solicite al órgano administrativo que emite el juicio técnico cualquier cuestión y, simplemente, no obtenga contestación en la que se le explicasen, por ejemplo los criterios de valoración utilizados. STS 1997/2011, 2 de marzo.

<sup>303</sup> Y, el mayor o menor componente técnico de la actuación administrativa se encuentra presente en la mayor parte de los actos administrativos, como por ejemplo, los que declaran la ruina o los que otorgan un contrato administrativo. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 864/1997, de 10 de febrero, se expresaba “la exigencia de que el acto administrativo en el que se concreta la adjudicación de una Administración de Lotería se deba explicitar los motivos que movieron a la Administración a dictar el acto, es un requisito indispensable, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones justificadoras del acto. Expresar los motivos es necesario para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración”. E incide en la obligación general “siempre que la Administración dicte actos administrativos usando la potestad discrecional, es requisito indispensable que motive su decisión; y (...) no basta con la adjudicación sin más; es necesario que la Administración valore íntegramente el contenido del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión. El control de la discrecionalidad debe hacerse en vía jurisdiccional, para saber si la Administración hizo un correcto uso de sus potestades; la discrecionalidad se ha de ejercer ponderada y racionalmente; y es que siempre es necesario que la Administración decida sin sobrepasar el ámbito de la legalidad”.

Al fin y al cabo, no se trata de otra cosa que “evitar situaciones en las que (...) existan dudas razonables (...), y carezcan de justificación racional ” sobre los fines, motivos y criterios aplicados por la Administración para tomar la decisión concreta <sup>304</sup>. La Administración siempre debe acreditar que ha actuado “sin sobrepasar el ámbito de la legalidad”, es una obligación general. Las normas administrativas pueden ser más o menos precisas, pero el mandato de optimización (mejor servicio a los intereses generales) de la decisión administrativa está implícito en todo caso. Cuando se exige una motivación suficiente no se está cambiando la discrecionalidad administrativa, simplemente se pide a la Administración que justifique y exprese los motivos en base a los cuales una opción sirve mejor al interés general perseguido que otra <sup>305</sup>.

En pocas palabras, la Administración está obligada a motivar suficientemente todas sus actuaciones. Y, en aquellos casos en los que la norma atribuye un margen de apreciación para el supuesto concreto regulado, sencillamente, está trasladando a la Administración la obligación de especificar los particulares parámetros del ámbito de que se trate y debe explicar, al menos desde el trípode jurídico definido por la jurisprudencia, el porqué son los criterios más adecuados y son los que mejor sirven al interés general pretendido con la actuación concreta.

Tomando como base lo expuesto sobre los cambios jurisprudenciales y centrándonos en el tema que nos ocupa, la elección de las formas de gestión de los servicios públicos, avancemos en la dirección del principio de sostenibilidad económica en esta actuación técnica, en la línea marcada por las normas básicas vistas en capítulos anteriores.

---

<sup>304</sup> STS 3505/2007, de 18 de mayo; STS 1029/2015, de 12 de marzo.

<sup>305</sup> Como bien se recuerda insistentemente por los Tribunales, ante “supuestos en que la Administración tiene un cierto margen de “discrecionalidad técnica” que no es lo mismo que la arbitrariedad, puesto que el legislador atribuye al órgano administrativo la facultad de apreciar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas justas, y que es susceptible de control jurisdiccional mediante técnicas de los elementos reglados de todo acto, los hechos determinantes o los principios generales del Derecho”. Por ejemplo, “ante el gran número de peticiones de ayudas solicitadas, que superaban las disponibilidades presupuestarias, ha tenido que conceder preferencia a aquéllas que representaban una mayor inversión”. Y se aclara “en este caso, lo que efectúa la Administración es un juicio de valor con discrecionalidad técnica, teniendo en cuenta su especial conocimiento de la situación regional -en sus aspectos económicos, sociales y laborales - y que esta jurisdicción no puede entrar a valorar, salvo en el extremo caso de que se haya incurrido en arbitrariedad”. STS 2651/1997, de 16 de abril. También pueden verse otras más recientes como la STS 3505/2007, de 18 de mayo; o la STS 1316/2015, de 24 de marzo.



### 3.3. La motivación conforme al criterio económico y su control judicial.

El control judicial de las actuaciones administrativas, como la de elegir la forma de gestión de los servicios públicos, tiene amplio alcance; pues, son distintos los principios cuya influencia en estas actuaciones cobran especial protagonismo. En lo que aquí interesa, junto al principio de sostenibilidad económica en esta actuación se encuentran los propios del modelo económico o los relativos a la contratación pública, especialmente reforzados por la regulación comunitaria. En estos últimos, además, se ha de tener en cuenta que aún optándose por una forma gestión directa es práctica habitual celebrar numerosos contratos públicos por parte del ente que gestione el servicio público de forma directa.

Por tanto, la complejidad e importancia de esta actuación conlleva reforzar la motivación realizada desde distintas perspectivas; de un lado, porque se ven implicados distintos principios de actuación pública; y de otro, por la afcción que tiene en los derechos y libertades de los ciudadanos concernidos, ya sea como usuarios, como trabajadores, como licitadores, etc.

En este tipo de actuaciones, la Administración siempre debe razonar y apoyarse en informes y criterios objetivos de actuación y explicar el significado de aquellas razones que llevan a la opción de una u otra forma de gestión. La elección debe ser coherente y guardar entre sí la proporcionalidad necesaria entre los fines y medios destinados a alcanzarlos. Los expedientes tramitados en esta actuación administrativa podrán ser impugnados y, si carecen de motivación suficiente, no reúne la razonabilidad exigible o no responden a un legítimo ejercicio de la “discrecionalidad técnica” (juicio técnico), no quedan inmunes al control judicial<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> La actual doctrina sobre la discrecionalidad técnica está siendo tenida en cuenta en aquellas actuaciones con una vertiente técnica considerable. Por ejemplo, en las Evaluaciones de Impacto Ambiental, al tratarse de emitir un juicio técnico. STS 222/2016, de 2 de febrero. En esta Sentencia se lleva a cabo un minucioso y detallado análisis de la motivación administrativa. Del cual nos parecen de interés algunas de sus manifestaciones, en particular cuando se analizan los criterios de valoración, al decir “el método seguido es susceptible de otras críticas que ponen de relieve los informes periciales, pues emplea criterios para comparar las diferentes alternativas que son irrelevantes, como el clima, la micología y la calidad del agua, al carecer de capacidad de discriminación entre las diferentes alternativas, como revela que todas ellas alcancen la misma valoración en relación con aquellos. Asimismo, utiliza otros criterios poco relevantes, como la geología y la calidad del aire. Por último, atribuye a todos ellos la misma relevancia que a aquellos que afectan a la calidad de vida de los

En consecuencia, se puede afirmar que cada una de las actuaciones administrativas están plenamente sometidas al control judicial. Y, como se ha señalado certeramente, la discrecionalidad nunca más podrá ser un *prius* que excluya el control jurisdiccional de un acto administrativo bajo el pretexto de la calificación de una potestad administrativa como discrecional o por tener su contenido un carácter técnico, en sus distintas vertientes. Pues, aún cuando a veces queremos suponer buena fe y defensa del interés general en las denominadas razones de “*discrecionalidad de decisión*” de los Poderes públicos o de “*discrecionalidad en la gestión*” de la Administración, de una mejor y más eficaz gestión o de urgencia, el Tribunal Supremo finalmente ha respondido de manera contundente. Los Tribunales pueden controlar ese gran espacio de la potestad discrecional referido a aspectos denominados “*económicos, técnicos o de conveniencia social*”<sup>307</sup>. Y, las normas van avanzando en la regulación de estos aspectos, mediante la incorporación de elementos reglados de distinta naturaleza, en lo que aquí interesa, los referidos al principio de sostenibilidad económica en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.

Cuando se someten las actuaciones administrativas a control, ya sea de los ciudadanos o de Jueces y Tribunales, nos encontramos con una garantía esencial en un Estado social y de Derecho. Entre otras razones porque controlar a la Administración contribuye, de forma determinante, a administrar mejor los recursos puestos a su disposición y, como en otras actuaciones administrativas, los distintos principios y mandatos prescritos por la Constitución son referente obligado, también los económicos.

---

ciudadanos de forma más directa, como la sonoridad o los olores. De este modo, al otorgarse la misma importancia a todos los criterios o variables injustificadamente, se distrae la atención sobre los criterios con mayor relevancia para la discriminación entre las diversas alternativas por razones de su afección negativa ambiental, como son los criterios relacionados con la salud humana y la calidad de la vida de los ciudadanos, que se ven acompañados de aquellos otros que son irrelevantes o de escasa significación, sin otorgar a aquellos la fuerza diferenciadora que merecen”. También, cuando constata importantes incongruencias entre las variables analizadas, pero sobre todo porque no se encuentra explicación coherente alguna. Por ejemplo cuando resalta que “resulta llamativo que en la valoración de los efectos sobre el paisaje todas las alternativas, salvo la C que recibe una puntuación de -1, sean puntuadas con -4, cuando debería haberse considerado el entorno urbano de la alternativa C ante la notoriedad del carácter molesto e insalubre de la actividad proyectada”. O “la escasa diferencia de puntuación relativa a la variable de sonoridad entre las diferentes alternativas, siendo de -4 para las alternativas A, B y C y de -5 para la alternativa D, pese a reconocerse en el estudio la necesidad de colocar pantallas o barreras acústicas en zonas del perímetro para minimizar el nivel de ruido producido en la explotación de la EDAR y ante el hecho de que la alternativa C se encuentre a pocos metros de una zona urbanizada y poblada”.

<sup>307</sup> En este sentido FERNÁNDEZ-ESPINAR y LÓPEZ, J. C., “El control,..., op. cit., págs. 254 y ss.

Los juicios técnicos emitidos por los órganos administrativos se expresan en base a los concretos conocimientos especializados exigidos en cada caso, bajo las pautas de la presunción de racionalidad y veracidad que les otorga la imparcialidad y especialización requerida para realizar el juicio técnico exigido en cada supuesto abordado y, aunque puedan existir posicionamientos técnicos diversos dentro de los saberes especializados, ello no impide que el control se detenga a las puertas del juicio técnico emitido por los órganos administrativos especializados. Aunque la preparación y objetividad atribuida a los órganos administrativos conlleve que sus actos gocen de la presunción de certeza no es menos cierto que se trata de una presunción *iuris tantum* y, por tanto, susceptibles de ser desvirtuadas mediante prueba en contrario<sup>308</sup>

Como venimos razonando, el pleno control judicial de la discrecionalidad técnica se facilita a través de los principios constitucionales prevalentes en cada actuación administrativa. El fin último de toda actuación administrativa discrecional es la selección de aquella alternativa dada por las normas que mejor responda a los fines y principios específicamente establecidos. En el caso de la elección de las formas de gestión de los servicios públicos será aquella que mejor sirva a los intereses generales implicados en el servicio público, ahora también, la que sea más sostenible económicamente.

También se ha de decir que el juicio técnico a emitir por los órganos especializados de la Administración no se manifiesta como discrecionalidad frente a la ley y al Derecho; esencialmente porque la ley siempre determina de forma categórica la solución precedente (el mejor servicio a los intereses generales). Aunque sí se haya manifestado como discrecionalidad frente a Jueces y Tribunales. Sin embargo, en base a los suficientes parámetros de actuación incorporados por la jurisprudencia y los que van formando parte de las normas administrativas, en particular la vertiente económica, se está posibilitando reorientar la actividad desarrollada por los órganos técnicos de la Administración hacia la diferenciación entre el estricto juicio técnico y el amplio espacio ocupado por los aledaños; tan amplio como lo sean los derechos y libertades implicados en el supuesto concreto. En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos se presentan variados y con distintos alcances, como los propios servicios públicos.

---

<sup>308</sup> Entre otras, la STS, 6027/2008, de 3 de noviembre.

La función encomendada a las Administraciones públicas para determinar o aplicar específicos criterios técnicos de selección no es tanto un supuesto de remisión general de discrecionalidad administrativa, porque la elección a realizar más que un indiferente jurídico es una fórmula para elegir la mejor de las opciones posibles (optimización más o menos explicitada en las normas administrativas). Precisamente, porque en la mayoría de los casos, los fundamentos de los principios que presiden cada una de las actuaciones administrativas condicionan la elección de la Administración hacia esa dirección <sup>309</sup>. En este sentido se ha manifestado también la jurisprudencia, al decir,

*Aunque el Tribunal no puede sustituir a la Administración en la ponderación exacta de las circunstancias que hayan hecho aconsejable la adopción de una determinada resolución en ejercicio de una potestad discrecional y la revisión judicial se realiza de modo distinto a como lo hace en el supuesto ordinario de potestades regladas recayendo sobre otros extremos del acto (...). Esto no significa que el control judicial deba quedarse en la periferia del ejercicio de la potestad discrecional; antes al contrario, ha de penetrar en la forma de dicho ejercicio mediante la revisión de los hechos y del uso proporcionado y racional de la potestad. Es deber moral y jurídico de los Tribunales no estar a las soluciones simples y sencillas, sino intentar indagar y establecer si la delegación de facultades en que consiste en último término la discrecionalidad ha sido utilizada de forma correcta y racional, sin incurrir en abuso o desviación de poder. En otras palabras, ante la discrecionalidad, la Jurisdicción contenciosa debe proceder a un control no sólo formal de legalidad, sino sustantivo del uso de la potestad en términos de comprobación de la adecuación entre los hechos determinantes y la decisión tomada<sup>310</sup>.*

En el ámbito de la elección de las formas de gestión de los servicios públicos, la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica encuentra en las normas que la regulan algunos cambios sobre los cuales se proyecta con especial intensidad. En particular por

---

<sup>309</sup> En este sentido, se ha explicado que invocar, como es usual, la discrecionalidad técnica para justificar su exclusión del control jurisdiccional en lo que al contenido de las decisiones de los órganos técnicos se refiere no es más que una equivocación que no encaja con nuestro sistema constitucional de control judicial pleno de la actividad administrativa. PIÑAR MAÑAS, J. L., “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, *Documentación administrativa*, nº 220, 1989, págs. 135-178.

<sup>310</sup> STS 1363/2010, de 2 de marzo, FJ 5º.

la progresiva y, en nuestros días, generalizada presencia en las normas reguladoras del principio de sostenibilidad económica, como hemos visto en los capítulos precedentes.

La vertiente técnico-económica se aprecia con mayor intensidad en el ámbito de actuación administrativa objeto de nuestra atención; sobre todo porque se ha tratado de una potestad eminentemente discrecional y en las opciones organizatorias dadas por las normas no se encontraban elementos económicos que condicionaran su ejercicio (ni de otro tipo, como hemos visto era tratada como una acción que simplemente se mencionaba como una cuestión accesoria a los servicios públicos). Con esa forma de configurar esta potestad la indiferencia jurídica inherente a la cualidad discrecional de las potestades se veía ampliada considerablemente, también a su indiferencia económica.

Sin embargo, la creciente incidencia del Derecho comunitario y, en los últimos años, la crisis económica ha tenido como efecto diluir la indiferencia jurídica de la discrecionalidad, sobre todo en términos económicos. La potestad organizatoria, en particular para gestionar los servicios públicos locales, va encontrando distintos elementos reglados en las normas administrativas y reconducen la indiferencia jurídica hacia una solución sostenible económicamente.

Y, los avances jurisprudenciales sobre la discrecionalidad técnica se ven reflejados en distintos ámbitos de acción administrativa que presenta esa cualidad. El resultado de los cambios mencionados (jurisprudenciales y normativos) está siendo el de encontrar en las normas administrativas nuevos parámetros de actuación para la Administración y dirigidos a distintas acciones administrativas; sobre todo cuando se hace necesario la emisión de ciertos informes técnicos y la aplicación de específicos criterios de valoración.

El renovado marco de actuación proporciona a los afectados por la decisión administrativa distintos elementos y argumentos para, en su caso, poder acudir a los Juzgados y Tribunales con ciertas garantías jurídicas ante la eventualidad de que la Administración no ejerza la potestad atribuida de acuerdo con las prescripciones normativas. La jurisdicción competente, por su parte, encuentra en las normas reguladoras cada vez más elementos reglados para llevar a cabo el control de legalidad que deben garantizar.

Con los cambios normativos realizados se obliga a las Administraciones en general y las locales en particular a elaborar los expedientes administrativos con mayor rigor, especialmente porque, como hemos desarrollado, se debe separar netamente los denominados “aledaños” del “núcleo de la decisión técnica”, también desde la perspectiva económica. Pues, una cosa son los diferentes informes y evaluaciones técnicas a realizar, porque las normas y la jurisprudencia lo exigen, y otra distinta es el juicio técnico a emitir, en términos de sostenibilidad económica, en particular cuando se trata de elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales.

La senda iniciada por las normas administrativas mediante la incorporación de la vertiente económica de la actividad administrativa y la jurisprudencia que hemos desarrollado, en relación con las actuaciones administrativas de carácter técnico, nos permiten valorar la elección de nuestro interés, teniendo en cuenta ambos avances. De otro lado, aunque aún no contamos con jurisprudencia relacionada con los cambios introducidos en las normas básicas, esto no quiere decir que nuestro Tribunal supremo no se haya pronunciado sobre el principio de sostenibilidad económica de las actuaciones administrativas de las Entidades locales. En efecto, contamos con algún precedente jurisprudencial sobre el alcance de la sostenibilidad económica en el ámbito local y, por tanto, de especial interés para el tema central de nuestra tesis.

Como decimos, en nuestro Ordenamiento jurídico, la obligación de justificar la sostenibilidad económica de las actuaciones administrativas no se inicia con la crisis económica o la reforma del artículo 135 de la Constitución, aunque ahora se haya generalizado la incorporación de la vertiente económica y financiera en las normas administrativas. Por tanto, no es del todo una novedad (al menos desde los últimos años de la primera década del nuevo siglo).

Así, es de nuestro interés la obligación de las Entidades locales de elaborar informe o memoria de sostenibilidad económica incorporada al apartado cuarto del artículo 15 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo (en la actualidad es el apartado 4 del artículo 22 del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). El particular interés de esta previsión se fundamenta desde dos perspectivas; de un lado, la expresa exigencia de las Entidades locales de elaborar una memoria sobre la sostenibilidad económica de esta actuación; y, de otro, porque contamos con jurisprudencia consolidada al respecto y que

nos ayudará a valorar lo que se ha dicho en relación con la sostenibilidad económica exigida para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales.

Pues bien, a pesar de establecerse taxativamente la obligación elaborar un informe o memoria sobre la sostenibilidad económica de estas actuaciones, las Entidades locales no siempre han respondido a tal exigencia de forma efectiva. Los años transcurridos desde su incorporación a la normativa hace que en nuestros días contemos con jurisprudencia consolidada al respecto. Como se ha anticipado, nuestro interés se encuentra en valorar la respuesta dada por las Entidades locales cuando las normas les imponen elaborar informes o memorias específicas y denominadas “de sostenibilidad económica”. También por la nitidez expresada en distintas sentencias al definir la memoria de sostenibilidad económica en este ámbito.

El problema se plantea cuando nos acercamos a principios que no forman parte de nuestra tradición jurídica administrativa, como los económicos. No obstante, la memoria o informe de sostenibilidad económica referido ha de formar parte de los documentos conformadores de los expedientes administrativos elaborados, en relación con las distintas actuaciones de transformación urbanística pretendidas. Su principal finalidad es ponderar el impacto de tales actuaciones en las haciendas públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios públicos resultantes<sup>311</sup>. Dicho de otro modo, la eficiencia en el uso de los recursos públicos, en su más amplia concepción. Por tanto, se trata de un informe o memoria dirigido expresamente a la Entidad local. Esta debe valorar tanto la sostenibilidad económica como la financiera, fundamentalmente sobre las obligaciones derivadas para ellas, una vez ejecutada la reordenación urbanística a desarrollar.

Cuando se ha de valorar el impacto económico de la actuación concreta y los efectos que tendrá para la economía de la Entidad local, es tanto como decir que se han de evaluar las implicaciones económicas posteriores. Esas implicaciones alcanzan al

---

<sup>311</sup> El Real Decreto 1492/2011 reafirma que se trata de una concreción, de un análisis prospectivo de futuro y exige que la memoria comprenda como objeto, no solo la ejecución y mantenimiento de la urbanización, sino también los servicios públicos necesarios para atender al crecimiento urbano.

mantenimiento y conservación de las nuevas infraestructuras y a la prestación de los servicios públicos involucrados<sup>312</sup>.

La primera consideración se encuentra en decir que se trata de una memoria diferente a los tradicionales informes y valoraciones exigidos por las normas urbanísticas (de ahí su novedad). Como otros cambios llevados a cabo en distintos ámbitos administrativos ha sido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la encargada de aclarar y recordar a las Entidades locales que el informe o memoria sobre la sostenibilidad económica de estas actuaciones es un documento complementario pero no sustitutivo de otros estudios o informes exigidos previamente en la normativa básica o en las autonómicas<sup>313</sup>.

El interés principal se encuentra en el mandato incorporado y su finalidad es específica. Es decir, abordar la vertiente económica tiene como pretensión realizar una valoración en la que se ponga de manifiesto el equilibrio entre las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios en las actuaciones pretendidas y la suficiencia de recursos públicos y privados para su efectiva implantación y puesta en uso, funcionamiento y conservación. En definitiva, se trata de asegurar, en la medida de lo posible y mediante una planificación adecuada, la suficiencia de recursos públicos (en su más amplio sentido, aunque la variable costes tenga relevancia propia) para hacer frente a las nuevas necesidades, en orden a proporcionar un adecuado nivel de prestación de servicios a los ciudadanos, también en términos de sostenibilidad económica.

Así, los componentes de naturaleza económica a valorar en esta memoria son diferentes y tienen alcance más allá de la acción puntual proyectada. Naturalmente están relacionados con los que conforman el expediente de los planes urbanísticos, pero su finalidad está dirigida a calibrar variables distintas a las habitualmente contempladas. Como se ha anticipado, el destinatario concreto es la Entidad local y por esa misma razón se diferencia de las tradicionales memorias de viabilidad económica y los estudios económico-financieros elaborados por los promotores del proyecto.

---

<sup>312</sup> La función de tal documento no es sólo contener una evaluación prospectiva de la suficiencia de los recursos económicos (públicos o privados) previos y requeridos para la ejecución material de las infraestructuras, dotaciones y servicios establecidos por el instrumento de planeamiento para la puesta en funcionamiento de la nueva pieza de la ciudad. Además, debe realizarse el análisis sobre los efectos que tendrán para las arcas públicas, una vez ejecutado el instrumento de planeamiento y recibida la urbanización por la Entidad local, el mantenimiento y conservación de tales dotaciones y servicios. Vid. TURMO DE PADURA, J., “La memoria de sostenibilidad económica en el planeamiento. Propuesta metodológica”, *Práctica Urbanística*, nº 102, 2011, págs. 17 y ss.

<sup>313</sup> Entre otras sentencias se encuentra la STS 5317/2015, de 15 de diciembre.



En la memoria o informe sobre la sostenibilidad económica debe valorarse y cuantificarse las implicaciones de la actuación para la Entidad local, una vez ejecutado el proyecto. En particular, las referidas a la adecuada garantía en la prestación de todos los servicios públicos establecidos como tales en el término municipal y que se verán ampliados una vez ejecutada la acción concreta<sup>314</sup>.

Dicho de otro modo, el informe o memoria sobre la sostenibilidad económica exigido por esta norma tiene ámbito propio y diferenciado. El interés de esta previsión normativa se encuentra en que, como hemos indicado, contamos con jurisprudencia consolidada relativa al alcance y contenido de la memoria de sostenibilidad económica; y nos permite abordar algunos de los problemas que se pueden plantear a la hora de elaborar el expediente ahora exigido para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales. Aunque, se ha de señalar, una diferencia fundamental entre ambas normas básicas (la local y la del suelo). Esto es, en la Ley del suelo sencillamente se exige la elaboración de la memoria mencionada; en la norma básica local, por el contrario, se incorporan específicos elementos reglados en forma de criterios de valoración e informes concretos que han de elaborarse y dotar de contenido la eficiencia y sostenibilidad exigida a la forma de gestión del servicio público considerado.

A pesar de la diferencia señalada entre ambas normas, es de nuestro interés lo establecido por el Tribunal supremo. Entre las distintas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los últimos años, referidas a la renovada exigencia, destacamos la

---

<sup>314</sup> En este sentido se ha señalado que ésta es, sin duda, una exigencia fundamental, que, si efectivamente se respeta, puede cambiar los hábitos viciados de nuestro urbanismo. Porque tradicionalmente todo era muy sencillo: el legislador en cada intervención incrementaba las cesiones gratuitas a realizar por los propietarios, lo que aseguraba a los ayuntamientos la disponibilidad del suelo necesario para todo tipo de infraestructuras y dotaciones, cuya ejecución material corría también a cargo de aquéllos por costosa que fuera. De ese modo legisladores y gestores podían presumir de “progresistas” y de luchadores implacables contra la especulación, aunque la realidad era muy distinta, ya que el coste de esas cesiones en apariencia gratuitas y de la propia urbanización de los terrenos no era soportado realmente por propietarios y promotores, que, como es obvio, repercutían de inmediato en el precio de los solares todos los costes soportados en el curso del proceso de urbanización, lo que terminaba trasladándose al precio de las viviendas, cuyo comprador es el que finalmente pagaba, hipoteca mediante, la factura. El idílico panorama inicial se oscurecía bruscamente, por lo demás, cuando, una vez ejecutada la urbanización, el Ayuntamiento correspondiente tenía que afrontar la tarea de mantener ésta en condiciones. Las zonas verdes públicas con tanto empeño exigidas al promotor resultaban entonces demasiado grandes porque generaban un gasto inasumible en concepto de jardinería y limpieza de las mismas; las extensas urbanizaciones de baja densidad obligaban a prolongar a pérdida las líneas municipales de autobuses cuando no las del propio ferrocarril metropolitano, lo que son palabras mayores. Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Reflexiones, ..., op. cit., págs. 439-450.

STS 4378/2015, de 27 de octubre. Desde nuestro punto de vista ha expresado muy bien el alcance de esta memoria, al decir<sup>315</sup>,

*"el concepto de sostenibilidad económica a que se refiere el legislador estatal en el artículo 15.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo no debe confundirse con el de viabilidad económica, más ligado al sentido y finalidad del estudio económico-financiero, sino que va relacionado con dos aspectos distintos, la justificación de la suficiencia del suelo productivo previsto y, el análisis del impacto de las actuaciones previstas en las Haciendas de las Administraciones Públicas intervinientes y receptoras de las nuevas infraestructuras y responsables de los servicios resultantes. Por otra parte, desde una perspectiva temporal el informe de sostenibilidad económica ha de considerar el coste público del mantenimiento y conservación de los nuevos ámbitos resultantes en función de los ingresos que la puesta en marcha de la actuación vaya a generar para las arcas de la Administración de que se trate. Es decir, mientras el estudio económico -financiero preverá el coste de ejecución de la actuación y las fuentes de financiación de la misma (más referible al exclusivo ámbito financiero y puntual de la actuación); el análisis de sostenibilidad económica no se ha de limitar a un momento o período temporal limitado, sino que ha de justificar la sostenibilidad de la actuación para las arcas públicas desde el momento de su puesta en marcha y en tanto siga generando responsabilidad para la Administración competente respecto de las nuevas infraestructuras y servicios necesarios".*

La perspectiva general desde la que venimos abordando el principio de sostenibilidad económica en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos encuentra en la sentencia mencionada una referencia a tener en cuenta. Sobre todo, porque, como hemos visto, inicia el camino para entender el sentido de esta nueva perspectiva. En particular, por la claridad expresada en relación con el alcance, destinatario y contenido del informe o memoria de sostenibilidad económica, evidentemente se ha visto reforzada en sentencias posteriores.

---

<sup>315</sup> En relación con la memoria sobre la sostenibilidad económica también pueden verse las sentencias STS 4651/2015, de 3 de noviembre; STS 4767/2016, de 27 de octubre; STS 2923/2017, de 12 de julio.

Por ejemplo, la STS 3287/2017, de 11 de septiembre , se adentra en recordar que la memoria exigida es un elemento reglado y alude específicamente al principio que es centro de atención en este trabajo, al apostillar,

*“el Informe de Sostenibilidad Económica es imprescindible en el arsenal documental de los Planes urbanísticos, se conecta a un uso eficiente de los recursos ya que, como es lógico, las actuaciones en materia urbanística no pueden estar desconectadas de las reales capacidades públicas para abordarlas”.*

La particular importancia del ámbito urbanístico ha conllevado otros pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con la memoria sobre la sostenibilidad económica. Y, ante el desarrollo que hemos llevado a cabo en los capítulos precedentes, conviene hacer referencia a alguna otra puntualización realizada; especialmente porque nos lleva a la cualidad de esta potestad administrativa (su discrecionalidad). Una cualidad compartida con la potestad organizatoria; en particular cuando expresa<sup>316</sup>

*“el ámbito de discrecionalidad que debe otorgarse a la corporación local a la hora de establecer su planificación futura permite entender que es posible que las previsiones contenidas en la planificación inicial partieran de unas premisas que no se han cumplido y si bien la memoria justificativa resulta ciertamente parca a la hora de establecer los datos que permitieran sostener las necesidades justificativas de una ampliación tan importante del suelo urbano y urbanizable, no puede negarse que en la fecha en que se procede a su aprobación pudiera existir una intención legítima de adelantar la configuración urbanística de la localidad a las necesidades que se objetivaban”.*

Así es, nos encontramos con dos actuaciones (forma de gestión y planificación urbanística) con proyección a futuro y una adecuada motivación de los objetivos, elementos técnicos, económicos, financieros, etc., son imprescindibles para garantizar que las potestades públicas se dirigen al fin para el cual fueron conferidas. La discrecionalidad administrativa conlleva distintas responsabilidades para las Administraciones y, en ningún caso, debe derivar en arbitrariedad, entendida ésta en un sentido amplio. En el tema que nos ocupa, continúa la sentencia,

---

<sup>316</sup> STS 5197/2016, de 11 de noviembre.

*“la discrecionalidad deriva en auténtica arbitrariedad desde el momento en que la Administración deja transcurrir un plazo de tiempo tan extenso que determina que lo que era una previsión de futuro queda plenamente refutada por las circunstancias del presente y sin que se proceda a justificar en modo alguno en esta sede jurisdiccional que existen datos que permiten entender que la aplicación de la norma en el año 2012 pueda realmente basarse en que las previsiones establecidas como justificativas de la revisión de las normas subsidiarias que se realizaron en el año 2001”.*

Como decimos, en el ámbito urbanístico y en el de gestión de los servicios públicos, la visión ha de ser a largo plazo y, no parece razonable intentar justificar alguna actuación en base a razones que el paso del tiempo ha desvirtuado. El elemento temporal es un parámetro inherente a la vertiente económica y a ésta no son inmunes las Administraciones. Además, el Tribunal insiste y recuerda la relevancia del aspecto económico y por eso precisamente se incorpora a las normas administrativas, al decir que se trata de,

*“un factor si no decisivo, al menos, muy relevante, para limitar el ejercicio de la potestad discrecional que se encuentra en manos de las Administraciones Públicas a la hora de elegir una ordenación urbanística u otra. (de igual modo que si nos encontramos ante una forma de gestión u otra). Como es lógico, no cabe que se opte por un modelo territorial que o no se puede llevar a cabo o es muy difícil que se realice con los recursos existentes, es decir, con los recursos de los que va a poder disponerse realmente. (no cabe optar por una forma de gestión manifiestamente insostenible económicamente). Ha de disponerse, pues, de medios que garanticen la ejecución de la actuación proyectada y ha de disponerse igualmente de medios bastantes para el mantenimiento de esa actuación después de que se haya materializado, (ha de justificarse suficientemente la eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión). En definitiva, debe partirse de previsiones económicas reales, incurriendo en vicio de anulabilidad el instrumento de planeamiento o las determinaciones del mismo que resulten irreales o desproporcionadas. La sostenibilidad económica no es así sino el reflejo de la verosimilitud del Plan”.*

Efectivamente, la sostenibilidad económica no es un concepto hueco ni vacío de contenido y que se puede obviar (aunque haya sido así durante años). Por el contrario,

es reflejo del mejor servicio prestado a los fines pretendidos con el servicio público y se apoya en el mandato constitucional de correlacionar los fines con los medios necesarios para su consecución (principio de eficiencia)<sup>317</sup>. En particular, en aquellas potestades discrecionales en las cuales el componente económico tiene incidencia potencial y efectiva en los derechos y libertades afectados por la actuación llevada a cabo, como el ámbito urbanístico o el organizatorio. Así, la indiferencia jurídica se diluye ante la insostenibilidad económica.

La vertiente económica ya forma parte de nuestras normas administrativas, aunque ello suponga un renovado límite en la tradicional discrecionalidad conferida y la opción seleccionada debe ser realizable y justificarse, también, por razones y en términos económicos. Al añadirse a las normas la expresa obligación de acreditar la sostenibilidad económica en las distintas actuaciones a realizar por las Entidades locales se redirige y condiciona la discrecionalidad administrativa a la justificación suficiente de ella, se trata de un elemento reglado.

En la elaboración de esta memoria o informe (como en otros relacionados con el principal tema de nuestro trabajo), tiene una incidencia potencial la forma en que se estén gestionando los servicios públicos implicados en la actuación urbanística llevada a cabo. De este modo, cuando se exige elaborar un informe sobre la sostenibilidad económica de esta actuación, nos encontramos con esa referencia imprescindible que viene dada por la forma de gestionar los servicios públicos locales implicados con carácter previo. En otras palabras, si la gestión realizada está siendo eficiente o ineficiente influirá en el contenido del referido informe.

La línea argumental señalada en las sentencias referencias nos permiten hacer una apreciación en relación con lo expresado en el capítulo anterior sobre nuestra postura favorable a los elementos incorporados por la Ley 9/2017 y relativos a la duración de los contratos. Como bien ha señalado el Tribunal Supremo, las condiciones que rodean las actuaciones administrativas varían con el paso de los años, especialmente en estos

---

<sup>317</sup> La memoria sobre la sostenibilidad económica también ha de insertarse en el ámbito del concepto de urbanismo sostenible y que, la Unión Europea lo concibe como aquel que, entre otros aspectos, trate al suelo como un recurso valioso que se utilice de la manera *más eficiente posible*, reutilizando solares y edificios vacíos dentro de las zonas urbanas en vez de construir en terrenos vírgenes, evitando así la expansión urbana, que refuerza la necesidad de desplazamientos y la dependencia del automóvil, aumentando la congestión del tráfico, el consumo de energía y la emisión de contaminantes. En este sentido, Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2004) 60 final, de 11 de febrero de 2004, “*Hacia una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano*”.

tiempos en que los cambios se pueden calificar de vertiginosos. Por esa razón, entre otras, nos parece acertada que deba justificarse suficientemente el plazo de duración de los contratos; pues, en muchos casos, nos encontramos con contratos para la gestión de los servicios públicos locales suscritos hace décadas y, realmente, se plantean situaciones como las señaladas por la sentencia referenciada al decir que no procede justificar mediante ciertas aplicaciones basadas en previsiones económicas realizadas hace más de una década.

A las referencias jurisprudenciales mencionadas se ha de añadir lo dicho en la sentencia 587/2012, de 4 de septiembre, especialmente porque nos sitúa en el centro de interés del tema que nos ocupa, en particular sobre la importancia de elaborar una memoria de sostenibilidad económica, su relación con la racionalidad organizatoria y los principios objeto de nuestra atención,

*"las decisiones y disposiciones normativas de los poderes públicos y, entre ellas, las referentes al planeamiento urbanístico, han de contar con soporte económico, (...), siendo ese soporte económico la expresión de la racionalidad que siempre ha de presidir la actuación administrativa (artículos 31.2 y 103.1 de la Constitución)".*

Aún queremos hacer mención a otra sentencia reciente del Tribunal Supremo, en concreto la 2780/2017, de 4 de julio, porque incide en esa relación entre los fines y los medios (principio de eficiencia) al decir,

*"el referido informe responde a un mandato con la finalidad de lograr un equilibrio entre las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios y la suficiencia de recursos públicos y privados para su efectiva implantación y puesta en uso, funcionamiento y conservación. Se trata, en definitiva, (...) de proporcionar un adecuado nivel de prestación de servicios a los ciudadanos".*

Como venimos argumentando, el control judicial de las actuaciones administrativas que conllevan la emisión de un juicio técnico, como es el caso de la sostenibilidad económica, es necesario para garantizar la finalidad para la que son conferidas las potestades públicas, independientemente del ámbito administrativo sobre el que se aplique.

De hecho, puede decirse que se impone la progresiva depuración conceptual cuando a la sostenibilidad económica nos referimos. Los primeros pasos los viene dando tanto la

jurisprudencia como las normas administrativas (como hemos visto). Aunque se ha de insistir en esta idea para evitar variedad de interpretaciones y aplicaciones en detrimento de la previsibilidad del Derecho, también en términos económicos.

Las normas administrativas definen cada vez con mayor exactitud la forma de ejercer las potestades públicas por parte de las Administraciones. Así, el margen de apreciación que tradicionalmente se dejaba a la Administración se está viendo delimitado por un marco regulatorio cada vez más específico, en particular por la vertiente económica. Otro de los ejemplos de esta realidad lo encontramos en la nueva Ley 39/2015, en particular en el nuevo Título VI mediante el cual se vienen a desarrollar los principios de buena regulación, entre los cuales se incluyen los principios de eficiencia y proporcionalidad en esta actuación. Así, también al regular los servicios públicos a gestionar se impone la aplicación de los fundamentos de los principios desarrollados en este título. Particular importancia tienen dos de los instrumentos normativos incorporados para garantizar su efectividad (en concreto las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de tales regulaciones)<sup>318</sup>.

---

<sup>318</sup> Estas evaluaciones forman parte de los cambios introducidos en el nuevo Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, rubricado como “De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones”. Las evaluaciones *ex ante* o *ex post* dirigen su interés en primer lugar hacia el interés general que hace o hizo necesaria la intervención normativa. A tal finalidad se acreditará que se han estudiado las posibles alternativas, que se han considerado sus principales efectos (tanto positivos como negativos); y de las opciones disponibles se habrá escogido la más idónea, la que mejor sirve al interés general pretendido. Aunque se ha de reconocer que ésta, en realidad, es una innovación ambivalente, al tratarse de articular unos instrumentos y unos principios conocidos entre nosotros. Aunque no impide que se produzca una adhesión incondicional pero, como se ha apuntado, parece difícil no mostrar cierto escepticismo ante lo que a todas luces no constituye sino una confesión de los propios vicios por parte de la Administración. Dicho de otro modo, lo expresado en el título mencionado se asemeja bastante a un retroceso en negativo de nuestro Ordenamiento jurídico, su lectura produce, inevitablemente, la impresión de que sus redactores hubieran confeccionado un listado de todos los vicios y disfunciones posibles del Ordenamiento español, plasmando a continuación sus directrices opuestas, en orden a corregir aquéllos, con la mejor de las intenciones posibles. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, enero-marzo 2016, págs. 11-28. Sobre la incidencia de las previsiones mencionadas en el ámbito local puede verse, ORDUÑA PRADA, E., “Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, nº 2, 2016, págs. 121-131. REINOSO CARRIEDO, A., “Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las Leyes 39/2015 y 40/2015”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 18, 30 de septiembre de 2016. BEJARANO LUCAS, J. M., “La implementación de la planificación normativa y de la denominada *better regulation* en el ámbito municipal”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 21, 15 de noviembre de 2016. CASADO CASADO, L., “La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 107, enero-abril, 2017, págs. 87-140.

Como vemos, el principio de sostenibilidad económica va formando parte de nuestras normas administrativas e incluyen diferentes elementos reglados dirigidos a conformar el juicio técnico emitido por las Administraciones (y también a su evaluación). La finalidad principal no es otra que la de aportar mayores garantías a los derechos y libertades afectados, en mayor o menor medida por las distintas actuaciones administrativas, también los económicos.

El principio de sostenibilidad económica progresivamente se ha desarrollado e incorporado a las normas administrativas; al fin y al cabo se trata de esa perspectiva con presencia propia, de una u otra forma, en buena parte de los ámbitos de actuación pública. En el caso de la elección de las formas de gestión de los servicios públicos es particularmente significativa, además de la referencia dada en la regulación del servicio público local (sobre estos principios), las Entidades locales encuentran en las normas básicas que regulan esta actuación distintos aspectos incorporados en los últimos años y el principio de sostenibilidad económica tiene un papel destacado. Tal es así que, como hemos desarrollado, viene a condicionar la elección de la forma de gestión a la motivación suficiente en términos de sostenibilidad económica, es decir, han de emitir un juicio técnico en este sentido y justificar la elección suficientemente.

Así, el actual entorno social, económico y financiero ha propiciado que nos dotemos de unas normas en general y las administrativas en particular en las cuales toman protagonismo principios que no han formado parte de ellas tradicionalmente.

Especialmente los referidos al ámbito económico, sobre todo cuando nos adentramos en actuaciones administrativas como las aquí abordadas: elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales. Ahora, las Entidades locales han de llevar a cabo esta actuación de acuerdo con las específicas exigencias incorporadas a las normas administrativas que son de aplicación; además del estricto ámbito financiero y presupuestario establecido, se ha de dirigir la atención hacia la mayor sostenibilidad y eficiencia en la forma de gestión, como hemos visto en los capítulos anteriores. De acuerdo con la nueva regulación nos encontramos con una actuación que participa de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y presenta una cualidad técnica en la que le es aplicable la doctrina jurisprudencial hoy consolidada para este tipo de actuaciones, en particular cuando nos acercamos a la motivación.

Para finalizar este trabajo nos dirigimos al último capítulo. En él haremos especial referencia a las prerrogativas de la Administración relacionadas con los contratos



públicos, especialmente las relativas a las modificaciones contractuales. También será de nuestro interés aquella que posibilita el cambio de una forma de gestión indirecta a una forma de gestión directa (el denominado rescate de las concesiones). En esta prerrogativa se da la circunstancia establecida en la norma básica local, se trata de una elegir la forma de gestión (realidad producida cuando se plantea cambiarla) y, naturalmente, se ha de justificar la eficiencia y sostenibilidad de la nueva forma de gestión. El capítulo lo cerraremos con unas notas sobre esa corriente que ha tomado protagonismo en los últimos años y cuya denominación más generalizada es la de remunicipalización, en particular para valorar sus argumentos con el nuevo marco normativo que venimos analizando.

## **CAPÍTULO VI.**

**EL CAMBIO DE LAS FORMAS DE GESTIÓN: ESPECIAL  
REFERENCIA A LA REINTERNALIZACIÓN O  
REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS  
PÚBLICOS DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.**



## **CAPÍTULO VI. EL CAMBIO DE LAS FORMAS DE GESTIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA REINTERNALIZACIÓN O REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.**

**1. La prerrogativa de modificación de los contratos ( *iuris variandi*) en el marco del principio de sostenibilidad económica.**

**2. El rescate de las concesiones y las implicaciones en la potestad organizatoria.**

2.1. El rescate de las concesiones.

2.2. Implicaciones organizativas en el supuesto del rescate.

**3. Reinternalización de la gestión de los servicios públicos locales (la corriente remunicipalizadora).**

3.1. Algunas consideraciones sobre la municipalización y remunicipalización.

3.2. Experiencias y estudios relacionados con la reinternalización de la forma de gestión de los servicios públicos locales.

3.3. Reflexiones sobre los argumentos para la “reinternalización” en la forma de gestión.

3.4. La participación ciudadana en las decisiones técnico-económicas, en particular las consultas populares.



## **1. La prerrogativa de modificación de los contratos ( *iuris variandi*) en el marco del principio de sostenibilidad económica.**

En la normativa sobre contratos públicos se ha de conjugar la aplicación de distintos principios generales de actuación pública. La contratación pública se rige por principios específicos de aplicación y desarrollo, tanto en el procedimiento dirigido a la licitación y adjudicación del contrato como los activados durante la ejecución de los contratos suscritos. Los unos y los otros son el marco de referencia para ejercer las prerrogativas contractuales y, con carácter general, se relacionan en la Ley de Contratos. Es decir, las prerrogativas contractuales son reconocidas por la Ley y no son expresión de un derecho subjetivo (son atribuidas “ *ex lege*”); y, la finalidad es concreta y específica: atender y proteger los intereses generales concernidos en el contrato y su naturaleza es reglada.

La Administración cuenta con un medio formal determinado para ejercitar las actuaciones necesarias derivadas de la relación contractual. En dicha relación, las facultades públicas exceden de las propias de los sujetos privados, más conocidas con el nombre de privilegio de la decisión ejecutoria y unilateral, en virtud de las cuales, la Administración puede decidir sobre todos los aspectos derivados de la relación contractual<sup>319</sup>. Entre las potestades que serían destacables se encuentran la perfección y validez del contrato, su interpretación y control (el modo, tiempo y forma de las prestaciones debidas por el contratista hasta la calificación de situaciones de incumplimiento), imposición de sanciones, prórroga del contrato, responsabilidades del

---

<sup>319</sup> Los principales privilegios administrativos en materia de contratación son: el poder de interpretación unilateral del contrato, la potestad de modificar el contrato por razón de interés público, potestad de resolución unilateral del contrato, el poder de dirección, inspección y control de las obras o servicios, etc. El artículo 190 de la Ley 9/20017 establece que “Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta. Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo”.

contratista, etc.<sup>320</sup>. Todas y cada una de ellas están dirigidas a la protección de los intereses generales, lo que constituye el mandato que dirige toda actuación administrativa.

Las Administraciones públicas, como titulares de los servicios públicos a gestionar de forma indirecta, cuentan con las prerrogativas reconocidas en las normas administrativas y dirigidas a garantizar la mejor gestión posible con el contrato suscrito. Y, tan importantes son las ejercidas durante el procedimiento para la adjudicación del contrato como las desarrolladas durante la vigencia del contrato.

La finalidad de tales prerrogativas públicas reconocidas normativamente es proteger el interés general afectado en cada actuación administrativa, ya sea durante el proceso de elaboración del expediente administrativo para la contratación, la adjudicación o la ejecución del contrato. Si el objeto del contrato es la gestión de un servicio público local también se dirigen a garantizar la mayor eficiencia y sostenibilidad justificadora de la elección (necesidad del contrato, como hemos justificado).

Como en la vida misma, en el ámbito contractual cabe la posibilidad de que surja la necesidad de modificar lo convenido, en cuyo caso la Administración cuenta con la potestad de introducir modificaciones en el contrato suscrito (*iuris variandi*). Esta tradicional prerrogativa permite a la Administración introducir ciertas variaciones en las condiciones previstas en el contrato. La principal argumentación se encuentra en el interés general inherente en todo contrato o acción administrativa desarrollada. La finalidad de esta prerrogativa resulta clara: una Administración, como gestora de los intereses generales vinculados a la ejecución del contrato administrativo, no puede venir obligada por lo pactado si ello va en perjuicio, precisamente, del interés general pretendido con el contrato. Así, el *iuris variandi* permite a la Administración modificar el contrato, por resultar más conveniente lo modificado para el interés general perseguido.

En coherencia con esta prerrogativa, la normativa contractual ha contemplado como principal contrapartida el derecho del contratista a ser compensado, en su caso, por los mayores costes devengados con las modificaciones introducidas y también por los

---

<sup>320</sup> Por ejemplo, en lo que a la garantía y liquidación del contrato se refiere, también se incluye dentro de las prerrogativas la de ampliar la garantía constituida cuando ésta pueda resultar insuficiente en orden al aseguramiento de las responsabilidades del contratista, en este sentido se pronunció la STS 2547/1980, de 11 de febrero.

posibles perjuicios derivados. Los efectos de la modificación pueden ser variados y las consecuencias dependen directamente de cuáles sean éstos, regulándose por la ley y los decretos, en relación con cada tipo de contrato.

La jurisprudencia ha incidido en la necesidad de ejercer esta potestad por motivos estrictamente relacionados con el interés público y delimitarlos muy claramente del interés económico del contratista o concesionario. En el caso de la contratación para gestionar un servicio público tiene dicho que ha de primar el interés público general y no el interés económico del concesionario o el beneficio único de algunos usuarios<sup>321</sup>. En este sentido, recuerda decididamente la excepcionalidad de esta prerrogativa: *“el ius variandi debe ejercerse atendiendo al interés público que demanda la prestación del servicio y que constituye su causa o finalidad, no estando justificado su ejercicio en aras de un interés particular como es el económico del concesionario, en detrimento del propio servicio y de los derechos de los demás interesados en su prestación”*<sup>322</sup>.

La *ius variandi* es una potestad reglada. Sólo puede ejercerse dentro de los límites establecidos y con sujeción a lo previsto en la normativa contractual. Por tanto, no permite a la Administración actuar indiscriminadamente y no puede modificar irracionalmente los contratos administrativos; entre otras razones para que no se desnaturalice el objeto del contrato. En consecuencia, en la modificación pretendida se debe motivar suficientemente el interés general justificativo del ejercicio de estos poderes y ha de ser expreso, claro y bien argumentado<sup>323</sup>.

La jurisprudencia reitera que la supremacía de que goza la Administración en materia contractual existe para que a su través se asegure la mejor prestación de los servicios públicos y la regla interpretativa tenderá siempre a asegurar el buen funcionamiento del servicio, y la prestación del mismo de forma regular y continua. Pues, el *ius variandi* trae su causa en la más inmediateamente posible satisfacción del interés público,

---

<sup>321</sup> Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia 1019/2003, de 17 de febrero, FJ 2º.

<sup>322</sup> STS 3711/1986, de 29 de junio FJ 2º.

<sup>323</sup> Las facultades de que disponen las Administraciones públicas en la fase de ejecución de los contratos son muy relevantes. Las conocidas como cláusulas exorbitantes no son, en rigor, cláusulas contractuales al contenerse en la legislación sobre contratos e incluso pueden encontrar cobertura en la posición jurídica de la Administración y los privilegios de la que está investida. En este sentido ESTEVE PARDO, J., *Lecciones, ...*, op. cit., págs. 336-347.



*procurándose en todo caso, que la prestación incumplida o defectuosamente cumplimentada se interrumpa o cese ante graves quebrantos del interés público (...)*<sup>324</sup>.

Así, el juego del interés general, al que debe servir objetivamente la Administración, explica nuevamente su especial posición jurídica y las prerrogativas públicas en este ámbito administrativo. Únicamente esa finalidad explica que la inalterabilidad de los contratos administrativos tenga excepciones. Y, la protección del interés general en la gestión de los servicios públicos, también es la finalidad a satisfacer con las prerrogativas en materia contractual, ahora reforzado por el principio de sostenibilidad económica.

Las normas sobre contratación pública proporcionan un cauce para ejercer las prerrogativas otorgadas a la Administración, mediante un conjunto de garantías procedimentales para la adopción de estos actos<sup>325</sup>. La modificación debe acordarse a través de un expediente contradictorio, justificando las razones de interés público para imponer la modificación y su alcance; aunque su ejercicio, como se ha dicho, debe tener una interpretación restrictiva.

La principal argumentación que justifica la restricción para ejercer esta prerrogativa se encuentra en que los cambios introducidos podrían llegar a variar las condiciones establecidas en el contrato y, tener entre otras consecuencias, la de incrementar considerablemente su precio inicial. En el supuesto de la gestión de un servicio público también puede desvirtuar la eficiencia y sostenibilidad justificativa para elegir esta forma de gestión.

Ante esta eventualidad nos encontramos con otra de las potestades administrativas sometida al prevalente interés general de todas ellas y sólo entrará en juego cuando existan necesidades nuevas o causas imprevistas. Y, los extraordinarios poderes ostentados por la Administración, sobre el fondo y la forma, se proyectan sobre la

---

<sup>324</sup> Como señala el Tribunal Supremo, por ejemplo en la Sentencia 3055/1995, de 29 de mayo, “es un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas, con el fin de que se construya la obra que demanda el interés público, o sea, su correcta ejecución que es el sentido finalista que justifica toda la especialidad de las normas reguladoras de esta singular materia de los contratos administrativos en que el interés general es el que debe prevalecer en todo caso. En este sentido se pronunció la Sentencia 2287/1979, de 2 de julio, al señalar que una de las características del contrato de obra pública es la prevalencia del fin sobre el objeto.

<sup>325</sup> Sobre ellas puede verse, entre otros SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo, parte general*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 640-651.

relación contractual administrativa y suponen una profunda desigualdad entre las partes<sup>326</sup>.

Como ya se ha mencionado, el ejercicio de esta prerrogativa (como otras) tiene como principal contrapartida el derecho del contratista al equilibrio financiero del contrato, el cual se concreta en tantas acciones de resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios como agresiones haya sufrido en sus derechos contractuales provenientes de la Administración, o de otras causas y/o circunstancias<sup>327</sup>.

La posibilidad de modificación contractual encontró en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas cierta flexibilidad para ejercerla y contribuyó a un cierto abuso de esta posibilidad, al utilizarse, por ejemplo, para salvar defectos detectados en la licitación realizada.

Como en otras reformas de las normas administrativas llevadas a cabo en los últimos años, la Ley de Economía sostenible, vino a introducir ciertas limitaciones en las modificaciones contractuales con origen, fundamentalmente, en la jurisprudencia comunitaria. En particular, a partir de la aprobación de esta norma se distingue con mayor claridad entre aquellas circunstancias previstas en los pliegos de las que son imprevisibles pero; en todo caso, se rebajó la cuantía por la cual se admite la modificación<sup>328</sup>. Aunque ambas conlleven modificaciones en la relación contractual tienen tratamiento normativo diferente, especialmente tras la aprobación de la Ley 9/2017.

Así entra en juego, la teoría del riesgo imprevisible; en virtud de la cual se puede producir una ruptura en el equilibrio financiero del contrato (ahora tanto concesional

---

<sup>326</sup> Las especialidades de la contratación pública en general y de la fórmula de la concesión en particular, con cierta tradición entre nosotros, conlleva también que se deba analizar la posición del contratista en relación con los usuarios del objeto de la concesión. En este sentido puede verse SANZ RUBIALES, I., “Los poderes del concesionario de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de Administración Local*, nº 291-2003 (homenaje al profesor Martín Retortillo), págs. 1063-1084.

<sup>327</sup> Como bien se ha defendido, es como si todas las reglas de la contratación pública, al igual que los diez mandamientos, se resumieran en dos: primero, que la Administración hace y deshace, interpreta, compone, suspende, modifica, modula y arregla a su criterio las prestaciones debidas por el contratista, e, incluso, resuelve el contrato; y segunda, que el contratista tiene derecho a salir económicamente indemne de esta aventura contractual. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II, Régimen Jurídico de la actividad administrativa*, ed. 23ª, Ediciones académicas, Madrid, 2017. págs. 232-243.

<sup>328</sup> El régimen de modificación de los contratos fue reformado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y reflejada en los artículos 105 a 108 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Con esta reforma se vino a establecer un régimen particularmente estricto, sometido a la concurrencia de causas tasadas.

como servicios) y reviste tratamiento diferenciado, en particular porque se ha de identificar con claridad el significado de causa imprevisible (motivación suficiente). Los efectos de este tipo de riesgo (en el supuesto de gestionar un servicio público) pueden alcanzar a la propia continuidad en su prestación; pero su origen está en causas sobrevenidas (como su propio nombre indica: se trata de supuestos con origen en causas imprevisibles, es decir, no podían anticiparse ni estimarse en el momento de la contratación o de la elección de la forma de gestión).

En este supuesto, la Administración (como titular del servicio) acude en ayuda del contratista, adoptando las medidas necesarias para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público y, en su caso, garantizando el equilibrio financiero del contrato. La razón es obvia: si así no lo hiciera puede suponer la propia inviabilidad de la prestación y perjudicar el interés general pretendido con el servicio público gestionado mediante esta fórmula (en realidad, esta posibilidad se da independientemente de la forma gestión)<sup>329</sup>.

La cuestión radica en diferenciar netamente el origen del posible desequilibrio y no confundir con el de mitigar un posible desequilibrio financiero producido por circunstancias *ajenas* al contrato (durante su vigencia e imprevisibles), con ciertas prácticas consistentes en desplazar a la Administración el riesgo consustancial de los contratos. Es decir, el riesgo imprevisible no constituye ni una garantía de beneficio para el contratista ni un seguro destinado a cubrir las posibles pérdidas del contratista (sobre todo si devienen de las incertidumbres definidoras del riesgo operacional).

La institución del riesgo imprevisible pretende asegurar la prestación del servicio público contratado y que no se vea alterado por posibles circunstancias anormales sobrevenidas, no imputables al contratista<sup>330</sup>. Lo imprevisible o extraordinario no es

---

<sup>329</sup> La teoría del riesgo imprevisible fue introducida en nuestro Derecho a partir del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (artículos 126 y siguientes), en el que expresamente se estableció que la Administración concedente debía revisar las tarifas y la subvención "cuando, aún sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión" (artículo 127.2 del citado Reglamento). Y, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la legislación posterior, han incorporado plenamente y consagrado la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible.

<sup>330</sup> En este sentido, la sentencia de del TSJ del País Vasco, de 17 de noviembre de 2000 señaló que "el restablecimiento del equilibrio económico no se traduciría tampoco en una compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario como en el caso del *ius variandi*, sino en un reparto entre concedente y concesionario de los perjuicios imprevisibles". Y destaca, entre otras, la STS 2703/1980, de 21 de octubre ("la teoría del restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión no está establecida como una garantía del concesionario, ni como un seguro que cubre sus pérdidas, pues puede pagar incluso

incompatible con el de riesgo definidor de la concesión, en rigor forma parte de la vida misma.

Las recientes Directivas de contratación pública traspuestas a nuestro Ordenamiento jurídico, como en otros aspectos, recogen por primera vez en el Derecho de la Unión una regulación sobre la modificación de los contratos, en el marco de la libre competencia pretendida en el ámbito de la Unión Europea y, en esencia, han incorporado al cuerpo normativo la jurisprudencia comunitaria desarrollada sobre las modificaciones contractuales. Tal jurisprudencia se basa, entre otros, en el objetivo de promover la competencia en la contratación pública. Por tanto, no parece del todo coherente con este objetivo que las normas sólo aseguren y garanticen la competencia efectiva en la licitación, también es necesario evitar modificaciones posteriores cuyo efecto pueda ser, precisamente, desvirtuar el contrato licitado<sup>331</sup>.

---

a favor de la Administración, sino como una técnica que persiguen el fin último de asegurar el mantenimiento del servicio público en circunstancias anormales y prestar el servicio en el modo previsto en la concesión". La STS 10792/1986, 25 de abril declaró que "la revisión debe orientarse hacia el mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que no impida la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración, imponiendo un auténtico seguro de beneficios mínimos en favor del concesionario o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos". La STS 3511/2001, de 30 de abril, por su parte, acude a la figura jurídica doctrinal de la cláusula "*rebus sic stantibus*" o riesgo imprevisible para el restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste. Y la STS 7878/2003, de 9 de diciembre, resume los presupuestos de esta doctrina al decir "como hemos expuesto en alguna otra ocasión, la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula "*rebus sic stantibus*", exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado". Sólo por citar alguna de las numerosas sentencias de los últimos años en relación con las concesionarias de las autopistas y reciente en el tiempo, se encuentra la STS 3962/2017, de 17 de octubre, en la que se reitera la jurisprudencia consolidada, es decir, "que en nuestro Ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a la aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("*ius variandi*" o "*factum principis*"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "*ius variandi*", "*factum principis*" y fuerza mayor o riesgo imprevisible".

<sup>331</sup> Así, para garantizar la efectividad de la competencia y de las reglas a su servicio, el Derecho europeo progresivamente ha ampliado su ámbito introduciendo reglas relativas a la ejecución, en la medida en que determinadas prácticas nacionales podían desnaturalizar las reglas de adjudicación, estableciendo de manera restrictiva las condiciones y límites del ejercicio del *ius variandi*, así como las reglas en materia de subcontratación (para favorecer el acceso de las pyme), o los requisitos que deben guiar la introducción de cláusulas sociales y medioambientales. Vid. MALARET i GARCÍA, E., "El nuevo reto

También se incorpora al cuerpo normativo el tradicional régimen del “*factum principis*” y pasa a ser un supuesto optativo para el contratista, si le resulta extraordinariamente oneroso<sup>332</sup>. En particular expresa la Ley 9/2017 (artículo 270.4), que “*se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar*”.

En estos casos también se indica, “*cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes*”.

En la gestión de los servicios públicos, las modificaciones contractuales se conectan con la mayor eficiencia y sostenibilidad justificadora de elegir esta forma de gestión. Así,

---

de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 15, junio-2016, págs. 21-60.

<sup>332</sup> Las tres instituciones o excepciones al “principio de riesgo y ventura” y “precio cierto”, se encuentran en el “*ius variandi*”; el “*riesgo imprevisible*”; y el “*factum principis*”. Las diferencias entre ellas son resumidas, entre otros, por la Audiencia de Cuentas de Canarias (Dictamen en relación con la consulta formulada por el Ayuntamiento de Cadelaria relativa a la solicitud de compensación económica presentada por la empresa concesionaria de los servicios de recogida de residuos urbanos, de 31 de octubre de 2007) al decir que en el “*ius variandi*” para que proceda la compensación tiene que darse una modificación contractual acometida por la Administración contratante y con arreglo a lo contenido en el TRLCAP. Tratándose de un “*riesgo imprevisible*”, que igualmente produzca una alteración del equilibrio económico contractual, cuya reparación no es posible mediante la revisión de precios, entra en juego la compensación al amparo de la denominada “*doctrina del riesgo razonablemente imprevisible*” conectada a la “*cláusula Rebus Sic Stantibus*”, como señala el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo. del TS de 30 de abril de 1999, al decir que “*como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de la ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes que la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato, o en su caso la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado*” Y en este sentido el TS en su Sentencia de 26 de diciembre de 1990, establece que para que sea aplicable dicha doctrina como fórmula compensatoria, las circunstancias concurrentes además de imprevisibles ha de haberse producido sin culpa de los contratantes. Finalmente la teoría del “*factum principis*”, alude a la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación debida a medidas administrativas generales, que aunque no modifican directamente el objeto del contrato ni lo pretenden, inciden sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. El Tribunal Supremo considera (STS de 25 de abril y de 20 de diciembre de 1986), necesario para que se de el nacimiento del derecho indemnizatorio en estos casos, ha de tratarse de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista dando lugar a la citada compensación.

las modificaciones no sólo pueden afectar a la concurrencia en la contratación pública sino que podrían hacer variar los motivos dados para justificar y optar por esta forma de gestión del servicio público afectado. Principalmente, porque las modificaciones suelen tener asociados un incremento de los recursos necesarios para la ejecución del contrato y los cambios introducidos pueden alterar sustancialmente la sostenibilidad económica y la financiera que fundamentaron la celebración del contrato<sup>333</sup>.

En consecuencia, la Ley 9/2017 no permite una modificación de tal magnitud que pueda alterar la naturaleza del contrato o significativamente algunas de sus condiciones. Además, es posible que si las modificaciones pretendidas hubiesen formado parte del expediente administrativo podría haber afectado tanto al resto de empresas licitantes como a la propia opción por la gestión indirecta; dicho de otro modo, cabe la posibilidad de que esta opción organizativa no fuera ni eficiente ni sostenible.

La nueva ley de contratos contempla dos grandes supuestos para poder modificar los contratos: las específicamente previstas en los pliegos del contrato y las que resulten imprevisibles. El artículo 203.2 de la Ley 9/2017 es claro:

*Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación sólo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:*

- a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;*
- b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.*

*En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6*

---

<sup>333</sup> También, como se ha recordado, afectar indiscutiblemente al principio general que informa el cumplimiento de los contratos como es el de riesgo y ventura, que impone al contratista todo el rigor en términos económicos que pueda derivarse de la ejecución del contrato en los estrictos términos económicos que se pactaron. El contratista debe sufrir las consecuencias económicas de una eventual mayor onerosidad respecto al precio pactado (riesgo), y puede beneficiarse del eventual menor coste (ventura). Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual, ...*, op. cit, págs. 453-455.

*del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.*

En relación con las primeras (las previstas en los pliegos) deben ser lo suficientemente precisas y basarse en criterios objetivos, es decir, no se admiten cláusulas generales dejadas a la libre apreciación de la Administración contratante (así se reduce considerablemente la discrecionalidad administrativa). Dice el artículo 204 que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se ha de advertir *expresamente* de esta posibilidad y añade taxativamente *en la forma y con el contenido siguiente*:

*a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.*

*b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.*

Además, si el contrato tiene por objeto la gestión de un servicio público local, por mandato de la mayor eficiencia y sostenibilidad esgrimida para optar por esta forma de gestión, se encontraría con otra limitación normativa derivada de dicho mandato. Aunque la efectividad de ésta última no está garantizada expresamente por la norma básica local. Pero, esto no quiere decir que deba dejarse de lado. Permitir esa vía puede generar, precisamente, desvirtuar el contenido del expediente que justifica la elección de esta forma de gestión y, no creemos que deba darse un tratamiento distinto a lo previsto en la Ley de contratos, a pesar de que los concernidos sean los usuarios de los servicios públicos y no el empresario contratado.

Sobre las segundas (circunstancias imprevisibles) tienen que responder a su propia definición, es decir, acreditar su imprevisión (no podían anticiparse por los órganos técnicos de la Administración en el momento de la elaboración del expediente de contratación). El artículo 205 detalla las posibilidades de modificaciones no previstas en

el pliego de cláusulas administrativas particulares, concretamente son tres: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales:

*1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:*

*a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.*

*b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.*

*2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:*

*a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:*

*1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.*

*2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.*

*b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que*



*tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:*

*1º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.*

*2º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.*

*3º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.*

*c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.*

*Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:*

*1º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.*

*En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.*

*2º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.*

*En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.*

*3º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.*

*En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:*

*(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda , aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.*

*(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación”.*

En relación con las previsiones normativas y relativas a las modificaciones contractuales, el Consejo de Estado , en su Dictamen sobre esta norma , las saluda al decir que “ *prevalece la seguridad jurídica* ”; y, añadimos nosotros, si estamos ante la gestión indirecta de servicios públicos locales también debería prevalecer la garantía de la eficiencia y sostenibilidad exigida por la norma básica local y esgrimida por la Entidad local para optar por una u otra forma de gestión . Por ser, precisamente, el imperativo ahora incorporado y condicionante necesario para optar por la gestión indirecta del servicio público.

En este sentido, se ha de hacer referencia a la regulación del régimen económico financiero de los contratos para la gestión de los servicios públicos, en particular cuando lo sea a través concesión. El artículo 270 contempla algunas novedades destacables, sobre todo las relacionadas con la determinación del riesgo operacional. Por ejemplo, “*no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico - financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario* ” (apartado 2.b))<sup>334</sup>.

Así, se regula uno de los supuestos habituales en las modificaciones contractuales. Es decir, no hay derecho al restablecimiento del equilibrio financiero cuando se incumplan

---

<sup>334</sup> Es el sentido ya referenciado, se puede ver la STSJ de Castilla y León 1415/2015, de 9 de marzo.

las previsiones del estudio económico, o no se ajusten a la realidad durante la ejecución del contrato; lo haya realizado la Administración o el concesionario. Se viene a aclarar esa línea jurisprudencial basada en que el incumplimiento de este tipo de previsiones en la concesión podría dar lugar a indemnización cuando la Administración no había hecho el estudio pertinente.

Es decir, nos remite a la rigurosidad en la determinación del riesgo operacional. En el supuesto de ser un contrato concesional el medio utilizado para gestionar el servicio público local se estará a lo previsto en el apartado cuarto del artículo referenciado,

*El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:*

*a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.*

*b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.*

En suma, las prerrogativas detentadas por la Administración en esta actuación siempre se han circunscrito al poder de ésta para modificar el objeto o las condiciones del contrato amparada exclusivamente en razones de interés público<sup>335</sup>. El principio de inalterabilidad contractual implica que los pliegos no puedan ser modificados durante su vigencia; pero también se encuentra la facultad de la Administración para modificar unilateralmente el contrato (en los términos establecidos en la norma o en los pliegos), cuya modificación es obligatoria para el contratista, dentro de ciertos límites<sup>336</sup>. Y,

---

<sup>335</sup> En este sentido MESTRE DELGADO, J. F., “La posición singular de la Administración en la contratación administrativa”, *Revista Española Derecho Administrativo*, nº 47, 1985, págs. 425-448.

<sup>336</sup> La prerrogativa de interpretación no autoriza a la Administración a imponer a la otra parte cláusulas o condiciones que no estuviesen incluidas en el pliego de condiciones (STS 11913/1988, de 9 de julio). Tal prerrogativa, según la STS 6380/1995, de 14 de diciembre, tiene su razón de ser, en la mejor satisfacción del interés público, e insiste en que toda la actividad administrativa no supone ejercer esta facultad de forma caprichosa o arbitrariamente, porque además está prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución”. La finalidad de esta prerrogativa, “no es otra que la de solucionar cualquier divergencia o conflicto durante la ejecución del respectivo contrato siempre, desde luego, en aras del interés público. Más esta facultad o poder de decisión ejecutoria es objeto, en todo caso, de control y revisión jurisdiccional.

como las modificaciones suelen conllevar una mayor carga para el adjudicatario del contrato entonces también va acompañada de la correspondiente compensación por las modificaciones introducidas y no contempladas en el régimen económico-financiero del contrato a fecha de su adjudicación<sup>337</sup>.

La diferencia viene dada porque la nueva Ley de contratos detalla con mayor exactitud las condiciones para ejercer ésta y otras potestades públicas. En el caso de la gestión de los servicios públicos locales se evidencia la pretensión normativa de garantizar la mejor gestión posible del servicio público. Y, proteger no sólo los derechos del contratista sino también los de los destinatarios del servicio público, en particular los económicos.

Durante la ejecución de los contratos, la modificación es una de las prerrogativas, quizá la más importante de la Administración en este ámbito. Pero, si los contratos sólo pueden ser modificados por razones de interés público, en los casos y forma establecidos, entonces podemos decir que esta prerrogativa, exclusivamente, pretende proteger del fin perseguido con el contrato<sup>338</sup>. Y, en la gestión del servicio público se ha de valorar la relación entre los fines y los medios empleados para su consecución (también en las modificaciones), entre los intereses generales perseguidos y las medidas adoptadas para garantizarlos, por mandato del principio de eficiencia.

Las modificaciones contractuales han sido y son frecuentes, habida cuenta de la larga duración que han tenido tradicionalmente algunos de los contratos, en particular las

---

<sup>337</sup> Ahora bien, en nuestro Ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible. Así se resume, entre otras en la STS 956/2015, de 28 de enero, FJ 2º IV.

<sup>338</sup> El contrato se lleva a cabo con una precisa determinación de derechos y obligaciones de las partes contratantes. El contrato sigue siendo "ley para las partes", como la jurisprudencia viene reconociendo desde hace más de un siglo. No existe exorbitancia. El interés general queda subsumido, encapsulado en las determinaciones que figuran en la documentación, en la que se expresa la "voluntad" de la Administración, que, con la de los particulares, constituye el contrato y los vincula mutuamente. Es desde esta perspectiva, y no desde la prerrogativa, como puede explicarse la modificación de los contratos administrativo. Vid. MEILAN GIL, J. L., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuestas de revisión", *Revista de Administración pública*, nº 191, mayo-agosto, 2013, págs. 11-41.

concesiones. Estos plazos conllevan que las circunstancias inicialmente previstas en los contratos suelen variar de forma considerable a lo largo de la vida del contrato.

Aunque la regulación de ésta y otras potestades haya sido parca y flexible; una vez más, ha sido el impulso comunitario el que ha reformado la Ley de Contratos y culminado con la aprobación de la Ley 9/2017<sup>339</sup>. Ahora bien, ni ésta ni otras normas ya vistas, afectan a las tradicionales prerrogativas generales; el principal cambio se encuentra en la expresa exigencia de ciertas obligaciones implícitas en su ejercicio, sobre todo explicar y expresar los motivos de las actuaciones administrativas, especialmente por cambios de condicionales por imperativos y regulando de forma más pormenorizada distintos aspectos relevantes.

Entre los aspectos que han pasado a estar más desarrollados por las normas administrativas destaca la vertiente económica, sobre todo los elementos dirigidos a garantizar la sostenibilidad económica en la prestación del servicio público. Así, la mayor eficiencia y sostenibilidad exigida en la norma básica local encuentra reflejo en el ejercicio de distintas prerrogativas contractuales cuando se gestiona de forma indirecta un servicio público.

En este sentido, se ha de mencionar otra de las novedades de la Ley 9/2017 y se encuentra en la preceptiva obligación de los órganos de contratación de designar un responsable del contrato. El artículo 62 obliga a estos órganos a realizar tal designación *“los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato”* (se aplica a todos los contratos suscritos por las Administraciones). A diferencia de la norma anterior en la cual se configuraba al responsable del contrato como una mera opción puesta a disposición de los órganos de contratación, *“Los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato”* (artículo 52 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público)<sup>340</sup>. La importancia de la designación del responsable del contrato se ha enmarcar, a nuestro modo de ver, entre las garantías

---

<sup>339</sup> En la actualidad, los contratos celebrados por las entidades del sector público, incluidos los contratos privados sólo pueden modificarse en dos supuestos (artículo 203). En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho, ...*, op. cit, págs. 642 y ss. BAÑO LEÓN, “El “modificado” de los contratos” en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, (Dir.) Giménez Feliu, Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 1345-1364.

<sup>340</sup> Nótese el cambio del condicional por el imperativo y su similitud con el cambio producido a la hora de elegir la forma de gestión del servicio público. Salvo en el contrato de obras (en este caso es el Director facultativo la persona directamente responsable de comprobar y vigilar la correcta realización de la obra contratada).

normativas incorporadas para evitar que se diluyan las responsabilidades dirigidas a la efectiva aplicación de las prescripciones contractuales, al ser ahora preceptiva su designación en los contratos celebrados para gestionar los servicios públicos.

En el tema centro de nuestra atención y conectando con lo que después se dirá es de interés hacer referencia a la prerrogativa del rescate de las concesiones y, sobre la cual, la Ley de Contratos incluye alguna novedad destacable en el sentido aquí defendido. Además, el rescate ha tomado cierto protagonismo en los últimos años, especialmente en el marco de esa corriente llamada remunicipalizadora y a la que haremos referencia en el epígrafe final de este capítulo.

## **2. El rescate de las concesiones y las implicaciones en la potestad organizatoria.**

### **2.1. El rescate de las concesiones.**

El estado actual de la evolución legislativa y jurisprudencial (como venimos desarrollando) testimonia que para las Administraciones públicas ya no es suficiente apelar al interés general (mediante justificaciones de lo más variadas) en el ejercicio de las potestades públicas. La potestad organizatoria ha visto completada su tradicional configuración discrecional mediante la incorporación de ciertos principios, especialmente los económicos, y desarrollados mediante una serie de elementos reglados dirigidos a definir el contenido de la motivación a realizar por las Administraciones; y, con ello, ampliar las garantías jurídicas relacionadas con los derechos y libertades de los ciudadanos afectados por ella, también los económicos. De esta forma, se refuerza del mandato constitucional de la misión encomendada a las Administraciones, sobre todo en su relación con los principios que presiden y condicionan el ejercicio de las potestades administrativas; principalmente aquellos que conectan los fines pretendidos con los medios o recursos necesarios para su consecución (entre ellos tiene especial relevancia el principio de eficiencia).

Así, el interés general en que se fundamenta toda actuación pública y en virtud del cual las normas administrativas atribuyen esta potestad se está reconduciendo de la mano de los principios. Los cambios normativos inciden directamente en el margen de actuación

atribuido tradicionalmente en ciertos ámbitos de actuación administrativa. Ese margen les permitía elegir entre varias soluciones igualmente justas pero no igualmente eficientes y sostenibles (no formaba parte de las normas reguladoras). En el particular caso de las prerrogativas contractuales, para el supuesto de tratarse de gestionar un servicio público local, se conectan directamente con el fin específico de esta actuación, el cual vincula a la Administración, lo que impide su ejercicio espurio<sup>341</sup>.

Hemos hecho referencia a algunas de las prerrogativas contractuales. Entre ellas se encuentran aquellas que habilitan a la Administración para decidir la resolución del contrato unilateralmente. Con carácter general, se puede decir que se trata de una potestad exorbitante de la Administración y sólo puede ejercerse si se dan los requisitos establecidos en la ley para cada tipo de contrato.

La resolución unilateral del contrato podemos calificarla como el último recurso y sólo se podrá ejercer ante palmarios incumplimientos por parte del contratista (caducidad); o bien, cuando las razones de interés público determinen la imperiosa necesidad de extinguir la relación contractual. En el caso de los contratos concesionales es posible que el interés público aconseje incluso asumir la gestión directamente por parte de la Administración, ya sean de obras o de gestión del servicio público concernido, en cuyo caso se denomina rescate<sup>342</sup>.

En relación con la figura del rescate es importante aclarar que se trata de un supuesto que no tiene carácter sancionador (no deviene de incumplimiento por parte del contratista). Su única y exclusiva finalidad es la protección del interés general y, además, conduce necesariamente a una gestión directa del servicio público, en su caso<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> Como bien se ha defendido, el interés general no es un “manta” que cubra de un modo indiscriminado toda la actuación de la Administración. Siendo necesario, convendría no mitificarlo. Por ejemplo, se comprueba en la jurisprudencia comunitaria que la apelación al interés general por un Estado miembro de la UE no impide la nulidad de una disposición que vulnera los principios que figuran en el Tratado de la Unión en los que se funda la Directiva de contratos públicos. Vid. MEILAN GIL, J. L., “Las prerrogativas, ...”, op. cit., págs. 11-41.

<sup>342</sup> En esencia, el régimen del rescate ha permanecido inalterado durante las últimas décadas y ha ido pasando a los sucesivos textos legales que han regulado la contratación primero de las Administraciones públicas y después del sector público.

<sup>343</sup> Es importante la aclaración realizada al decir que la resolución de un contrato no será rescate si concurre otra causa válida de resolución. Por ejemplo, negociar con el contratista una resolución por mutuo acuerdo. Tampoco será rescate si concurre una causa de resolución que sea imputable al contratista, pues habría que aplicar ésta última. Si así no se hiciese se estaría liberando al contratista, en fraude de ley, de las consecuencias gravosas que tiene la resolución culpable de un contrato

La propia configuración del rescate nos remite a su cualidad de medida excepcional contemplada para los contratos concesionales, por cuanto supone una reversión anticipada de la ejecución de la obra o la gestión del servicio público; y sólo podrá ejercerse por estricta conveniencia para el interés general de la obra o el servicio, el cual aconseja que sea ejecutado o gestionado en lo sucesivo por la propia Administración, mediante alguna de las formas de gestión directa prevista normativamente<sup>344</sup>.

Una actuación de este alcance no podía quedar ajena a los cambios normativos relacionados con las formas de gestión de los servicios públicos. Además, nos encontramos con uno de los supuestos en los cuales se ha de emitir un juicio técnico: el cambio de una forma de gestión indirecta (mediante la rescisión del contrato) por una forma de gestión directa.

El rescate es una resolución administrativa adoptada “por razones de interés público” (sin que tengan por causa una actuación imputable al contratista) y la Administración decide poner fin al contrato suscrito con carácter previo a la finalización del plazo previsto en el mismo. Nos encontramos ante una causa de resolución prevista tradicionalmente en las normas contractuales. Su fundamento, ya se ha dicho, se encuentra en la necesaria subordinación a los intereses generales de toda actividad administrativa y, en este supuesto, se manifiesta en el ejercicio de una prerrogativa de la Administración especialmente incisiva en relación con lo acordado mediante la celebración del contrato; al fin y al cabo nos encontramos ante una forma especial de expropiación<sup>345</sup>. Y, como tal genera el correspondiente derecho de indemnización a

---

administrativo para aplicarle condiciones muchos más ventajosas. En este sentido MIGUEZ MACHO, L., “La asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos: perfiles jurídicos administrativos”, en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, (Ed.) Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017.

<sup>344</sup> Así se ha recordado insistentemente por la jurisprudencia, por ejemplo la STS 2313/1999, de 5 de abril.

<sup>345</sup> En las formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales, la modalidad de la concesión, ha sido una de las figuras que más se ha asociado con esta actuación pública. En este sentido, se ha de hacer notar que las otras dos modalidades de concesión (dominio público y obra pública) son instituciones íntimamente vinculadas, pues en muchas ocasiones por su propia naturaleza se muestran indivisibles. De hecho, suele ocurrir que la concesión demanial se encuentre ligada a contratos cuyo objeto es la gestión de un servicio público y además éste último puede conllevar la realización de obras. Aunque no forme parte de este trabajo se ha de incidir en que la gestión de los servicios públicos, por su propia naturaleza, tiene diversas implicaciones en ámbitos y con alcance amplio.



favor del contratista desposeído del derecho adquirido con la adjudicación del contrato<sup>346</sup>.

Como nos encontramos ante una decisión unilateral de la Administración no puede ser gratuita, tampoco en términos de motivación. En ella se activa y refuerza la necesidad de justificar cómo beneficia al interés general una decisión como ésta, en su doble vertiente: de un lado la gestión directa por la que se sustituye y, de otro, la necesidad de indemnizar al contratista.

El rescate de los contratos concesionales conlleva la reunificación en una misma persona (la Administración titular de la gestión y la titularidad del servicio público, como cualquier gestión directa). Cuando la Administración opta por una fórmula de gestión indirecta, como son las concesiones, está atribuyendo al tercero adjudicatario el derecho de gestionar el servicio público objeto del contrato, que no su titularidad. En virtud de ejercer esta prerrogativa se trata de recuperar la gestión del servicio público para sí y, correlativamente, se le priva al concesionario del derecho adquirido por el contrato de seguir gestionando o explotando el servicio. Además, insistimos, se ha de producir esa circunstancia específicamente exigida en las normas contractuales. Es decir, no se trata de una reacción de la Entidad local como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del contratista. Esta última circunstancia es el elemento diferenciador de otras formas de finalización de los contratos, como la caducidad (motivada porque el contratista ha incumplido gravemente las obligaciones esenciales de su relación contractual).

El Texto Refundido de 2011, para el caso de la explotación de una obra pública por un particular, decía *“Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular”* (artículo 269.g. causas de resolución). A esta previsión general para las concesiones de obra pública se añadía como forma de resolución de los contrato de gestión de servicios públicos *“el rescate del servicio por la Administración”* (artículo 286.b) y, escuetamente expresaba *“ por razones de interés*

---

<sup>346</sup> En relación con la determinación de la cuantía indemnizatoria, como se ha matizado, cuando se ha pronunciado la jurisprudencia, unas veces se ha apelado a la Ley de Expropiación forzosa y otras a los criterios indemnizatorios de la legislación administrativa contractual, un reflejo de la indeterminación que rodea esta figura. Sobre esta dualidad y los criterios indemnizatorios puede verse GONZÁLEZ -VARAS IBÁÑEZ, S., “Rescate de concesiones”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 28, 2013, págs. 121-151.

*público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente” (artículo 287.2).*

Así, la figura jurídica del rescate ha sido una actuación discrecional de la Administración y fundamentada exclusivamente en motivos de interés público. Y, sólo en base a ellos, la Administración podía recuperar la gestión del servicio para prestarlo directamente antes de finalizar el plazo de duración establecido en el contrato suscrito.

Es importante realzar la principal consecuencia del rescate, es decir, implica necesariamente la gestión directa por parte de la Administración. La jurisprudencia lo ha recordado, “ *el ejercicio de esta prerrogativa no se ajustó a los condicionantes exigidos, por cuanto, las razones jurídicas que adujo la Administración para resolver por motivos de interés público las relaciones contractuales y consiguientemente acordar el rescate de la concesión lo fue en beneficio de un tercero, al cual se le adjudicó la prestación de aquel mismo servicio público*”<sup>347</sup>.

En el rescate también se han de señalar los dos supuestos principales que se pueden dar: el “rescate forzoso” (por las razones de interés público) y el “rescate contractual”<sup>348</sup>. Este último es aquel en el cual la reunificación de la titularidad y la explotación del servicio se produce por las causas y en las circunstancias expresamente tipificadas en el propio contrato y con el alcance compensatorio también fijado en el negocio jurídico bilateral llevado a cabo, en el cual se pacta la extinción anticipada de una concesión de servicio público para su gestión directa, en todo caso.

En uno y otro supuesto, el rescate de la concesión comporta la privación al empresario del derecho a seguir gestionando el servicio público. No se trata de expropiar la empresa

---

<sup>347</sup> STS 2313/1999, de 5 de abril.

<sup>348</sup> Ambos supuestos son explicados muy bien por la STS 2310/1999, de 5 de abril, en la cual se expresa que el artículo 77, número 10 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, al igual que el artículo 127 del Reglamento de Servicios, artículo 127.1, faculta a las Corporaciones para dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificasen las circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causasen, o sin él cuando no procediese; de esta forma se configura lo que podríamos denominar el rescate forzoso, como una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos, por razones de interés público, expresamente contemplada en el artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa y sujeta como toda expropiación a una indemnización de terminada; frente al rescate contractual, que también opera como causa de extinción de la concesión antes de su expiración normal, en virtud de las cláusulas establecidas en el pliego de condiciones, en cuyo caso la indemnización del concesionario se realiza según las modalidades previstas en el contrato (...). Pero, en uno y otro supuesto, el rescate del servicio supone una reversión anticipada, cuyo motivo se encuentra en la conveniencia para el interés general de que el servicio sea gestionado en lo sucesivo por la propia Administración o a través de un ente público dependiente de la misma.

concesionaria, sino de privar de un derecho patrimonial conferido por un contrato. Por esa razón, el uso de esta prerrogativa, constituye el ejercicio de una potestad administrativa que presenta también naturaleza expropiatoria, de la cual deriva, tras seguir el procedimiento administrativo debido, en la producción de un acto definitivo de extinción anticipada y excepcional del contrato concesional<sup>349</sup>.

Admitido que el rescate es una declaración unilateral de la Administración, entonces nos lleva a una forma anormal de finalización de determinadas concesiones públicas, por oposición a la forma normal de hacerlo: su cumplimiento o el transcurso del plazo convenido. Y su declaración, decimos de nuevo, se producirá, necesariamente y exclusivamente, por razones de interés público, es su auténtica razón<sup>350</sup>.

El rescate, como el resto de potestades *ex lege*, es una potestad administrativa irrenunciable. A nuestro modo de ver, tanto en ésta como en otras, se hacía necesaria la expresa incorporación a la normativa de ese mandato añadido y complementario: motivar suficientemente los beneficios de esta actuación y la mejora producida en la gestión del servicio público rescatado<sup>351</sup>.

Entre las novedades introducidas por la nueva Ley de contratos, en esta prerrogativa, se ha mencionado en primer lugar la desaparición de la anterior referencia a la discrecionalidad en esta decisión. Además, se añade a la inherente obligación de la gestión directa por parte de la Administración el recordatorio de la eficiencia ya

---

<sup>349</sup> En relación con la naturaleza expropiatoria se ha expresado que si asumimos el carácter patrimonial del rescate entonces hemos de remitirnos al artículo 41 de la Ley de Expropiación forzosa que regula la privación imperativa de concesiones administrativas. Este supuesto normativo es una reversión anticipada por causa del interés general, que es ajena a cualquier incumplimiento del concesionario, y corresponde al concesionario una compensación económica como justiprecio de esa privación coactiva, y tiene los mismos efectos que una expropiación forzosa. En la misma obra se desarrolla la diferencia y estimación de considerar el rescate como expropiación y no como responsabilidad patrimonial de la Administración. Vid. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión del servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 1379 y ss. De otro lado, la excepcionalidad de esta medida está presidida, con mayor intensidad si ello es posible, por el servicio de los intereses generales, en la que además, se habrán de respetar las obligaciones de buena administración que garantiza la adopción de la mejor decisión posible para los intereses generales. Este aspecto es desarrollado por PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 40, 2016, págs. 68-108.

<sup>350</sup> Es de interés la síntesis realitzada, en relación con la figura jurídica del rescate, en forma de consideraciones y consecuencias por FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Documentación administrativa. Nueva Época*, nº 4, enero-diciembre, 2017, págs. 71-91.

<sup>351</sup> El rescate forma parte del ámbito de aplicación del nuevo artículo 44 de la Ley 9/2017 y, se une al control jurisdiccional en el denominado “Recurso especial en materia de contratación”, con carácter potestativo, y esta decisión es susceptible de ser rescindida en dicha vía administrativa de control.

contemplada para las Entidades locales en la norma básica local. Así se expresa en la letra c) del artículo 279 para las concesiones de obra pública:

*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. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es **más eficaz y eficiente** que la concesional.*

Naturalmente, se repite esta exigencia en el artículo 294, letra c), para el caso de encontrarnos ante una concesión cuyo objeto sea la gestión de un servicio o servicio público:

*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.*

Además, como hemos señalado en capítulos precedentes, ante la verdadera posibilidad de gestionarse algunos servicios públicos mediante un contrato de servicios, en el nuevo artículo 312 se añaden como causas de resolución de estos contratos “*las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 294*”, (letra g del nuevo artículo 312)<sup>352</sup>. Así se incorporan a esta modalidad contractual ciertas previsiones tradicionales de las concesiones<sup>353</sup>. Por tanto, esta prerrogativa se mantiene en la nueva ley (como el resto de las relacionadas con la gestión de los servicios públicos).

---

<sup>352</sup> Ya se ha hecho referencia a la letra c). Las otras formas de resolución son las contempladas en la letra d) La supresión del servicio por razones de interés público; y la letra e) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

<sup>353</sup> También se han de mencionar los criterios de determinación y cálculo de la indemnización del contratista en los casos de rescate incluidos en el artículo 295.1 señala que en los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, como es el rescate forzoso, ésta 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 los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión”. También se cambia la forma de cálculo del lucro cesante. Además, estas modificaciones no afectan al principio general de la indemnización íntegra al empresario de todos los daños y perjuicios que se le irroguen por la extinción anticipada del contrato, incluyendo la pérdida

Sin embargo, esta prerrogativa no ha sido ajena a la obligación de motivar en términos de eficiencia cuando se aborda la elección de la forma de gestión, independiente de la forma a través de la cual se plantee. De esta forma, las Administraciones, no sólo las locales, han de justificar, junto al imprescindible interés público inherente en esta prerrogativa exorbitante, la mayor eficacia y eficiencia en la futura gestión directa a realizar. Esta obligación se ha de poner en directa relación con lo exigido por el artículo 85.2 de la Ley 27/2013 para las formas de gestión de los servicios públicos locales (recordamos e insistimos de nuevo en la importancia de la redacción dada al primer inciso de este artículo).

En consecuencia, las Entidades locales no podrán alegar sólo los motivos de interés general tradicionales (en base a los cuales se han utilizado las más diversas justificaciones) para acudir a esta opción. Además, por mandato de las normas básicas, habrán de acreditar suficientemente que la forma de *gestión directa es más eficaz y eficiente*. En otros términos, para los servicios públicos locales debe ser más eficiente y sostenible. De esta forma, se generaliza la exigencia de esa otra vertiente de atender al interés público que nos aportan los principios objeto de atención en este trabajo, como una garantía jurídica dirigida a alcanzar una forma de gestión de los servicios públicos locales sostenibles económicamente<sup>354</sup>.

En relación con el rescate de las concesiones se ha de hacer mención a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, que regula el régimen de transitoriedad. En su apartado tercero se incluye una referencia específica a los acuerdos de rescate, en cuanto a la aplicación de la nueva ley, y expresa *“la presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate (...) que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor”*. Este es uno de los supuestos a los cuales les será de aplicación las previsiones de la nueva ley desde su entrada en vigor.

Las implicaciones y repercusiones de esta prerrogativa alcanzan más allá de la propia rescisión del contrato. Es decir, cobra relevancia particular el ámbito organizatorio por cuanto se pasa a gestionar el servicio público rescatado de forma directa. A este aspecto nos dirigimos a continuación.

---

del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a la Administración, habida cuenta de su grado de amortización y los beneficios futuros que deje de percibir del contratista” (artículo 295.4).

<sup>354</sup> En esta idea, recientemente se ha defendido, que la opción por una forma de gestión u otra tendría que ser una decisión eminentemente técnica y guiada por consideraciones de sostenibilidad financiera, eficacia y eficiencia. Vid. MIGUEZ MACHO, L., “La asunción,...”, op. cit., págs. 29-70.

## 2.2. Implicaciones organizativas en el supuesto del rescate.

Como hemos visto, en cada una de las actuaciones administrativas relacionadas con la forma de gestión de los servicios públicos locales, junto a los intereses generales siempre presentes en las actuaciones administrativas, se añade el explícito mandato de justificar la mayor eficiencia y sostenibilidad. De este modo, las Entidades locales han de emitir un juicio técnico en términos económicos. Así, uno de los principales cambios llevados a cabo, también en la regulación de la figura del rescate, se encuentra en la expresa presencia del principio de eficiencia en la forma de gestión a cambiar. De esta forma, el ejercicio de esta prerrogativa se conecta y alinea con el resto de modificaciones normativas relacionadas con la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales. Tales modificaciones, en su parte fundamental, las hemos analizado en los capítulos que conforman este trabajo de investigación.

En nuestros días, el legislador está dirigiendo su atención hacia ese mandato ciertamente implícito en esta potestad: la optimización en el uso de los recursos públicos, en su más amplia concepción. Debemos insistir nuevamente en las cuatro décadas transcurridas desde la incorporación del principio de eficiencia a nuestra Carta magna para verlo desarrollado en nuestras normas administrativas.

En la regulación de la prerrogativa del rescate dada por la Ley 9/2017 se producen los dos cambios destacados en este trabajo. De un lado, desaparece la expresión “*discrecionalmente adoptada*”; y, de otro, se incorpora la expresa exigencia de acreditar la mayor eficiencia en la gestión directa frente a la indirecta a sustituir (recordemos, no obstante la buena gestión del contratista)<sup>355</sup>. La consecuencia no es otra que reconducir la tradicional discrecionalidad administrativa por el camino de los elementos reglados, mediante la expresa exigencia de elaborar una serie de informes y aplicación de criterios de valoración específicos en esta actuación (al fin y al cabo se trata de elegir la forma de

---

<sup>355</sup> Así, bajo el principio de “*pacta sunt servanda*” los diferentes contratos, sean de meros servicios, sean de servicios para la gestión de servicios públicos o mediante concesión debe respetarse lo pactado, o proceder al uso de los mecanismos de resolución anticipada, pero si se producen por el uso de meros criterios de oportunidad (como el rescate) no se encuentran amparados por la actual legislación. Pues, tras la aprobación de la Ley 09/2017 debe justificarse en criterios económicos y no subjetivos. En este sentido GARCÍA RUBIO, F., “Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos”, *Documentación administrativa Nueva Época*, nº 4, enero-diciembre, 2017, págs. 119-135.

gestión del servicio público). Y, dirigidos fundamentalmente a ese espacio ocupado por el principio de sostenibilidad económica en las formas de gestión de los servicios públicos en general y los locales en particular.

La nueva regulación de la figura del rescate se une a la línea normativa abordada específicamente en este trabajo. En nuestra opinión, la nueva redacción muestra coherencia con las previsiones de otras normas dirigidas a garantizar la mejor gestión posible de los servicios públicos. También creemos que es la razón por la cual se añade taxativamente la obligación de incluir en el expediente administrativo los informes y criterios de valoración para emitir el juicio técnico relacionado con la mayor eficiencia y sostenibilidad en las formas de gestión de los servicios públicos locales. Aunque, en realidad, a las Administraciones simplemente se les recuerda un mandato general de nuestra Carta magna, la diferencia es que ahora no caben atajos ni excepciones.

El rescate es una decisión ejecutiva de la Administración y para llevarla a cabo debe seguir el procedimiento establecido<sup>356</sup>. Junto a la consecuencia del rescate de privar al contratista o concesionario del derecho a gestionar el servicio público local se encuentra la necesidad de dotarse de una estructura organizativa propia para gestionar el servicio público rescatado. La fórmula organizatoria elegida por la entidad local, ahora, debe ser la más eficiente y sostenible.

Como en toda actuación administrativa habrá un acuerdo inicial de la Entidad local. En este supuesto, ese acuerdo presenta ciertas dificultades añadidas. Y serán mayores o menores en función de si el rescate se lleva a cabo por alguna de las causas previstas en el propio contrato o se trata de un rescate forzoso.

En el supuesto del rescate forzoso, iniciado el procedimiento se dará audiencia al contratista en un plazo de 10 días<sup>357</sup>, y, es probable la oposición del contratista; entonces será necesario el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo de la

---

<sup>356</sup> La declaración del rescate la lleva a cabo el órgano contratante, con la excepción de los contratos de los órganos adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas y en tales supuestos, dice la Ley 9/2017 “se tendrá que acordar por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador” (artículo 319).

<sup>357</sup> La regla de la unilateralidad se entiende en el sentido de que nunca es necesaria ni la conformidad de la otra parte ni la resolución judicial y el trámite de audiencia al contratista no es más que ese trámite en que se plantea la conformidad del contratista con el rescate iniciado. Además, el mencionado informe es un elemento reglado necesario y su omisión invalida el procedimiento. Así lo ha declarado la jurisprudencia, entre otras la STS 8516/2003, de 29 de diciembre o la STS 6845/2008, de 12 de diciembre.

Comunidad Autónoma. Tras la evacuación de ese informe se dictará la resolución del contrato por rescate.

Entre los efectos de resolver el contrato y dar por finalizada su vigencia se encuentran tanto la obligación del concesionario de transferir las instalaciones afectas al titular del servicio público y, del lado de la Administración, la de indemnizar al concesionario.

Paralelamente, la Administración debe dotarse de la estructura organizativa necesaria para desarrollar la actividad rescatada. Esta actuación es independiente de las cuestiones suscitadas en el procedimiento para resolver el contrato. La principal razón se encuentra en la garantía de continuidad en la prestación del servicio público.

En el caso de ejecutar el rescate (forzoso o voluntario), la Entidad local debe justificar la eficiencia y sostenibilidad del cambio en la forma de gestión. En ese expediente se ha de incluir la justificación del derecho del concesionario a ser indemnizado; es decir, nos encontramos con una obligación financiera que ha de valorarse en términos de la sostenibilidad financiera de las formas de gestión, también exigida normativamente<sup>358</sup>.

Ya hemos aludido a la vertiente financiera y también a la posibilidad de acudir a las reglas y procedimiento establecidos en la Ley de Expropiación Forzosa (al tratarse de una acción que participa de la naturaleza de la institución expropiatoria)<sup>359</sup>.

Otro de los problemas a valorar, con cierta envergadura, es el relativo a los trabajadores de la empresa que venía prestando el servicio público a rescatar<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> Junto al mencionado artículo 295 se encuentra la previsión del 280 de la Ley 9/2017 (para la concesión de obra), en el cual se alude a la indemnización por los daños y perjuicios que se le irroguen el contratista, el apartado tercero del citado artículo establece que se deberán tener en cuenta: a) Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario. b) La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización.

<sup>359</sup> La STS 2313/1999, de 8 de abril, explica que el rescate es una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos. En este sentido, se ha defendido que la recuperación de la gestión de un servicio público habrá de recorrer el procedimiento administrativo referido a la expropiación, y todo lo que no sea eso será una actuación unilateral que quedará fuera de la vía jurídica correcta. Junto a esta postura se encuentra una recopilación de los numerosos problemas que pueden generar decisiones políticas cuando se ejercen potestades públicas pero que están cada vez más perfilados por los límites introducidos en las normas. Vid. GIMENO FELIU, J. M., SALA SÁNCHEZ, P., QUINTERO OLIVARES, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrio y seguridad jurídica*, Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Barcelona, mayo, 2015.



En suma, la andadura del recate presenta diversas problemáticas . En el marco de este trabajo interesa incidir en la otra cara de la moneda : la dotación de la estructura organizativa necesaria para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público local . Y, sobre todo, en la respuesta dada en relación con la mayor sostenibilidad económica de la gestión directa frente a la indirecta a rescindir (tanto por mandato de la Ley 9/2017 como por el dado en la Ley 7/1985 para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales ). En consecuencia, el principio de sostenibilidad económica se ha convertido en un a obligación desarrollada en las distintas normas reguladoras de esta actuación. De esta forma se redefine la forma de ejercer distintas potestades administrativas y en particular la de elegir la forma de gestionar los servicios públicos locales<sup>361</sup> .

Como en otros aspectos desarrollados en esta tesis haremos referencia a la problemática planteada cuando la Entidad local opta por la creación de un ente instrumental para gestionar un servicio público (rescatado o no) acudiendo a algún supuesto concreto ; sobre esta cuestión la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones. Ya se ha hecho alusión a varios aspectos relacionados con el principal tema de este trabajo y ahora pretendemos completar lo dicho hasta ahora con algunas notas añadidas y vinculadas con el supuesto de ejercer esta prerrogativa.

Para intentar ilustrar el alcance de las distintas implicaciones de esta prerrogativa, en lo que al ámbito organizatorio se refiere , acudiremos al caso resuelto por el Tribunal

---

<sup>360</sup> Sobre este aspecto verse CASTILLO BLANCO, F. A., “La remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, nº 58 -59, 2016, págs. 72 -95. También el más reciente: *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales* , Estudios de relaciones laborales, Diputación de Barcelona, 2017. Otros trabajos relacionado son, ALFONSO MELLADO, C. L ., “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos” en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, (Ed.) Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017, págs. 125 - 156. En la misma obra, FEIJOÓ REY, “La integración como empleados públicos del personal de las empresas contratadas”, págs. 157-183.

<sup>361</sup> En el sentido defendido en este trabajo, r ecientemente, se ha recordado que “la disyuntiva entre una u otra forma de gestión, si la una o la otra resulta ineficiente, su cambio no será una opción sino un imperativo legal (el contenido en el artículo 85.2), máxime cuando la *publicatio* de los servicios públicos implica que siempre residan en manos municipales. La decisión administrativa no se detendrá en una mera motivación (con apelaciones generales) sino que exigirá una debida diligencia; la cual demanda la ponderación y adecuación a las obligaciones jurídicas derivadas de los estándares judiciales del derecho a una buena administración”. Vid. COTS i VALVERDE, R., “La elección de la forma de gestión de los servicios públicos municipales” en *El interés general y la excelencia en los servicios público s. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías* , Editores Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017, págs. 71-124.

Supremo mediante la sentencia 596/2002, de 1 de febrero. El interés en el caso enjuiciado se centra en que se trata de un rescate (mediante acuerdo con el contratista), pero nos centramos en mayor medida en la vertiente interna: en la elección de la fórmula organizatoria para gestionar el servicio público rescatado. También es de nuestro interés porque el Pleno municipal acuerda la creación de una sociedad municipal con capital íntegramente público que desarrollará, entre otras actividades, la de prestar el servicio público rescatado (concretamente la recogida de basuras y limpieza viaria) y se ha decidido gestionarlo mediante la sociedad municipal creada.

Según consta en la sentencia aludida, el acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación fue *“la constitución de una empresa pública con vocación de permanencia a la que se permite el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia con la empresa privada”*.

No obstante, recordemos, estamos ante una decisión enmarcada en la prerrogativa del rescate. Es importante esta acotación porque como se señala expresamente en la sentencia *“en la descripción del objeto social no hace referencia al concreto servicio público de cuya gestión se trata, sino que contiene una serie de actividades, algunas de ellas ni siquiera relacionadas con la recogida de basuras y limpieza viaria, como la limpieza de edificios públicos y la creación, mantenimiento y conservación de jardines”*.

Además, insiste el Tribunal, *“en los Estatutos se establece la posibilidad de que las actividades que constituyen el objeto social puedan ser desarrolladas a través de otras sociedades mediante la adquisición de sus acciones o participaciones”*. Y sólo se expresa que junto a esa serie de actividades a desarrollar por la sociedad creada, se encuentra *“la adjudicación del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria a la sociedad constituida”*.

Sobre esta última mención, en la sentencia se señala lo obvio, al decir que en realidad *“habría sido innecesaria si el propósito de la Corporación hubiera sido su gestión directa por medio de dicha sociedad”*. Como decimos, el acuerdo del Pleno de la Corporación consiste en la creación de la sociedad mencionada, pero se dirige más a detallar otras actividades a desarrollar por ella, a pesar de tratarse de un acuerdo plenario con origen y finalidad en el rescate voluntario de la gestión del servicio público referenciado. En este sentido insiste la sentencia al decir que es *“el propio Ayuntamiento el que rescinde, por mutuo acuerdo, el contrato existente para la gestión del servicio”*.

Y, se lleva a cabo porque dicha Corporación municipal considera que *“es de interés para el Ayuntamiento el rescate del servicio y se acepta la fecha en la que se asume la gestión del mismo”*. Aunque no se detalla el interés que justifica la actuación<sup>362</sup>.

En este caso no se han presentado discrepancias con el contratista, por tanto señala el Tribunal que *“la cuestión planteada en este recurso consiste, en último término, en resolver si la creación de una sociedad mercantil municipal que tenga por objeto un servicio público local esencial implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución y, en consecuencia, exige, como presupuesto, la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida a que se refiere el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local y que aparece regulado en el artículo 97 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril”*.

Así, nos encontramos con la otra cuestión de nuestro interés ya mencionada. Es decir, se trata de dilucidar si las especiales circunstancias que se presentan cuando la actividad económica a desarrollar reviste la forma de servicio público tiene alguna particularidad en lo que a la forma de gestión se refiere. Más específicamente cuando esa actividad sólo la pueden desarrollar los particulares si se les adjudica el contrato. Esto es, se trata de una actividad reservada a las Administraciones. Y, si la reserva y, en su caso, el monopolio en la prestación desvirtúa su condición de actividad económica o conlleva especialidades en lo que a la creación de entes instrumentales para tal finalidad se refiere. Este sentido lo aclara muy bien la sentencia al decir que *“la gestión de servicios públicos por medio de gestión directa a través de una empresa en régimen privado de*

---

<sup>362</sup> En este sentido, de acuerdo con el actual marco normativo, se ha señalado que deberá demostrarse que es posible y más beneficioso para el conjunto de la ciudadanía que la gestión y prestación del servicio regrese a la Administración, y, cumpliendo con lo que establece la nueva Ley, la justificación que dé la Administración podrá ser controlada judicialmente, lo que incluye tanto la posibilidad de suspender la ejecución como de la anular el acuerdo de rescatar. Naturalmente, es posible que la causa del rescate no sea el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la concesión, y ni siquiera se dé por la Administración una explicación a su decisión unilateral, aunque se invoque, sin concreción alguna, la excusa del interés público o social concurrente (lo cual durante mucho tiempo ha sido suficiente para iniciar una expropiación). Si todo rescate debe justificarse en atención al interés público, y por eso la Administración puede producir una resolución motivada que así lo explique, esas situaciones estarán en la ilegalidad, lo cual quiere decir que el propio acto administrativo por el que se decide el rescate de una concesión, puede llegar a ser constitutivo de prevaricación, no confundir con el de expropiación ilegal. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Recuperación legítima y expropiación delictiva” en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, (Ed.) Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017, págs. 185-228.

*capital municipal no exige que se trate de los servicios esenciales comprendidos en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, sino que puede realizarse en otras materias en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, siempre que se trate de actividades que sean de utilidad pública y se presten dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes (artículo 96 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local) ”.*

Además, continúa el argumento: *“el hecho de que se trate de servicios esenciales no altera sustancialmente los requisitos establecidos por la Ley para dicha creación. Estos requisitos, en efecto, derivan sustancialmente del carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público a que dedique su actividad”.*

A nuestro modo de ver, coincidente con lo expresado en esta sentencia y lo previsto en las normas reguladoras, en las opciones organizatorias lo relevante no es si se trata de un servicio esencial o reservado. Ya hemos argumentado el carácter instrumental de las formas de gestión independientemente de si se trata de servicios públicos o no; o si se trata de servicios públicos reservados. La cuestión no se centra en la creación del ente instrumental (perfectamente posible) sino en la obligación que tienen las Administraciones de expresar las razones de su creación y, entre ellos se encuentran los beneficios reportados a los destinatarios del servicio a prestar con el cambio en la forma de gestión, en este caso mediante la creación de una estructura organizativa que prestará el servicio público recatado, junto a otras actividades,

De acuerdo con ello, se expresa nítidamente en la sentencia que *“la necesidad de previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida encaminada al ejercicio de la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, en este caso consistentes en la prestación de un servicio público esencial, es común a todos los casos de creación de empresas mercantiles para la gestión de servicios públicos”.*

Y, de acuerdo con este principio general de actuación administrativa se llama la atención sobre *“la necesidad de que se pronuncie el Pleno sobre la forma de gestión del servicio cuando se trata de actividades que vayan a ser ejercidas por empresas municipales en régimen de pública concurrencia, por no tratarse de un servicio prestado en régimen de monopolio o con arreglo a la Ley ”.* Pero, como ya se ha mencionado, la particularidad que supone la reserva de ciertos servicios públicos *“no*

*supone que en el caso de gestión de servicios públicos esenciales por este medio no deba pronunciarse igualmente el Pleno de la Corporación”.*

La argumentación de esta precisión es clara y se detalla en la sentencia al decir “ *en efecto, por una parte, el artículo 97.1 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, al regular dicho expediente, prescribe con carácter general la aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad Local (letra d). En segundo lugar, el artículo 86.3, de la Ley de Bases del Régimen Local establece la efectiva ejecución de las actividades comprendidas en el artículo 86.3, en régimen de monopolio requiere, entre otros requisitos, lo dispuesto en el número 2 de este artículo. A su vez, el artículo 97.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril exige que el acuerdo sea adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.*

Pues bien, en base a las razones expuestas se concluye: “*no puede aceptarse el razonamiento conforme al cual la creación de empresas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales estaría exenta de la necesidad de un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida”.*

Además, como ya se ha indicado, la sociedad creada desarrollará distintas actividades, aunque nos encontramos en el ámbito de un procedimiento específico (el rescate de un servicio público). Precisamente por ello se insiste en la sentencia que “*los antecedentes relativos al rescate de la concesión del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria y el acto consiguiente consistente en la adjudicación a la misma de dicho servicio, obligan a interpretar que dicha sociedad, al menos como objeto fundamental y básico, se creaba con el fin de gestionar dicho servicio”.* A pesar de lo cual, al definir el objeto social de la empresa no se alude a este servicio público rescatado<sup>363</sup>.

---

<sup>363</sup> En relación con la amplitud del objeto social de las empresas municipales ya se ha hecho referencia a la STS 5279/1989, de 10 de octubre, ahora conviene recordar lo siguiente “ *mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean ilícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el artículo 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación”.* En esta sentencia también se recuerda que “*el principio de la especialidad de las empresas públicas exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues sólo conociéndolos la misma se podrá examinar en todos sus aspectos (técnico,*

Por tanto, concluye el Tribunal *“como se deduce de los anteriores fundamentos de derecho, la creación de una empresa municipal no puede hacerse, conforme al artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, sin un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida. Este requisito aparece justificado por el carácter excepcional que, desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de mercado (artículo 38 de la Constitución) reviste la intervención pública en la actividad económica (artículo 128 de la Constitución). La existencia de ésta no resulta afectada por el hecho de que la actividad económica de que se trate se haya reservado al poder público como servicio esencial en régimen de monopolio (artículo 128.2, inciso segundo, de la Constitución). El sometimiento al Derecho mercantil de una actividad de carácter económico, con la consiguiente huida de las limitaciones que impone el Derecho administrativo a la actividad de los poderes públicos, comporta por sí una intervención de aquella naturaleza”*. Y, en este caso *“ el expediente cuya tramitación exige la Ley no ha existido, como expresamente reconoce el Ayuntamiento”*.

El artículo 86 de la norma básica local habilita a las Administraciones locales para ejercer la iniciativa pública económica y también ha sido reformado por la Ley 27/2013. Sobre su actual redacción podemos repetir los argumentos dados para la elección de la forma de gestión<sup>364</sup>. Es decir, la reforma ha consistido en incorporar la obligación de elaborar distintos informes que completan la tradicional regulación del expediente administrativo y también señalar criterios de valoración para emitir el juicio técnico inherente a esta actuación.

De esta forma, cuando una Entidad local se plantea cambiar la forma de gestión de un servicio público local, ya sea mediante la prerrogativa del rescate, no licitando nuevamente el contrato vencido o licitar un contrato para gestionar el servicio que se viniera prestado de forma directa o indirecta, debe tener en cuenta que la tradicional discrecionalidad caracterizadora de las potestades relacionadas con la elección de la forma de gestión ha variado considerablemente (junto a otros cambios en la misma

---

económico, social, jurídico) y se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público, es decir, si interesa al bien común que se cree y nazca una empresa pública que ejerza aquella o aquellas concretas actividades empresariales o económicas”.

<sup>364</sup> Sobre la nueva regulación de la iniciativa pública económica local se ha afirmado que “se viene a reducir el amplio margen de discrecionalidad”. En este sentido, CUESTA REVILLA, “Las competencias municipales: una aproximación a su nuevo régimen jurídico”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, febrero de 2014, págs. 98-125.

dirección). La modificación ha consistido, básicamente, en recordar a las Entidades locales la obligación de motivación en todas sus actuaciones, mediante la incorporación de preceptivos informes a elaborar y también establecer criterios de valoración a tener en cuenta para conformar los expedientes administrativos en cada caso. Como hemos argumentado, se incide en los aledaños del juicio técnico a emitir por las Entidades locales, muy especialmente desde el punto de vista del principio de sostenibilidad económica.

En consecuencia, teniendo en cuenta el renovado marco normativo y la jurisprudencia desarrollada, cuando se llevan a cabo actuaciones con un componente técnico prevalente, como es la elección de las formas de gestión de los servicios públicos, las Entidades locales encuentran unos elementos reglados que hasta ahora no tenían<sup>365</sup>.

La naturaleza y finalidad del contenido de los expedientes exigidos en cada actuación administrativa los convierten en presupuesto procedimental esencial para legitimar la actuación de las Entidades locales, tal como aparecen configurados en las normas y de acuerdo con los principios constitucionales que condicionan todas sus acciones<sup>366</sup>. Por tanto, en la actualidad, no serán aceptables, en términos jurídicos, las apelaciones genéricas a los intereses generales o a la simple aseveración de la mayor eficiencia y sostenibilidad de una u otra forma de gestión; sino que ese juicio técnico se ha de motivar de forma concreta y específica, de acuerdo con lo previsto en las normas reguladoras.

Como ha recordado la jurisprudencia, aunque referido a la gestión indirecta, “*no hay en el ejercicio de estas prerrogativas discrecionalidad alguna, sino sujeción a las reglas de la hermenéutica jurídica y la última palabra corresponde al control judicial*”<sup>367</sup>. Un

---

<sup>365</sup> Uno de los trabajos de referencia, en el que se resumen algunas de las primeras correcciones introducidas en la regulación de los contratos en general y las concesiones en particular, es el de LÓPEZ RAMÓN, “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 243, 1989, págs. 563-610.

<sup>366</sup> En relación con las concesiones se ha defendido que la concesión administrativa y su extinción han de perder los componentes de discrecionalidad a favor de la seguridad jurídica, esa ha de ser la regla de oro. La Administración pública debe explicar, en primer lugar, las razones que le llevan a cesar en la prestación directa de un servicio transfiriendo a una empresa pública, a fin de saber si la única razón es eludir el control del derecho administrativo. Con mayor o, al menos, igual motivo tendrá que explicar los motivos que le llevan a la transferencia de un servicio al sector privado por la vía de la concesión. Vid. QUITERO OLIVARES, G., “Recuperación legítima y expropiación delictiva” en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, Editores Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017, págs. 71-124.

<sup>367</sup> Así se expresa la STS 965/1999, de 15 de febrero.

poder, el judicial, que ahora encuentra en las normas administrativas distintos elementos reglados para desarrollar la función que tienen encomendada: control de legalidad. En el bien entendido que el control de los actos administrativos llevado a cabo por los Tribunales no se dirige a sustituir la decisión adoptada por la Entidad local. El control de los acuerdos adoptados se residencia en comprobar la adecuación de lo expresado por la Administración a lo querido por la norma mediante la conformación de los expedientes administrativos jurídicamente obligatorios; en particular los referidos al principio de sostenibilidad económica en la elección de la forma de gestión. De esta forma, podemos asimilar algunos pronunciamientos sobre la gestión indirecta a lo exigido para elegir la forma de gestión, por ejemplo cuando se afirma que “*no es cuestionable su pleno sometimiento al control judicial y, aunque algunas decisiones tengan un cierto contenido interpretativo, ello no excluye la posibilidad del posterior control judicial*”, mediante las diferentes técnicas desarrolladas<sup>368</sup>.

La importancia de la nueva regulación radica en el desarrollo de principios específicos y dirigidos a guiar las decisiones administrativas por el camino de la optimización en el uso de los recursos públicos (principio de sostenibilidad económica). Y, la aplicación de los fundamentos de este principio se ha de entender incorporados en la resolución unilateral de los contratos por parte de la Administración, como es el supuesto del rescate, al producirse un cambio significativo en esta prerrogativa ciertamente exorbitante, más allá del resto de causas para la resolución de los contratos<sup>369</sup>.

### **3. Reinternalización de la gestión de los servicios públicos locales (la corriente remunicipalizadora)**

#### **3.1. Algunas consideraciones sobre la municipalización y remunicipalización.**

La elección de las formas de gestión de los servicios públicos ha tomado protagonismo propio durante los últimos años. Además de la ya vista, al analizar los cambios llevados

---

<sup>368</sup> Entre otras puede verse la STS 6227/1999, de 8 de octubre.

<sup>369</sup> Sobre las novedades introducidas en la nueva ley para la resolución de los contratos puede verse, BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación administrativa. Nueva Época*, nº 4, enero-diciembre, 2017, págs. 52-70.



a cabo en las normas reguladoras de la potestad organizatoria, se ha de mencionar esa corriente internacional conocida como “remunicipalizadora”. En esencia viene a defender la gestión directa de los servicios públicos frente a la gestión indirecta. Por tanto, en este trabajo, parece necesario dirigir nuestra atención hacia sus argumentos o fundamentos. Y, habremos de ponerlos en relación con las renovadas garantías normativas vistas para la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales, en términos de la mayor eficiencia y sostenibilidad de una u otra forma de gestión.

Así y coincidiendo con la crisis económica internacional se ha generado un intenso debate en torno a las formas de gestión de los servicios públicos en distintos países. En el centro de este debate se encuentra esa corriente denominada como “remunicipalización”. Como hemos adelantado, trata de defender y en cierta forma revertir la tendencia seguida por las Administraciones públicas durante años (décadas más bien), consistente en impulsar la gestión indirecta de los servicios públicos frente a la directa. Con el término “remunicipalización” se trata de dar nombre a la actuación administrativa mediante la cual se pretende cambiar la forma de gestión de servicios públicos, en concreto, prestando de forma directa unos servicios públicos que se vienen gestionando a través de algunas de las fórmulas de gestión indirecta.

Con carácter previo a las consideraciones que realizaremos a continuación sobre los argumentos y/o fundamentos de esta corriente debemos realizar una matización conceptual con cierta relevancia, porque nuestro concepto jurídico de municipalización tiene una acepción distinta. De ahí que en propiedad sea más preciso referirse a esta práctica como lo que es: una forma de reinternalizar la gestión de los servicios públicos locales, sin que por ello se haya de llevar a cabo el procedimiento administrativo de municipalización previsto en nuestras normas locales, en particular en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales<sup>370</sup>.

En relación con las previsiones aún vigentes de este Reglamento se ha advertir sobre la fecha de su aprobación y los cambios en las normas básicas que rigen la potestad organizatoria<sup>371</sup>. Cuando decimos “la fecha de su aprobación” nos referimos a la

---

<sup>370</sup> Sobre esta matización ha profundizado TORNOS MÁZ, J., “ La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *La Administración al día*, INAP, 5 de abril de 2016.

<sup>371</sup> Como se ha señalado, la sustitución del régimen de *municipalización*, contemplado por el Derecho local preconstitucional, y adaptado aquel régimen a la regulación del sector público de la economía lo hace el artículo 128.2 de la Constitución de 1978, para los servicios declarados esenciales y reservados a

necesidad de contextualizar esta norma preconstitucional y sus previsiones en nuestros días, tanto en el entorno económico como en el marco normativo, que han variado de forma considerable y, desde esta perspectiva, se ha de decir lo siguiente.

La fundamental es que el expediente administrativo previsto para la municipalización de servicios pretende adquirir la titularidad pública de unos servicios prestados por empresas privadas<sup>372</sup>. Esta acción está dirigida a una finalidad concreta, a decir del artículo 45.2 del Reglamento, “ *las municipalizaciones y las provincializaciones tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta*”<sup>373</sup>. En cierta forma, parece inducirse que la municipalización conlleva la prestación directa por parte de la Entidad local, pero en realidad no se refiere a la forma de gestión sino más bien a la declaración de la actividad concernida como servicio público y por tanto a las garantías propias de esta institución<sup>374</sup>.

---

las entidades locales por el artículo 86.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, y que los pueden prestar en régimen de monopolio. Decir, no obstante, que la expresión municipalización todavía se utiliza en el Derecho local vigente (por ejemplo el artículo 47 de la misma LBRL) a la hora de exigir el voto de la mayoría absoluta de la Corporación, e incluso en la modificación de este precepto operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. En este sentido se puede seguir manteniendo que, municipalizar, provincializar, comarcalizar o *metropolitanizar* equivale a hacer efectiva la reserva del municipio o del ente supramunicipal correspondiente sobre los servicios esenciales reservados por el artículo 86.2 de la LBRL. Vid. PERDIGÓ SOLÁ, J., “El servicio público de abastecimiento de agua en España y las tendencias de internalización de la prestación del servicio” en *El servicio de suministro de agua en España, Francia e Italia*, (Coord.) Tornos Más, Iustel, Madrid, 2018, págs. 133-240.

<sup>372</sup> Sobre la municipalización puede verse, DUCHA ARRIZABALAGA, F., “La municipalización de servicios: un estudio diacrónico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 1, 1981, págs. 161 -192. SÁNCHEZ DÍAZ, J. L., “Los servicios locales de naturaleza económica. Municipalización, concesión y autorización”, *Revista de Estudios de Administración Local*, nº 291, 2003, págs. 1041 -1062. MAGALDI, N., “El debate sobre la municipalización de servicios en la Italia del siglo XIX: hacia la ampliación de los fines del Estado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 11, enero -junio, 2014, págs. 115 -153. TORNOS MÁS, J., “La remunicipalización,...”, op. cit.

<sup>373</sup> El artículo 45 del citado Reglamento, prevé la posibilidad de llevar a cabo esta acción administrativa por parte de los Ayuntamientos y en el 46 la amplía al ámbito provincial.

<sup>374</sup> En este sentido, TORNOS MÁS, J., “La remunicipalización,...”, op.cit. Y se adentra en el origen del concepto de municipalización que surge a principios del siglo XX cuando se decide atribuir a los municipios la capacidad de prestar directamente determinados servicios, superando de este modo el dogma de la libre iniciativa privada y la limitación del ejercicio de actividades de contenido económico por parte de las administraciones públicas. Así, el artículo 169 del Estatuto Municipal de 8 marzo 1924 estableció que “los Ayuntamientos podrán administrar y explotar directamente los servicios municipales obligatorios y podrán también, con arreglo a lo preceptuado en esta sección, municipalizar los que no tengan este carácter”. El artículo 170 enumeraba los servicios que podrían municipalizarse con carácter de monopolio. De esta forma el concepto de municipalización se va a vincular desde el primer momento con dos instituciones diversas, la libre iniciativa económica y los servicios públicos municipales. Municipalizar supone asumir la efectiva prestación de un servicio y por tanto la responsabilidad de su prestación de acuerdo con un régimen diverso al de las reglas de mercado. En este sentido el concepto se vincula a la institución del servicio público. Al mismo tiempo, al municipalizar se admite que el

En el mismo Reglamento se establecen las condiciones para ejercer esta opción, según el artículo 46 *“para que proceda la municipalización o provincialización se requerirá la concurrencia de las siguientes circunstancias en los servicios a que hayan de referirse:*

- a. Que tengan naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agraria:*
- b. Que sean de primera necesidad o de mera utilidad pública, aunque no se encuentren específicamente determinados en las enumeraciones de la competencia local, siempre que tengan por objeto el fomento de los intereses y el beneficio de los habitantes de la demarcación municipal o provincial;*
- c. Que se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro, y*
- d. Que se dirijan a la finalidad señalada en el párrafo 2 del artículo anterior”*

Estas condiciones se han de poner en relación con lo previsto en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y, sobre todo, con la Ley de Bases de Régimen Local, en su actual redacción<sup>375</sup>.

Sin adentrarnos en más detalle sobre la municipalización de los servicios públicos locales, se han de resaltar las importantes diferencias presentes en nuestros días y, realmente, las Entidades locales tendrían diferentes impedimentos para esta acción,

---

municipio puede llevar a cabo una actividad pública de contenido económico si decide prestar directamente el servicio, si bien esta actividad económica está vinculada a la prestación de servicios públicos. Esta actividad puede ejercerse con monopolio o en concurrencia con actividades privadas (pensemos en los mercados, bibliotecas, o instalaciones deportivas).

<sup>375</sup> Las municipalizaciones o, adquisición de la titularidad de un servicio, tiene el sentido propio de los años en que se encuadra este Reglamento, que eran bien diferentes a las actuales. El Reglamento establece en el artículo 47 que, *tanto la municipalización como la provincialización de servicios podrá efectuarse en régimen de libre concurrencia o de monopolio. Y se regirán por el sistema de libre concurrencia todos los servicios de la competencia municipal o provincial para los que no esté expresamente autorizado por la Ley, en general, y en el caso concreto, en particular, el régimen de monopolio.* Es decir, se restringe el sistema de monopolio a ciertos servicios municipales (según lo previsto en el artículo 48). y específicamente a los provincializados (según lo previsto en el artículo 49). En este aspecto en realidad pocos han sido los cambios, pues viene a coincidir con la reserva del sector o del servicio que debe contemplarse en una ley y se añade el procedimiento igualmente establecido.

sobre todo en el actual contexto europeo<sup>376</sup>. La municipalización, en el sentido dado por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, habría de superar la renovada redacción de las normas básicas reguladoras de las potestades locales (especialmente la organizatoria) y, las normas sectoriales que desarrollan distintas materias de competencia local.

Además, la tendencia normativa seguida en las últimas décadas ha sido precisamente la de dirigirse hacia la liberalización de servicios públicos (ya estuvieran en manos del Estado o de los Municipios); aunque dicha liberalización no condiciona una u otra forma de gestión, simplemente trata de maximizar u optimizar la prestación.

Entre los sectores económicos en que se ha operado la liberalización se encuentran algunos servicios públicos locales, como los servicios funerarios (a finales de la década de los noventa) o, más recientemente, los relacionados con lonjas centrales y mataderos, mediante la Ley 27/2013<sup>377</sup>. Tanto en unos como en otros lo que se ha eliminado es la reserva en exclusiva al ámbito local de la prestación de estos servicios públicos, pero nada impide continuar con la prestación de dichas actividades por las Entidades locales<sup>378</sup>. Simplemente lo ha de ser en concurrencia con el sector privado.

---

<sup>376</sup> Además, si estamos de acuerdo en que aquella acción llevada a cabo por buena parte de nuestros entes locales mediante la cual municipalizaron o asumieron la titularidad de ciertos servicios, entonces también se ha de tener presente que a la hora de determinar la forma de gestión habrá que entender que se habría realizado para garantizar ese mayor beneficio o “condiciones más ventajosas” para los destinatarios de tales servicios públicos.

<sup>377</sup> Ya hemos hecho referencia a que la reserva de este servicio cada vez tenía menos sentido. Teniendo en cuenta los distintos tipos de establecimientos dedicados a la venta de productos alimenticios. Ciertas previsiones normativas se han visto sobrepasadas por las nuevas realidades que nos rodean.

<sup>378</sup> En relación con esta última exclusión se ha advertido que como en otras cuestiones, el fortalecimiento de la sociedad ha sobrepasado las previsiones normativas, pues esta reserva, en realidad, se venía revelando que tenía “poco sentido”, era menos necesaria que hace veinte, treinta o cuarenta años, sobrepasada por las nuevas circunstancias de creciente competencia entre grandes superficies, supermercados y todo tipo de establecimientos dedicados a la venta de productos alimenticios. La realidad, hay que decirlo, se ha mostrado tozuda frente a una regulación cristalizada en un momento en el que se invertía en el proceso de consolidación del papel económico de los entes locales. En todo caso, se trata de una muestra palpable de los trascendentales cambios operados en la sociedad en las últimas décadas. Desde luego no la única, pues el empuje de la iniciativa privada se muestra en distintos ámbitos, también en aquellos en que se prestan servicios públicos, estén o no reservados. Vid. RIVERO ORTEGA, R., “Las transformaciones del papel económico de los municipios y la necesidad de cambios en la regulación de la intervención económica local”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 291, enero-abril, 2003, pág. 991. En relación con los hechos expuestos también se ha aludido en la recomendación realizada por la Comisión Nacional de la Competencia, informe de 9 de enero de 2013 sobre la competencia en servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino. En dicho informe se concluye que la reserva de actividades relacionadas con los mercados centrales carece actualmente de justificación suficiente. Se argumenta para ello que la reserva de la actividad de mercados centrales a favor de los ayuntamientos ha perdido en gran parte su razón de ser, ante la evidencia de que en la práctica mercantil han aparecido nuevos canales

No parece previsible la revisión de esa tendencia y que una ley volviera a reservar ciertos servicios a las Entidades locales. Aunque así fuera, siempre queda en manos de las Entidades locales iniciar, o no, el procedimiento establecido para su prestación en régimen de monopolio. Efectivamente, la reserva no impone su prestación en régimen de monopolio sino que son los Entes locales los competentes para valorar en primera instancia esta opción, aunque la mayoría de los municipios tomaron en su día la vía de la prestación monopolística<sup>379</sup>.

Por ejemplo, el suministro de agua urbano es uno de los servicios públicos locales en el cual se ha centrado mayoritariamente la atención de esa corriente global aludida (volveremos sobre ella). Baste por ahora decir que en nuestro país se trata de un servicio público mayoritariamente prestado en régimen de monopolio, al igual que los otros dos servicios sobre los que se mantiene la reserva: los servicios de transporte urbano y los relacionados con la recogida y tratamiento de los residuos (aunque sobre este último ya hemos aludido a lo establecido por la normativa sectorial vigente y cómo se ha incorporado la expresa obligación de acreditar la eficiencia en la gestión de los residuos).

Realmente es difícil pensar en un contexto europeo y global que se plantee la posibilidad de revertir la senda seguida en las últimas décadas, es decir, el impulso decidido hacia la libre competencia en distintos sectores de actividad económica (se trate de servicios públicos o no); precisamente para impulsar la eficiencia en la gestión de actividades y servicios.

En esta línea de acción se enmarcan, también, los nuevos instrumentos incorporados a la norma básica local para el ejercicio de la iniciativa pública económica por las Entidades

---

alternativos que no están reservados al sector público y que no comprometen objetivos públicos como la garantía del suministro, la seguridad, la trazabilidad o la calidad alimentaria.

<sup>379</sup> En este sentido GIMENO FELIU, J. M., “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 58 -59, 2016. En el mismo trabajo se recuerda que el motivo históricamente determinante para las municipalizaciones de los servicios económicos era parafiscal: aumentar los ingresos municipales. Así lo ha puesto de manifiesto el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su informe de 1993 titulado “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios” cuando traía a colación el Preámbulo del Estatuto Municipal de 1924 que decía: “con prudencia y cautela podrá hacerse mucho en bien de los pueblos, ya que la renta diferencial que permitirá absorber el monopolio municipal asciende, en gran número de casos, a considerables cifras”. De esta suerte, los beneficios monopolísticos equivalían a un impuesto sobre los servicios. Como decía el artículo 19 del proyecto de 14 de Junio de 1905 de Hacienda Municipal “con los rendimientos líquidos de los servicios públicos explotados por los Ayuntamientos se llevará a cabo la desgravación de los impuestos que constituyen actualmente su presupuesto de ingresos, empezando por el de consumos”

locales, que ha de hacerse en un entorno competitivo . Y ahora ha de tenerse en cuenta dicho entorno y evaluar el impacto que la actividad o servicio público local pretendido pueda tener sobre la libre competencia o sobre las cuentas públicas.

En consecuencia, cuando ahora se dice “remunicipalizar” no se está planteando, en realidad, crear un nuevo servicio público, ni evitar la liberalización, en el sentido de desarrollar una actividad en un régimen de mercado de un determinado servicio público<sup>380</sup>. Tan sólo se está refiriendo al cambio en la forma de gestión de un servicio público que, como tal, permanece inalterado. No estamos ante un proceso en virtud del cual servicios liberalizados vuelvan a ser reservados y se produzca una asunción por parte de la Administración de la garantía en la prestación del servicio público. Esa garantía la lleva implícita la declaración del servicio público, que no ha variado o desaparecido al gestionarse de forma indirecta. Cuando se gestiona de forma indirecta, sencillamente, se ha optado por una de las fórmulas de gestión posibilitadas por la normativa. Y, no por ello ha dejado de ser un servicio público de titularidad municipal, aunque su prestación se haya encomendado a un sujeto privado.

Entre los principales argumentos utilizados por la corriente mencionada se encuentran las iniciativas llevadas en distintos países , en los cuales se ha cambiado la forma de gestión de ciertos servicios públicos y sobre ellos se han elaborado distintos informes. Vamos a hacer referencia brevemente a algunos de los informes mencionados.

---

<sup>380</sup> Aunque se puede presentar la denominada “remunicipalización impropia”. Es decir, el supuesto de que el ente titular del servicio decide municipalizarlo, en el sentido de que decide asumir formalmente la responsabilidad de su gestión (crea un servicio público). En ese momento, al mismo tiempo decide que la prestación se llevará a cabo de forma directa. Ciertamente no existe una verdadera “remunicipalización”, ya que el servicio no se prestaba de forma indirecta. Con este término se identifica los supuestos en los que de forma sucesiva y continua se produce un doble proceso de reserva al sector público de un servicio. Primero se asume la prestación efectiva, e inmediatamente se asume la gestión directa. Aquí la idea de remunicipalizar no hace referencia a que se modifica el régimen de gestión, antes indirecto y ahora directo, devolviendo al municipio la forma de gestión, sino que la noción de remunicipalización identifica un proceso en el que se adoptan dos decisiones sucesivas de forma unitaria, primero la asunción efectiva de un servicio público que aunque declarado como tal no se había asumido en su garantía de forma efectiva por el ente local, y además se reserva de la prestación del nuevo servicio al propio ente local. En este sentido, Vid. TORNOS MÁS, J., Introducción a la obra *El servicio de suministro de agua en España, Francia e Italia*, (Coord.) Tornos Más, Iustel, Madrid, 2018, págs. 23-58.

### 3.2. Experiencias y estudios relacionados con la forma de gestión de los servicios públicos locales.

Como hemos anticipado, entre las razones que justifican el surgimiento de esta corriente, podemos encontrar algunos estudios y experiencias internacionales que han dirigido su atención a la eficiencia en la prestación de los servicios públicos en función de las formas de gestión. Entre los estudios internacionales destacables se encuentra el informe de Pigeon, MacDonal, Hoedeman y Kishimoto, “ *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas* ”, publicado por Transnational Institute, Amsterdam, de marzo de 2013. En este estudio se analiza la prestación del servicio de suministro de agua en ciudades diametralmente opuestas (en términos geográficos) y diferentes en otros muchos aspectos; esas ciudades son; Paris; Buenos Aires, Hamilton, Malasia o Dar es Salaam.

En este estudio, a nuestro modo de ver, dos son las ideas a destacar. En primer lugar, se conceptualiza la “remunicipalización” en sus estrictos términos, como la transferencia de la gestión del servicio desde compañías privadas a autoridades municipales. En segundo lugar, se anticipa su principal conclusión: la remunicipalización demuestra que el sector público *puede* superar al sector privado y ser un efectivo proveedor de agua en cualquier lugar del mundo. Nada nuevo, la eficiencia en las formas de gestión de los servicios públicos no es exclusiva de los operadores privados, aunque durante algunos años se haya ensalzado para defender el cambio de la forma de gestión hacia esa dirección. Además, entre nosotros, la Constitución incorporó expresamente el principio de eficiencia en el uso de los recursos públicos.

Los principales resultados de la investigación llevada a cabo y reflejados en el informe mencionado se pueden sintetizar en las denominadas “lecciones positivas” y “lecciones críticas”. De forma muy resumida se puede decir que van desde los alentadores resultados expresados en las primeras a las conclusiones bastante más ambiguas, o realce de los significativos problemas a abordar con una decisión de esta trascendencia, y expresadas en las segundas. Unas breves notas de unas y otras se pueden resumir en las mencionadas lecciones positivas y lecciones negativas o críticas.

En relación con las primeras se señalan tres aspectos relevantes:

*a. La remunicipalización funciona:* En los casos analizados se muestra cómo esta opción no es perfecta ni infalible pero, en las ciudades objeto del estudio, la entidad prestadora del servicio de forma directa ofreció servicios más equitativos, más transparentes y más eficientes que el proveedor privado previo. Si bien, como el mismo informe reconoce, a fecha de su elaboración no había transcurrido el suficiente tiempo para poder corroborar las alentadoras virtudes mencionadas.

*b. Cambios hacia lo público en todo el mundo :* la remunicipalización no debe ser vista como una línea recta o como un choque entre nociones polarizadas sobre las formas de gestión; sino como una forma de rehacer y repensar el significado de “lo público”, y revisar cuál es la definición de éxito en la provisión de los servicios relacionados con un recurso con particularidades propias como es el caso del agua.

*c. La privatización es la peor enemiga de sí misma;* las alternativas a la gestión privada no son, sin embargo, tan obvias. Lo cual hace más importante discutir con suficiente antelación y profundidad los detalles de la remunicipalización, en lugar de esforzarse por llenar un vacío corporativo que después pueda colapsar el propio suministro.

En relación con las segundas (lecciones críticas) también son tres los aspectos destacables:

*a. No es fácil revertir la privatización,* las dificultades técnicas y políticas asociadas a la ejecución de este cambio no pueden desestimarse. De hecho se puede llegar a considerar cómo en algunos aspectos, la remunicipalización del agua, es aún más difícil que crear los servicios de agua desde cero.

*b. No hay garantías de un “etos público”,* quizás la lección más importante de la remunicipalización tiene que ver con el significado de lo “público”. Se necesita un replanteamiento profundo de su significado. Así, algunos servicios públicos han tenido un desempeño pobre o inexistente, lo cual hace inevitable su replanteamiento. Pero incluso allí donde el sector público ha trabajado bien hay buenas razones para ponderar reformas y mejoras.

*c. Contando con Estado y sindicatos,* en lo fundamental, la remunicipalización es necesariamente diferente en cada lugar y las versiones de “lo público” pueden adquirir matices muy diferentes. No obstante, se coincide en la necesidad de una mejor coordinación e intercambio de ideas.



Finalmente, como conclusión del informe y en lo que aquí interesa, se destacan dos de las ideas finales:

*Primera.* En cualquier esfuerzo de remunicipalización debe tratar de adelantarse a los obstáculos antes de comenzar la transición. Principalmente, centrándose en las propias ineficiencias de los servicios ya prestados por las Entidades locales. Para acometer una actuación como es el cambio de la forma de gestión deben analizarse no sólo las ineficiencias del actual modelo de gestión a cambiar sino la forma de abordarlas y subsanarlas por parte de las Entidades públicas.

*Segunda.* El camino más difícil hacia la remunicipalización es rescindir el contrato vigente en vez de renovar lo tras su finalización. Pues, una cancelación anticipada de los contratos puede dar lugar a complejas y reñidas luchas legales en los tribunales. Es esta una cuestión que no debe dejarse de lado, pues es posible que el proceso desvirtúe buena parte de los objetivos inicialmente previstos.

Junto a este informe se encuentran otros que amplían el estudio a un mayor número de servicios públicos y aportan algunos datos que, de alguna manera, vienen a apoyar esta tendencia. La otra peculiaridad fundamental de otros estudios es su ámbito geográfico, al referirse a países del norte de Europa. Tal es el caso del Informe encargado por la Federación Sindical Europea de los Servicios Públicos a la unidad de investigación internacional de servicios públicos de la Universidad de Greenwich, de mayo de 2012. En este estudio se analizan servicios como la energía o el agua en países europeos, concretamente en Alemania, Francia, Reino Unido, Finlandia o Hungría. Sus resultados llegan a conclusiones y matizaciones parecidas a las expuestas en el estudio visto anteriormente.

También se ha de mencionar la aportación de WOLLMANN, en su trabajo: *La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿Un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?* En este caso se analiza la gestión de ciertos servicios esenciales, desde una doble lógica organizativa y operativa, y el desarrollo de las formas institucionales de gestión de los servicios públicos de agua, electricidad y residuos, en algunos países de la Unión Europea (Reino Unido, Francia, Alemania e Italia). En este informe se concluye, para los servicios y países analizados, con la percepción de que existen ciertos indicios sobre una tendencia hacia la reducción de la intervención de los

particulares en el mercado de la prestación de los servicios públicos, con el consiguiente aumento del sector público municipal<sup>381</sup>.

Nuestro país se ha unido a esta línea investigadora y se han publicado diferentes estudios al respecto, especialmente los relacionados con el sector del agua<sup>382</sup>.

También se ha de hacer referencia al análisis llevado a cabo por el Tribunal de Cuentas en su informe número 1.010 *de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011*. Este informe se viene a unir a los estudios internacionales o regionales sobre las formas gestión de los servicios públicos locales. En él se analiza, en una muestra significativa, los resultados de varios servicios públicos locales, en función de la forma de gestión y otras variables conexas. Hemos de advertir que este informe se realiza con fines distintos a los mencionados, pero resulta de especial utilidad a los efectos de intentar situar o resituar la problemática de las formas de gestión en nuestras Entidades locales sobre datos reales. También nos aporta cierta información no valorada tradicionalmente por esta institución. En particular, podemos encontrar algunas variables relevantes y que se unen a la aportada sobre la forma de gestión de los servicios públicos analizados. Como reflexión general se puede decir que al relacionar la información disponible se muestran importantes ineficiencias en la gestión de los servicios públicos analizados y no especialmente relacionadas con la forma de gestión. Aunque sí nos permite apreciar (con datos reales) la necesidad de incorporar a las normas administrativas la vertiente objeto de nuestro trabajo (la económica)<sup>383</sup>.

---

<sup>381</sup> WOLLMANN, H., “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿Un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?”, *Cuadernos de Derecho local (QDL)*, nº 31, febrero, 2013, págs. 70 -80. En definitiva, se afirma que la cuestión reside en demostrar qué modo de gestión es más eficiente. En este sentido se refiere a análisis de entidades como el Banco mundial sobre la gestión del agua en distintos países y concluye, como otros estudios, que no hay diferencias significativas estadísticamente entre proveedores públicos y privados en relación con la eficiencia económica.

<sup>382</sup> Algunos de ellos se pueden ver en PERDIGÓ SOLÁ, J., “El servicio,...”, op. cit., págs. 133 -240.

<sup>383</sup> Tomando como referencia este informe se suele afirmar que los costes de los servicios se incrementan en municipios de menor población. Esta apreciación suele realizarse desde la exclusiva vertiente de los costes de los servicios públicos locales, sin correlacionar dichos costes con otras variables (también analizadas por el Tribunal); y, a nuestro modo de ver, se han de valorar cada una de las variables incluidas para hacernos idea de la realidad y complejidad de las formas de gestión de los servicios públicos locales. Así, entre las conclusiones del informe y repetida de forma reiterada durante aquellos tiempos de tramitación del anteproyecto de reforma de la norma básica local es: “*los costes más elevados corresponden a los Ayuntamientos más pequeños. Para el resto de municipios, los costes por habitante derivados del área de gasto 1 fueron ligeramente más bajos en los municipios con mayor población*”. Sin embargo, en la línea de lo defendió en este trabajo, la eficiencia en la forma de gestión valora otra información relevante. Con este informe, por ejemplo, sobre los municipios analizados podemos comprobar importantes diferencias en función de la comunidad autónoma en que se sitúen los municipios analizados. Y, no sólo en lo que a los costes se refiere sino también, por ejemplo, en la inversión media

El éxito de esta corriente se justifica, entre otras razones, en estudios internacionales realizados sobre las formas de gestión de los servicios públicos, como los mencionados<sup>384</sup>. A ellos se añaden en ciertos casos de incumplimiento de contratos o irregularidades de diverso tipo o, simplemente, las expectativas de beneficios creadas en torno a las empresas privadas que gestionan servicios locales. Todo ello ha alimentado ciertos movimientos sociales de protesta contra esas formas de gestión<sup>385</sup>.

Como era previsible, la otra parte, los gestores indirectos de los servicios públicos, especialmente en el sector del agua, han reaccionado mediante la publicación de informes en sentido contrario y realzando las virtudes de la gestión indirecta. Por ejemplo, entre los relacionados con el sector del agua (en nuestro país), se encuentra el informe de PWC (2014) “la gestión del agua en España, análisis de la situación actual del sector y retos de futuro”; o el informe sobre la gestión directa del Ciclo del Agua de la Cámara de concesionarios y empresas vinculadas al sector público en el ámbito de las infraestructuras, los equipamientos y servicios públicos (2017)<sup>386</sup>. También se ha de

---

por habitante realizada en los servicios analizados. Y, también podemos conocer los ingresos vinculados a los servicios públicos objeto del informe.

<sup>384</sup> Una de las precisiones que se han realizado se encuentra relacionada con su ámbito territorial que es, fundamentalmente, el europeo: es en él donde se registran las experiencias que se quieren presentar como emblemáticas y es también en él donde se producen los estudios que más resueltamente abogan por la gestión directa de los servicios locales. Y en ese espacio territorial cabe advertir a su vez una clara distinción entre los Estados del norte y centro de Europa, por un lado, y los estados del sur, por otro: las remunicipalizaciones relevantes, aquellas que se presentan como emblemáticas, se han realizado en ciudades del norte y centro de Europa: Londres, París, Berlín, Estocolmo, Budapest. En cambio, en los Estados del sur de Europa no se cuenta ninguna remunicipalización significativa. Así se constata en Italia, España y Portugal. Según los propios estudios realizados desde la perspectiva remunicipalizadora, son muy escasos los municipios españoles que en los diez últimos años han optado por la gestión directa municipal del servicio de abastecimiento de agua, que se toma como referencia en varios de estos análisis. Vid. ESTEVE PARDO J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, n.º 202, enero-abril, 2017, págs. 305-336.

<sup>385</sup> Se suele argumentar que la popularidad de la privatización de los servicios públicos obedece primordialmente a tres factores. Primero, los políticos y burócratas municipales ven en el suministro privado de agua una solución eficaz, eficiente y que les permite evitar la rendición de cuentas que vendría asociada con la provisión pública del vital líquido. Segundo, el mercado de servicios de agua (tanto potable como alcantarillado, saneamiento, y embotellado) es sumamente atractivo para las empresas concesionarias. Y tercero, el marco regulatorio en materia de política hidráulica ha marcado una ruta sencilla para facilitar la inversión privada en la provisión de servicios públicos. Vid. PACHECO VEGA, “Tendencias en privatización y remunicipalización del servicio público del agua”, *V Congreso internacional en Gobierno, Administración y políticas públicas (GIGAPP -IUIOG)*, Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 29, 30 septiembre y 1 de octubre, 2014. En este estudio se aportan datos del nivel de remunicipalizaciones llevadas a cabo en distintos países, para centrarse en el estudio de 6 casos: París y Grenoble (Francia); Berlín (Alemania); Buenos Aires (Argentina); Hamilton (Canadá) y Atlanta (Estados Unidos).

<sup>386</sup> Algunas notas añadidas sobre estos informes se encuentran en PERDIGÓ SOLÁ, J., “El servicio, ..., op. cit., págs. 133 -240. Y, añado algunas de las jornadas de estudio, debates, trabajos publicados o potenciados por Asociaciones y foros dedicados a esta cuestión en los últimos años.

mencionar, por su relación con la eficiencia en las formas de gestión, los informes de la Comisión Nacional de la Competencia (en particular el emitido con motivo del anteproyecto de la Ley 27/2013).

Ciertamente el protagonismo internacional del sector del agua en esta corriente ha sido considerable, pero ello no debe hacernos desconocer otros estudios sobre las formas de gestión y la eficiencia de los servicios públicos locales prestados mediante gestión directa o indirecta<sup>387</sup>. En nuestro país, aun con alcance más concreto y limitado, se han de mencionar algunos estudios realizados desde hace años en Comunidades autónomas como Cataluña, Aragón o Galicia sobre la forma de gestión de servicios públicos locales, entre ellos la recogida de residuos. Estos estudios llegan a conclusiones similares y se resumen en que no se aprecian diferencias significativas en la prestación de los servicios en función de su forma de gestión<sup>388</sup>.

Otro informe reciente y destacable es el encargado por la Cámara de Comercio de Barcelona “*El interés público y su satisfacción con la colaboración público privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*”<sup>389</sup>. Entre sus conclusiones se encuentra la referida a que “*el debate sobre la prestación de los servicios públicos, debe pivotar*

---

<sup>387</sup> Son variados los datos que se relacionan y se sintetizan en algunos de los estudios y contrastaciones realizados en distintos servicios públicos locales. Por ejemplo, se hace referencia a diferentes estudios sectoriales sobre el servicio de suministro de agua, realizados en países como Irlanda o Suecia y que llegaban a la principal conclusión de que no se encontraban diferencias relevantes en los costes de producción en función de que ésta sea pública o privada. Vid. BELLÍ QUERAL G., y ESTRUCH MANJÓN, A., “La gestión de los servicios públicos locales ¿porqué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?” en *Anuario de Derecho municipal 2011*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2012, págs. 200-203.

<sup>388</sup> Además si la principal motivación de las externalizaciones es la reducción de costes y mejora de la eficiencia, es razonable preguntarse cuáles han sido los resultados en este campo. Por lo general se carece de evidencias claras y contundentes. Pero en el ámbito del tratamiento de los residuos y la distribución del agua hay una cantidad significativa de estudios cuyas conclusiones son de interés en la medida en que además tratan de dos servicios de gran importancia económica. La primera constatación es que no se encuentra diferencias relevantes en los costes de producción en función que ésta sea pública o privada: en algo más de la mitad de los trabajos referenciados no hay diferencias, en un tercio de ellos los costes de privados son menores, aunque la mayoría de ellos son de las primeras etapas de la privatización y sus resultados no se sostienen con el tiempo, y en el resto son mayores los costes públicos. En España, además, hay algunos estudios específicos de casos pero no se refieren a los costes sino a los precios, seguramente debido a la dificultad para obtener datos de costes. Las conclusiones de algunos de ellos es que los precios del agua son mayores en producción privada, aunque no hay que olvidar que en sectores regulados los precios no siempre son reflejo fiel de los costes. En definitiva se puede afirmar que la justificación de reducido los costes de los servicios mediante el cambio en la forma de gestión no se ha conseguido. Vid. BELLÍ QUERAL G., y ESTRUCH MANJÓN, A., “La gestión de los servicios públicos locales: ¿porqué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?”, *Anuario de Derecho municipal 2007*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2008, págs. 201 y ss

<sup>389</sup> Elaborado por GIMENO FELIÚ, J. M., SALA SÁNCHEZ, P., y QUINTERO OLIVARES, G., mayo de 2017.

*sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público, es decir, sobre la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como que constituya la mejor prestación de la actividad*”. Dicho en términos de la norma básica local, la elección de la forma de gestión debe ser la más eficiente y sostenible. Sin defender una u otra, a nuestro modo de ver, lo importante es desarrollarla desde los fundamentos y mandatos constitucionales, en particular el referido al principio de sostenibilidad económica defendido en este trabajo y que ahora forma parte de las normas básicas reguladoras de la potestad organizatoria.

Algunas reflexiones añadidas en torno a los argumentos de los defensores de una y otra forma de gestión se realizan a continuación. Y, no pueden más que ir en la dirección seguida por este trabajo: la eficiencia y sostenibilidad defendida por unos y otros, en nuestros días, es un mandato de imperativa aplicación para las Entidades locales, por formar parte de las principales normas básicas administrativas reguladoras de la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.

### **3.3. Reflexiones sobre los argumentos para la “reinternalización” en la forma de gestión.**

Tanto los estudios mencionados como los defensores de la corriente reinternalizadora en la forma de gestión de los servicios públicos se han centrado especialmente en la gestión de un servicio público: el relacionado con el ciclo integral del agua. De alguna forma, la problemática inherente en un recurso natural como éste, ha conllevado entrecruzar, entre las argumentaciones dadas, cuestiones no del todo relacionadas con la forma de gestión sino más bien con el propio significado del servicio público. Además, nos encontramos con un sector que presenta desequilibrios particulares y específicos<sup>390</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta en este sector, como en otros sectores reservados a las Entidades locales, es el relativo a la presión del mercado para sobrevivir en un entorno

---

<sup>390</sup> Por ejemplo, la fragmentación local del sector del agua; y, en cierta medida, esa fragmentación ha conllevado una escasa participación directa del sector privado en un sector reservado en muchos países a las Entidades locales.

competitivo. Esta circunstancia es importante porque obliga al desarrollo constante de capacidades de innovación y gestión del conocimiento. Pero, en el ciclo integral del agua no se encuentra esa presión y es posible que esté provocando una limitación en el desarrollo y expansión de un sector tan importante como éste <sup>391</sup>. Todos estos elementos se dan en nuestro país<sup>392</sup>.

Además, en este sector, aún siendo los ayuntamientos responsables del suministro agua, muchas otras Administraciones tienen competencias sobre este servicio público, lo cual propicia una confusión notable a la hora de identificar responsabilidades (como en otros ámbitos de actuación pública)<sup>393</sup>.

Aunque la problemática aludida puede incidir en ciertos aspectos particulares de este sector económico, a nuestro modo de ver, ello no impide resaltar nuevamente esa

---

<sup>391</sup> También, se ha de decir que nos encontramos en un sector en el cual desde la Administración y, en su caso, gestor se impulsa el convencer al usuario para reducir su consumo de agua. Esto es, se da la contradicción de impulsar condiciones de mercado (oferta y demanda) mientras, simultáneamente, se debe procurar rebajar la demanda. En este sentido, PERDIGÓ SOLÁ, J., “El servicio,...”, op. cit., págs. 133-240.

<sup>392</sup> Un análisis de interés es el de ROZMAN JURADO, “Colaboración público -privada en el ciclo integral del agua urbana en España” en *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*, Fundación Agbar, 2012, págs. 295-320.

<sup>393</sup> Vid. CABRERA, E., *Panel científico técnico de seguimiento de la política de aguas. El suministro de agua urbano en España*, Fundación nueva cultura del agua, Zaragoza, 2008. En este trabajo se llama la atención sobre un aspecto relevante, las infraestructuras y su financiación. Pues, el final de unos fondos europeos que han permitido financiar durante las dos últimas décadas las grandes infraestructuras (desaladoras incluidas). Con ayuntamientos y administraciones endeudados, y sin el dinero de Bruselas ya no se podrán subsidiar ni las grandes ni las pequeñas obras. Máxime cuando explícitamente lo impide el principio de recuperación de costes de la DMA. En este nuevo marco habrá que renovar las tuberías, algunas centenarias, máxime para poder prestar el servicio con estándares de calidad adecuados al nivel de exigencia de la sociedad de hoy. Por ello el recibo del agua va a tener que subir, y no poco, en los próximos años. Habrá que explicarlo bien a unos ciudadanos acostumbrados a no saber cuánto, por barata, pagan por el agua. Hasta ahora la política de siempre ha propiciado una administración promotora de obras y con escasa vocación hacia la gestión y el control, que ha acabado por agravar la incapacidad de los municipios para modernizar estos sistemas. De hecho la mayoría de ellos tienen recursos técnicos muy modestos y necesitarían de una economía de escala mayor. Es evidente que un municipio pequeño requerirá siempre algún apoyo institucional. Inglaterra, al privatizar el servicio a finales de la década de los ochenta, tuvo claro repartir las responsabilidades entre un número reducido de empresas. De otra parte Italia con la ley Galli (Gazzetta Ufficiale, 1994) buscó favorecer la creación de consorcios interurbanos aunque después la experiencia no haya resultado todo lo exitosa que se esperaba. Con todo se echa de menos un organismo que ordene el sector e impulse la modernización de los abastecimientos, porque la situación actual es muy compleja. Pues, además del ayuntamiento, hasta ocho administraciones más tienen alguna responsabilidad relacionada con el suministro de agua urbano (Cabrera y García Serra, 1997). Y ello no es lógico. Un ejemplo, las Consejerías de Sanidad son las responsables de la calidad del agua de boca, calidad que depende de otros factores, no estando la mayoría de ellos su control (por ejemplo la existencia de aljibes). El responsable del resultado final no controla el proceso de distribución del que depende tal resultado lo que no parece lógico. También, CARBALLEIRA RIVERA, “Nuevo derecho de aguas”, en *El reparto competencial en materia de aguas*, (Coord.) González-Varas Ibáñez, Aranzadim Navarra, 2007, págs. 273-300.

obligación del titular de un servicio público: procurar la mejor gestión posible <sup>394</sup>. En otras palabras, aquella forma de gestión que mejor sirva a los intereses generales. A esta perspectiva, la dada a las normas básicas, se han de dirigir los esfuerzos de las Administraciones: la de la organización, en el sentido de la optimización en los recursos públicos aquí defendido y exigido por nuestra Carta magna.

Los resultados y análisis rigurosos muestran cómo la cuestión no radica tanto en la intervención o no del sector privado en el ámbito de los servicios públicos sino en la responsabilidad de sus titulares de procurar la eficiencia y sostenibilidad en la prestación del servicio público, si a la forma de gestión nos referimos.

En nuestra opinión, uno de los problemas de esta corriente (la denominada remunicipalización) radica en un planteamiento según el cual se razona, en muchas ocasiones, desde argumentos más relacionados con ciertos elementos de oportunidad política que en elementos de carácter puramente técnico. En las formas de gestión de los servicios públicos, como hemos analizado en este trabajo, prevalecen los elementos técnicos y los relacionados con la regulación del servicio público ya se habrán definido con carácter previo. Esta es la línea emprendida por los cambios llevados a cabo en las normas administrativas básicas y se dirigen a regular con mayor precisión esta potestad pública, en la cual el principio de eficiencia es clave.

Al menos dos son las cuestiones a resaltar, nuevamente, si a la elección de la forma de gestión nos referimos. *Primera*, la gestión indirecta llevada a cabo no desvirtúa las obligaciones del titular del servicio, independientemente de la forma adoptada. *Segunda*, buena parte de las mejoras en la gestión de las distintas actividades suele encontrarse en la innovación y la tecnología. Una innovación que, para el caso particular del sector del agua, se reconoce no ha tenido un desarrollo tecnológico tan destacable como el de otros sectores<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> En relación con las formas de gestión indirecta más habituales en este servicio se puede ver TORNOS MAS, J., “Los contratos de colaboración público privada en la gestión de los servicios públicos del agua”, en *Agua y Derecho, Retos para el siglo XXI (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre de 2014)*, Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 57-66.

<sup>395</sup> Junto a estos estudios se encuentran los incluidos en la misma obra colectiva: *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático: experiencias comparadas y el caso de Madrid*, Dir. Ángel Menéndez Rexach, La Ley, Madrid, 2012. Aquí se encuentran trabajos que analizan distintos marcos regulatorios en Europa y América. “El marco orgánico y de gestión del modelo jurídico para la Administración del Agua en Portugal” (Fernando Condeso); “La planificación y gestión del agua en áreas metropolitanas, experiencia de Venezuela”. (Víctor Rafael Hernández-Mendible); “Planificación y gestión del agua en Colombia” (Juan Carlos Expósito Vélez); “Gestión del agua en Brasil, Planificación y gestión del agua en

De una u otra forma, no es ésta la primera vez que el mundo ha sido testigo de debates sobre la forma de gestión de los servicios públicos en general. En cierto sentido, los debates acerca de la forma de gestión o la denominada remunicipalización de un recurso como el agua hoy son parecidos a los acontecidos hace más de un siglo <sup>396</sup>. Si bien, la realidad medioambiental de nuestros días es distinta y el marco de actuación administrativa va en la dirección de la sostenibilidad económica en las formas de gestión.

No obstante, el principal argumento para reinternalizar la gestión de los servicios públicos se plantea en términos similares a los utilizados para los cambios (en la otra dirección) llevados a cabo hace unos años, como la ya referida y conocida “huida del derecho administrativo”, o la propia gestión indirecta que se pretende revertir: la mayor eficiencia de unas fórmulas frente a otras <sup>397</sup>. La diferencia se encuentra en las normas reguladoras de esta potestad. De acuerdo con ellas no serán aceptables apelaciones generales sobre este principio, como hemos desarrollado para el supuesto de los servicios públicos locales.

En los cambios de las formas de gestión y en particular las referidas a las virtudes atribuidas a las diferentes fórmulas de colaboración público-privada, se argumentaba que los servicios de titularidad local (reservados o no) se podían beneficiar de la experiencia y especialización del sector privado a la par que se evitaba incrementar el sector público local. Con la forma de gestión indirecta, se defendía, los Entes locales controlan el servicio público y los empresarios contratados asumían, en cierta medida, el riesgo y ventura de las inversiones, trabajadores o mantenimiento del servicio.

---

Costa Rica” (Zaida López Cárcamo); “Planificación y gestión del agua en México: el camino paralelo a la planificación territorial” (Juddit Domínguez); “El abastecimiento domiciliario de agua potable. Un estudio de su régimen jurídico hispanoamericano” (Fernando García Rubio);

<sup>396</sup> Como se ha resaltado, si echamos la vista atrás comprobamos que la mayoría de los servicios contemporáneos relacionados con el agua en el mundo comenzaron como empresas privadas (incluso a mediados del siglo XIX), pero en la medida en que la ineficiencia de los proveedores privados se hizo cada vez más evidente y, en tanto que las compañías privadas les negaron el servicio a los más pobres (contribuyendo a brotes de cólera y otras enfermedades), los gobiernos locales comenzaron a municipalizar estos servicios por primera vez. Por ejemplo, la ciudad de Londres pasó de ser “un monopolio de nueve cabezas” en la década de 1850 a una empresa coordinada de servicios públicos a inicios del siglo XX. Vid. PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización, ..., op. cit., págs. 68-108.

<sup>397</sup> En este sentido TORNOS MÁ, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, en *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo. Benidorm -Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, (Coords). Font i Llover y Díez Sánchez, Iustel, Madrid 2017, págs. 21-80. En la misma obra, FRACCHIA, F., “Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización”, págs. 81-116.



Cuando se impulsa la colaboración del sector privado en el ámbito público se destacaban como puntos fuertes: la profesionalidad en la gestión; economías de escala; mayor capacidad de inversión; flexibilidad en la instrumentación jurídica; toma de decisiones no ligadas al corto plazo o al ciclo electoral, competencia en la fase de acceso al mercado (lo que propicia a su vez la introducción de la eficiencia), etc.

Sin entrar a valorar o reiterar nuevamente buena parte de los argumentos expuestos (nos remitimos a lo dicho en capítulos anteriores), sí hemos de hacer referencia a esa percepción instaurada, con cierto fundamento, en el sentido de que en la prestación de los servicios públicos locales, mayoritariamente se realiza con intervención del sector privado, más o menos significativa<sup>398</sup>. La colaboración entre ambos sectores (el público y el privado), a nuestro modo de ver, es una muestra de la realidad social en nuestros días y no deben verse como excluyentes para que la forma de gestión responda a la sostenibilidad económica. De hecho tal colaboración es beneficiosa, si se articula adecuadamente. Esta colaboración debe contextualizarse en un entorno europeo y global como el actual. Y, como bien se ha dicho, nos encontramos ante unas “nuevas relaciones entre el Estado y la sociedad” que no se pueden soslayar<sup>399</sup>. A nuestro modo de ver, se trata de poner al servicio de los intereses generales pretendidos con los

---

<sup>398</sup> No obstante, la tendencia privatizadora no fue universal y el nivel de gobierno local fue el que menos se sumó a esta corriente, probablemente por la necesidad legal de cumplir con las competencias atribuidas. En España el legislador estatal y autonómico los servicios locales no los entregó, salvo en determinados supuestos, al mercado (privatización material). Las razones se encuentran seguramente en que, a diferencia de lo que se establecía para los grandes sectores económicos de trascendencia supralocal (energía, transporte aéreo, telecomunicaciones, etc.), el Derecho europeo secundario, esto es, las Directivas comunitarias no le obligaban a ello. Por supuesto que el Derecho europeo se aplica y ejecuta a nivel local y que en él rigen las disposiciones de Derecho primario en relación con las libertades económicas, las normas de la competencia y el Derecho de las ayudas públicas. Pero lo cierto es que las Directivas que más inciden sobre los tradicionales servicios públicos locales, pensemos, por ejemplo, en el agua y en los residuos, no liberaron las prestaciones propias de estos sectores. A día de hoy tampoco impiden sino que incluso justifican ciertas restricciones al mercado y, por supuesto, no predeterminan la forma de gestión, pública o privada, de los servicios prestados en esos ámbitos. Asimismo hay que tener en cuenta que hasta hace aproximadamente poco más de una década existía una cierta inclinación a considerar, al menos en nuestro país, que los servicios y actividades locales no se encontraban afectados por el rigor de las exigencias europeas derivadas de la instauración del mercado interior, porque eran de escasa cuantía económica y, por ello, de poco atractivo o relevancia para los operadores económicos nacionales. Esta opinión ya no se puede sostener con carácter general. Sin embargo, justo por ello, seguramente resulta más necesario subrayar que los servicios públicos prestados por los Gobiernos y Administraciones locales pueden ser servicios en los que la exclusión del mercado esté justificada y resulte proporcionada en la medida en que se trata de prestaciones que se consideran indispensables para la vida individual y colectiva. Vid. NAVARRO ORTEGA, “Remunicipalización: Esa es la cuestión...” *Blog del Departamento de Derecho público y Filosofía jurídica UAM*, 12 abril de 2016.

<sup>399</sup> Vid. ESTEVE PARDO, J., *La nueva, ...*, op. cit. También, *Estado garante. Idea y realidad*. INAP, Madrid, 2015.

servicios públicos a gestionar las ventajas de las nuevas realidades y minimizar aquellas que puedan considerarse como debilidades del sistema.

Como decimos, en los últimos años, se ha pasado a cuestionar la gestión indirecta y poner en valor sus “puntos débiles”. Entre ellos se pueden señalar: la discutible calidad de los servicios; los fraudes en los procesos de contratación pública; el exiguo poder de negociación de los Entes locales frente a las grandes corporaciones que asumen la gestión del servicio público ; la limitada capacidad de supervisión y control en la prestación del servicio por parte de los entes titulares del servicio ; el coste del servicio ; la escasa transparencia en la gestión del servicio, etc.

Si prestamos atención a las críticas o “puntos débiles” de la gestión indirecta observamos, en mayor o menor medida, cómo están más relacionados con las obligaciones derivadas de la titularidad del servicio público que en la propia forma de gestión. Por ejemplo, cuando se dice “limitada capacidad de supervisión y control”, cabe preguntarse si esta capacidad varía en según la forma de gestión adoptada. En nuestra opinión, nada tiene que ver. Por el contrario (sin defender una u otra forma de gestión) sí se ha de señalar que la gestión indirecta cuenta con el elemento de previsión y control constituido por los pliegos de condiciones en los contratos. Y parece más una dejación de funciones de las Entidades locales o, en su caso, una mala redacción de los contratos que un problema relacionado con la forma de gestión. Como ya hemos señalado, una de las novedades de la Ley 9/2017, se encuentra en la preceptiva designación de un responsable del contrato, también cuando se gestiona un servicio o servicio público. Y, también se ha de señalar que la nueva redacción del artículo 85.2 introduce una vía no sólo para exigir un depurado expediente administrativo sino para visualizar lo expresado en él con la realidad posterior en la gestión efectiva.

Entre las ideas base de esta corriente se encuentra la pretensión de excluir al sector privado en la gestión de los servicios públicos. Sin embargo, como sabemos, tal aspiración es cuanto menos complicada. Buena muestra de esta apreciación la encontramos en uno de los casos encuadrados en esta corriente remunicipalizadora, en concreto el cambio en la forma de gestión del servicio público de suministro de agua llevado a cabo en Valladolid. En esta ciudad pasó a gestionarse directamente este servicio público, tras la finalización de l contrato de concesión existente (el 30 de junio de 2017).

En relación con la nueva forma de gestión del servicio público del agua en este Ayuntamiento, recientemente, el Instituto Coordinadas ha elaborado un informe sobre los primeros meses de andadura de entidad que ahora lo gestiona <sup>400</sup>. Entre la información y conclusiones del informe referenciado se encuentran algunos datos especialmente ilustrativos en cuanto a los contratos celebrados por los entes instrumentales de las Entidades locales que gestionan un servicio público de forma directa.

Transcurridos varios meses desde la creación del nuevo ente para gestionar este servicio público (la Empresa Pública Empresarial, Agua de Valladolid, Aquavall), dice el informe que ha licitado más de 40 contratos para diferentes áreas de gestión (por ejemplo, el control de desbordamientos de la red de alcantarillados; reforma de infraestructuras; bombeos en la red; telelectura; servicio de atención al cliente; etc.).

Se pretende poner de relieve cómo cuando se defiende la gestión directa de los servicios públicos no conlleva la exclusión del sector privado; por el contrario, suele ser habitual la contratación pública de una parte considerable de los servicios accesorios para la prestación del servicio público gestionado. Por tanto, cuando se dice gestión directa no quiere decir que no se acuda a la contratación de empresarios privados para la prestación de servicios a la entidad prestadora del servicio público. El centro de atención, a nuestro modo de ver y de la norma básica local, se encuentra en mejor forma de prestar el servicio público, la más eficiente y sostenible. Y en esa acción lo relevante es el servicio público, no la presencia mayor o menor del sector privado.

De hecho, es muy posible que en el mercado existan empresas privadas especializadas en ciertos servicios necesarios para la adecuada gestión del servicio público considerado. Valga como botón de muestra lo expresado en el caso de Valladolid. Así, la cuestión no creemos que deba situarse en sector privado sí o no, en la gestión de los servicios públicos locales, sino valorar adecuadamente cual es la mejor forma de servir al fin pretendido con el servicio público.

En suma, como se ha defendido, está por ver si ese movimiento global defensor de la gestión directa de servicios públicos supondrá abrir una nueva etapa en las relaciones entre el Estado y el mercado, que ha evolucionado, desde la municipalización propia del

---

<sup>400</sup> La actividad de este instituto puede verse en su página [institutocoordenadas.com](http://institutocoordenadas.com).

socialismo municipal de finales del siglo XIX y principios del XX pasando por la liberalización impulsada en el último tercio del siglo pasado<sup>401</sup>.

A nuestro modo de ver, la primera respuesta la encontramos en las normas reguladoras de esta potestad y la jurisprudencia desarrollada al respecto. En efecto, la normativa vigente impone (no posibilita) la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales más eficiente y sostenible en cada una de las opciones contempladas. En consecuencia, la “remunicipalización” sólo sería posible si en el expediente administrativo se justifica suficientemente la mayor sostenibilidad económica de la forma de gestión directa, de acuerdo con los criterios de valoración expresamente incorporados y elaborando los informes exigidos en las distintas normas. Y, también, atendiendo a lo expresado por la jurisprudencia cuando nos encontramos ante actuaciones con marcado carácter técnico que conllevan la emisión de un juicio técnico. Dicho de otro modo, se ha de llevar a cabo una motivación suficiente, la exigida para todas las actuaciones administrativas.

Finalmente y como cierre al capítulo haremos referencia a una de las derivas de esta corriente; que había tomado cierta relevancia en los últimos tiempos. En concreto, el sentido de las consultas populares para el específico supuesto de pasar de una gestión indirecta a una fórmula de gestión directa.

### **3.4. La participación ciudadana en las decisiones técnico económicas, en particular las consultas populares.**

Entre las forma de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos previstas en la Ley de Bases de Régimen Local se encuentran las consultas populares, de la que se ha hecho uso en distintas ocasiones desde su previsión normativa<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> Se han destacado cuatro razones para el “éxito” de esta corriente: primera: los cambios políticos en distintos países particularmente en el ámbito municipal de nuestro país; segunda: la existencia de diferentes informes sobre la ineficiencia y problemas de la gestión indirecta; tercera: experiencias en diversos países americanos y europeos que muestran la preferencia por la gestión directa relacionadas con la eficiencia, la calidad del servicio o la participación ciudadana; cuarta: la preocupación por el alto riesgo de corrupción en la adjudicación de los contratos públicos. Vid. PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización,...”, op. cit., págs. 68-108.

El artículo 71 de la Ley de Bases de Régimen Local establece que *“de conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local”*. Y esta posibilidad puede plantearse tanto a iniciativa de la Corporación municipal como de los vecinos<sup>403</sup>.

Para realizar consultas a los vecinos de los municipios (o “referéndums” locales) sobre asuntos de interés local, el artículo 70.bis.1 de la norma básica local determina que *“ los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales”*. El mismo artículo, en su apartado tercero, contempla que *“ las entidades locales y, especialmente, los municipios , deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas”*.

Así, son distintos los Ayuntamientos que han desarrollado este cauce de participación ciudadana, Por ejemplo, encontramos Reglamentos como el del Ayuntamiento de Gijón, el del Ayuntamiento de Madrid , o la Ordenanza reguladora de las directrices para la realización de Consultas Populares Municipales del Ayuntamiento de Mutriku (País Vasco)<sup>404</sup>. Junto a los desarrollos normativos llevados a cabo por los municipios se

---

<sup>402</sup> En el marco del impulso y desarrollo llevado a cabo de la participación ciudadana en los asuntos públicos son variadas las formas en que se han canalizado en las distintas normas que regulan materias diversas, también por los Estatutos de Autonomía, sobre todo los de la última generación y puede decirse que, en el plano normativo, no faltan precisamente previsiones y reglas de participación ciudadana. Vid. SANCHEZ MORÓN, J., “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista Catalana de dret públic*, nº 37, 2008, págs. 223-245.

<sup>403</sup> La Ley 57/2003 añadió a las previsiones de la norma básica local el artículo 70.bis, mediante el cual se establecen los cauces y requisitos para iniciativas populares locales que pueden ir acompañadas de una propuesta de consulta popular.

<sup>404</sup> Que se dicta en desarrollo de la Ordenanza para la Participación Ciudadana en vigor desde el 1 de marzo de 2004, por lo tanto, será de aplicación siempre y cuando no sea contraria a la citada Ordenanza.

encuentran las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas (por ejemplo la reciente Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía).

En general, las consultas populares han sido un aspecto que no ha generado demasiadas controversias durante años y cuestión relativamente pacífica entre nosotros. En buena medida porque, durante esos años, las iniciativas llevadas a cabo por los Ayuntamientos no han sido numerosas y los asuntos planteados se centraban en supuestos como el cambio de las fechas o lugares de celebración de los festejos populares; asuntos relacionados con el urbanismo; la ubicación de edificios o instalaciones municipales, aspectos particulares de los servicios públicos, etc.<sup>405</sup>.

Pero, esa relativa pacificación de esta forma de participación ciudadana ha variado. De hecho, en los últimos años, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el carácter de las consultas y se puede afirmar que en la actualidad existe jurisprudencia consolidada al respecto<sup>406</sup>.

Sobre el tema de nuestra tesis (la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales) no ha sido hasta fechas recientes cuando se ha visto como uno de los aspectos que pueden someterse a consulta popular. Además de lo expresado a lo largo de este trabajo y relacionado con las renovadas obligaciones incorporadas a las normas administrativas sobre la forma de ejercer la potestad organizatoria, se ha de decir que en relación la participación ciudadana en esta cuestión, dice también la norma básica local que esta vía participativa *“no podrá en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley”* (artículo 69.2).

---

<sup>405</sup> En este sentido, MARTÍNEZ -ALONSO CAMPS, J. L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, *Anuario del Gobierno Local 2010*, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 447 -486. Y resalta que se refleja en que el número de consultas populares municipales promovidas (entre 1985 y 2010) han sido de 127, de las cuales se han autorizado por el Consejo de Ministros 28, frente a las 63 que no han sido autorizadas; a las que se unen las archivadas, desistidas por el propio Ayuntamiento o en trámite (total 37). De cuyos datos se evidencia que la cifra ha sido extraordinariamente baja, si se atiende tanto al tiempo transcurrido como al número de municipios. También puede verse el listado de las consultas populares para las que se ha solicitado autorización desde 1985 en la respuesta dada por el Gobierno central a la pregunta realizada por el Senado de EH Bildu, Jon Inarritu, así como las autorizadas y los principales asuntos objeto de consulta. Relacionadas en El boletín, crónica de Ander Cortazar, con fecha 29 de enero de 2018.

<sup>406</sup> El Alto Tribunal ha establecido que las consultas populares responden a la naturaleza de consultas referendarias, principalmente en las siguientes; STC 103/2008, de 11 de septiembre; STC 31/2010, de 28 de junio; STC 42/2014, de 25 de marzo; STC 31/2015, de 25 de febrero; STC 32/2015, de 25 de febrero; STC 137/2015, de 11 de junio; STC 128/2016, de 7 de julio; STC 51/2017, de 10 de mayo;.

Dicho de otro modo, las distintas fórmulas de participación ciudadana desarrolladas no podrán tener carácter vinculante<sup>407</sup>. La razón fundamental se encuentra en que, de una u otra forma, la mayoría de los asuntos sobre los cuales se realice la consulta conlleva su sometimiento a las exigencias de motivación definidas por las normas reguladoras y alcanzan a aspectos técnicos, económicos o financieros. En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales, como hemos argumentado, no podrá ser otra que aquella en la que quede debidamente acreditado su mayor eficiencia y sostenibilidad.

Pues bien, en el marco de la corriente remunicipalizadora referida, es de nuestro interés el Reglamento de Participación ciudadana aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona, el 6 de octubre de 2017. En particular, porque incorpora la posibilidad de someter a consulta popular la forma de gestión de los servicios públicos locales.

En relación con esta previsión del Reglamento mencionado, y alguna más, se ha presentado recurso contencioso administrativo por parte de la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES). Sobre la presentación de este recurso emitieron una nota de prensa el 10 de enero de 2018, en la cual se anunciaba su presentación. En dicho comunicado se expresa que *“el recurso contencioso administrativo no es una impugnación general del Reglamento de Participación Ciudadana, mecanismo de democracia directa que está perfectamente regulado en la Comunidad Europea y en España”*; sino únicamente sobre algunos de sus artículos. En particular aquellos referidos a *“las consultas a través de las cuales se pretende que la ciudadanía se exprese sobre materias de competencia municipal con*

---

<sup>407</sup> La configuración legislativa de las consultas populares de ámbito local se caracterizan por su carácter facultativo y no vinculante, de forma que sus efectos son meramente consultivos. La literalidad del artículo 71 de la Ley de Bases de Régimen Local permite descartar de plano la obligatoriedad de la consulta municipal, de forma que el precepto pone de manifiesto la ausencia de previsión legal que imponga con carácter preceptivo la celebración de la consulta con carácter previo a la adopción de una decisión. En este sentido, FONT I LLOVET, T., “El referéndum local en España”, *Revista Catalana de dret públic*, nº 2-3, 1985, págs. 117-121. En el mismo sentido se defiende que la ley debiera afirmar sin la menor duda el carácter meramente consultivo y no vinculante del resultado de la consulta popular municipal. Y, que no sea más legítimo cualquier ejercicio de democracia directa que el derivado de los órganos representativos elegidos libremente por los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones. Incluso puede sostenerse que, salvo supuestos y circunstancias verdaderamente excepcionales, la apelación al conocimiento directo de la opinión-decisión de los ciudadanos traslada a estos una responsabilidad que el sistema constitucional ha querido residenciar en sus representantes. Son ellos quienes deben decidir, haciendo uso de su mandato temporal y responder ante sus electores, sometiéndose al juicio periódico de las urnas. Así son las reglas de la democracia y no conviene alterarlas en este punto. Vid. GRANADOS CALERO, F., *La consulta popular municipal y su defectuosa regulación*, *Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 12, Valencia, 2002, págs. 113-133.

*incidencia en los recursos públicos pero que no ofrecen la información necesaria, imprescindible y objetiva para que el ciudadano pueda formularse un juicio responsable sobre las consecuencias jurídico administrativas de lo que se le pregunta ”.*

Dicho de otro modo, nos encontramos ante una actuación administrativa en la que prevalecen los elementos técnicos, económicos o financieros y, en base a los cuales se ha de pronunciar el Pleno. Aunque la forma de gestión sea sometida a consulta popular ello no implica que las exigencias normativas relativas a la mayor eficiencia y sostenibilidad puedan ser soslayadas mediante ésta fórmula.

Como decimos, nos interesan las previsiones del citado Reglamento y referidas a las consultas que regula y relacionadas con la elección de las formas de gestión de los servicios públicos municipales <sup>408</sup>. En la citada nota de prensa se hace referencia precisamente al aspecto que es de nuestro interés, en concreto cuando expresa que “*se pretende convertir al ciudadano en co-responsable involuntario de las consecuencias negativas de su opinión sobre asuntos que son competencia de órganos políticos administrativos, en particular para determinar la forma de gestión de los servicios públicos, en las cuales se encuentran importantes condicionantes jurídicos, económicos, financiero y técnicos, sobre los que en última instancia, debe pronunciarse el Pleno municipal, representante legal y democrático de todos los ciudadanos y único órgano garante y competente en el control de la administración municipal*”.

En efecto, como hemos argumentado, la posible consulta a plantear no puede convalidar una forma de gestión de los servicios públicos locales ineficiente e insostenible. En consecuencia, bien pudiera pensarse que lo pretendido con esta fórmula participativa es la señalada en la nota de prensa referenciada; es decir, servir como vía para justificar una forma de gestión no basada en los criterios establecidos por las normas básicas. No es descartable, sobre todo porque la posible pregunta a plantear puede inducir el sentido de la respuesta del ciudadano.

Las consultas populares, bien lo sabemos, han sido una cuestión pacífica hasta fechas recientes. En lo que a la elección de las formas de gestión de los servicios públicos, además, no han sido centro de atención de los responsables públicos; excepción hecha

---

<sup>408</sup> Es interesante el trabajo de CASTIELLA ANDRÉU, J. M., “Consultas populares no refrendarias en Cataluña ¿Es admisible constitucionalmente un tertium genus entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013, págs. 121 -155. También la tesis de CAMPOS JIMÉNEZ, A., *Participación ciudadana y Administración Local*, 2014, Universidad de Castilla la Mancha. Tesis.



de la iniciativa planteada por el Ayuntamiento de Cogollos Vega (Granada) en el año 2005, que no fue autorizada por el Consejo de Ministros. No obstante, es buen ejemplo sobre la idea planteada en el Reglamento citado o alguna otra iniciativa en este sentido.

La travesía seguida en el caso del Ayuntamiento de Cogollos Vega ha finalizado mediante la Sentencia del Tribunal Supremo 515/2016, 29 de noviembre. En lo que aquí interesa, sólo haremos referencia a la forma en que se suele plantear la pregunta sobre los cambios en las formas de gestión de los servicios públicos. Y, podemos decir que se trata de una forma, digamos cuanto menos interesada. El Ayuntamiento de Cogollos Vega formuló la pregunta en los siguientes términos:

*¿Desea Vd. que el Ayuntamiento de Cogollos Vega mantenga la concesión otorgada a la empresa AGUASVIRA SA, para la gestión de los servicios de ciclo integral del AGUA en este municipio, acordada por convenio suscrito por el anterior Alcalde, D. Gonzalo hasta el año 2027 sin acuerdo plenario?*

En relación con la forma de plantear la pregunta conviene acudir a lo dicho en la sentencia mencionada: *“tal como está formulada, la pregunta no se ciñe al ámbito propio de una competencia sobre esa materia ni pretende la participación ciudadana sobre cómo se gestiona el servicio de gestión integral del ciclo del agua, sino que en realidad, suscita una cuestión que afecta a unos concretos convenios en su momento suscritos por el Ayuntamiento demandante con el Consorcio, (...). En definitiva, las decisiones sobre la continuidad, o no, de esa forma de prestación del servicio y sobre la legalidad de la forma de acordar aquella, en tanto que en el propio enunciado de la pregunta se introduce una toma de posición sobre la misma, son cuestiones ajenas al ámbito de competencias propias municipales, y, por lo tanto, no son asuntos sobre los que se pueda consultar a los vecinos de un municipio a través de este instrumento participativo que es la consulta popular”.*

En similar sentido se han expresado las posibles preguntas en otros Ayuntamientos con iniciativas más recientes. Por ejemplo, en el Ayuntamiento de Sagunto se presentó una iniciativa popular por la que se pedía realizar los trámites necesarios para someter a consulta popular la siguiente pregunta: *¿Desea usted que la gestión del agua potable retorne a un sistema de gestión pública al 100%?* Es decir, como bien expresa la sentencia referenciada *“ el propio enunciado de la pregunta se introduce una toma de posición sobre la misma”.*

Desde nuestro punto de vista, la problemática no se encuentra en que pueda someterse o no a consulta refrendaria distintos asuntos de interés local o la forma de gestión. El problema se suscita cuando la pretensión es utilizar argumentos o vías de participación ciudadana (como la consulta) para justificar una forma de gestión particular y, en cierta forma, pareciera que se pretendan soslayar por esta vía los criterios jurídicos -técnicos establecidos en las normas reguladoras.

Como hemos expuesto a lo largo de este trabajo, finalmente, las normas administrativas incorporan elementos reglados de distintos alcance para garantizar, más o menos, una forma de gestión de los servicios públicos locales eficiente y sostenible. Ya no nos encontramos ante una potestad eminentemente discrecional, sino que tiene más tintes relacionados con la actual jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica y no podrán ser sorteados mediante la apelación a la participación ciudadana (son dos ámbitos diferentes y ambos conllevan distintas obligaciones para los responsables públicos en su principal misión: servir con objetividad a los intereses generales).

Además, aunque se celebrara la consulta, no tiene carácter vinculante y pervive la obligación de elaborar el expediente administrativo en los términos establecidos y sobre él debe pronunciarse el Pleno del Ayuntamiento. Esto es, celebrar la consulta no exime a los órganos administrativos de emitir el juicio técnico exigido por la norma y, con él, motivar suficientemente la decisión adoptada. Y, desde luego, siempre está la vía judicial para impugnar el acuerdo adoptado, si no se ajusta a las prescripciones normativas vigentes en nuestros días.

## **CONCLUSIONES**



En el desarrollo de los capítulos que han conformado este trabajo de investigación hemos ido adelantando las conclusiones alcanzadas. En el presente apartado expondremos las principales de forma resumida y sistemática.

El objetivo principal de esta tesis ha sido centrar la atención en una potestad configurada tradicionalmente de forma discrecional (la organizatoria) y en una de sus manifestaciones (la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales) ; así como, estudiar el papel del principio económico de eficiencia (presente en nuestra Carta magna desde su aprobación) en las normas administrativas.

Así, hemos comprobado cómo la incorporación y desarrollo del principio de sostenibilidad económica a las normas administrativas durante los años que ha durado la reciente crisis económica ha tenido como efecto principal el condicionar y limitar dicha elección a la efectiva justificación de sus fundamentos, mediante el desarrollo de distintos elementos reglados en las normas reguladoras; junto a este principio económico se encuentra en las normas administrativas los de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria (ahora también presentes en nuestra Constitución). Así, ambas vertientes (la económica y la financiero-presupuestaria) han pasado a formar parte del Derecho que regula esta actuación administrativa. Tal cambio trae origen, especialmente, en la redacción dada al artículo 85.2 por la Ley 27/2013. La redacción de este apartado ha venido a marcar la línea de actuación administrativa a seguir en cada una de las posibilidades normativas que ejerzan los responsables públicos en relación con esta potestad.

Las nuevas realidades sociales, económicas y financiera han impulsado el desarrollo de estos principios a las normas administrativas que regulan la potestad aquí tratada y hemos justificado cómo los cambios jurisprudenciales y normativos, a nuestro modo de ver positivos, han ido delimitando con mayor precisión la principal obligación de las Entidades locales cuando deciden su organización: la motivación suficiente.

De acuerdo con los fundamentos de este principio (sostenibilidad económica) y la vertiente técnica que es inherente a esta potestad se debería producir un resultado prioritario: revertir en los usuarios de los servicios públicos locales los beneficios o rentabilidad económica generada por la elección de aquella forma de gestión más eficiente y sostenible.

Hemos justificado que la teoría jurisprudencial desarrollada ante actuaciones administrativas con prevalente carácter técnico le es de aplicación a la potestad organizatoria. Y, esta teoría jurisprudencial, se refleja en la regulación llevada a cabo para cada una de las opciones dadas por la normativa. En dicha actuación deben delimitarse y diferenciarse netamente los denominados por la jurisprudencia como aledaños del estricto juicio técnico a emitir por los órganos técnicos administrativos correspondientes (también en términos económicos). Así, el eje sobre el que se ha desarrollado este trabajo de investigación ha sido el expediente administrativo a tramitar por las Entidades locales cuando han de emitir el juicio técnico correspondiente (justificar la forma de gestión más eficiente y sostenible).

De este modo, el principio de sostenibilidad económica ha tomado protagonismo propio y específico en el ejercicio de esta potestad y viene a aportar ciertas garantías jurídicas en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales (las establecidas por nuestra Carta magna). Pues, la tradicional forma de regular esta elección ha provocado que se utilice para finalidades distintas a las que le son propias, como por ejemplo la finalidad cortoplacista de obtener recursos financieros, y tenido como consecuencia una gestión de los servicios públicos locales ineficiente e insostenible.

Con la aprobación de la Ley 27/2013 se abre el camino de la sostenibilidad económica en tal elección (también la financiera), al regularse en una dirección concreta: la forma de gestión debe ser la más eficiente y sostenible. Este sencillo pero importante mandato se ha visto reiterado y desarrollado en las principales normas básicas administrativas que regulan el ejercicio de esta potestad. Además, para garantizar la efectividad de tal previsión se han incorporado específicos criterios de valoración y requerimientos de informes preceptivos para las Entidades locales en esta actuación, al configurarse como elementos reglados de esta potestad y han de tenerse en cuenta y valorarse para llevar a cabo tal elección. Tanto los unos como los otros (informes y criterios de valoración) están dirigidos al mismo objetivo: la optimización de los recursos públicos destinados a tal finalidad, a través de una adecuada elección de la forma de gestión.

De este modo, la forma de gestión también se pone al servicio de los intereses generales pretendidos con el servicio público, mediante una elección del instrumento para alcanzarlos y guiada por criterios económicos y también financieros.

De forma más específica, las principales conclusiones a las que hemos llegado son las siguientes:

**Primera: La tradicional configuración de la potestad organizatoria como una potestad discrecional ha supuesto en ocasiones elegir la forma de prestación de los servicios públicos locales ineficiente e insostenible, que ha sido puesta aún más de manifiesto con motivo de la reciente crisis económica.**

Las normas reguladoras de la potestad organizatoria, en particular cuando se trata de elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales, tradicionalmente la han concebido como una potestad discrecional. De hecho, las distintas normas básicas del régimen local no habían regulado ni establecido procedimiento o expediente específico que debiera tramitarse para la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales.

No obstante, la discrecionalidad con que era conferida esta potestad no quería decir que tal decisión discrecional no estuviese condicionada por los principios y valores constitucionales, especialmente por la finalidad constitucionalmente prevista para la Administración pública: servir de la mejor forma posible a los intereses generales pretendidos con el servicio público (artículos 31.2 y 103).

Frente a ello, se ha convertido en habitual referirse a las ineficiencias en las estructuras públicas creadas, cuando no a otras actuaciones que entran en el ámbito de los delitos. Tanto unas como otras traen origen, a nuestro modo de ver, en la laxitud de la configuración normativa de la potestad objeto de nuestra atención.

**Segunda. La modificación constitucional motivada por los incumplimientos de los compromisos de la Unión monetaria ha significado la constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y, en consecuencia, la limitación de la potestad de organización con nuevos elementos reglados.**

Los países integrantes de la Unión Europea se han enfrentado a una crisis económica en la que las tradicionales recetas aplicadas por los Estados no han tenido el mismo efecto que en épocas pasadas. Quizás sea una de las razones por la que esta crisis ha tenido mayor duración y profundidad.

Las obligaciones derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (ejes sobre los que pivota la moneda única) tienen unos destinatarios concretos: los Poderes públicos. Es decir, aquellos cuya principal responsabilidad es crear unas estructuras organizativas y administrar unos recursos públicos para hacer efectivo el Estado social y de derecho definido por nuestra Constitución (tanto en períodos de expansión económica como en los de recesión). Con la nueva redacción dada al artículo 135 de la Constitución se han desarrollado con mayor precisión los elementos reglados que rigen el ejercicio de las potestades públicas en este ámbito.

La constitucionalización de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera derivada de la crisis ha conllevado la incorporación y desarrollo en las normas administrativas de la vertiente económica inherente a la potestad organizatoria. De esta forma, se ha dirigido la atención normativa hacia las conocidas y, en cierta forma, tradicionales ineficiencias en el ámbito público (también denominadas como duplicidades o desproporciones en las estructuras administrativas).

**Tercera. Hemos de valorar los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en su aplicación a la actividad administrativa organizatoria, como una concreción (expresión cuantitativa) de los principios más generales de eficiencia y proporcionalidad. Debemos interpretar el reformado artículo 135 de la Constitución en relación con el artículo 31.2.**

Los efectos de la nueva redacción dada al artículo 135 de la Constitución y de la crisis económica han trascendido del propio ámbito financiero y presupuestario que originó tal actuación, especialmente en el ámbito administrativo, en particular porque también se han desarrollado principios económicos en este ámbito.

La importancia dada por nuestra Constitución a los principios económicos radica, principalmente, en su ubicación: forman parte del Título I. En la elección de las formas de gestión de los servicios públicos ha tomado especial protagonismo los principios de eficiencia y economía (artículo 31.2 de nuestra Constitución).

El principio de sostenibilidad económica en la potestad organizatoria es ese principio que obliga a las Entidades locales a elegir la forma de gestión que mejor sirve a los



intereses generales pretendidos con el servicio público. Este principio se basa en la aplicación de los fundamentos del principio constitucional de eficiencia con proporcionalidad. La conjunción de ambos principios se justifica, precisamente, en la principal misión encomendada a las Administraciones públicas; servir con objetividad a los intereses generales, que no en el sentido del estricto beneficio económico con el que se suele asociar al principio de eficiencia en el ámbito privado.

Por tanto, el principio de eficiencia es un principio que forma parte de nuestra Constitución desde su aprobación. Y, como el resto de principios y valores constitucionales, no se incorporan al máximo nivel normativo si su presencia no colabora en la forma de configurar nuestro modelo de Estado. Además, se trata de un principio dirigido específicamente a las Administraciones públicas, a pesar de haber sido uno de los grandes desconocidos en nuestras estructuras públicas durante casi cuatro décadas. Con el desarrollo normativo de este principio se colabora de forma determinante en la tarea de cumplir con las obligaciones financiero-presupuestarias derivadas de nuestra condición de Estado miembro de la Unión Económica y Monetaria. Pero, se ha de diferenciar netamente el ámbito económico del financiero-presupuestario (son dos vertientes relacionadas pero una sitúa su centro de interés en el Derecho administrativo y la otra en el financiero-presupuestario). Se trata de dos obligaciones de las Entidades locales y reguladas cada una de ellas en el ámbito que le es propio.

**Cuarta. La obligación de elegir la forma de gestión más eficiente y sostenible es un mandato normativo. Este mandato se acompaña de distintos elementos reglados, como son la obligación de elaborar informes y aplicar criterios de valoración específicos y dirigidos a tal finalidad. El cumplimiento de las renovadas exigencias, en términos de sostenibilidad económica, se configura también como criterio de distinción en los contratos administrativos.**

La nueva redacción dada al artículo 85.2 no se ha llevado a realizar varias consideraciones y resumidas en cuatro ideas principales:

*En primer lugar, la obligación de elegir la forma de gestión más eficiente y sostenible es un mandato y condicionante que se incorpora expresamente al ámbito de la gestión de los servicios públicos con la Ley 27/2013.*

Esta norma se aprobó en una etapa especialmente difícil de la crisis económica. En relación con las turbulencias de aquellos años, bien podemos decir que tras las tormentas viene la calma (también las financieras) y, transcurridos varios años desde la aprobación de esta norma y la sucesión de reformas normativas llevadas a cabo, se comprueba que cada una de ellas viene a incidir y confirmar la línea regulatoria iniciada con la modificación de la norma básica local, en lo que a la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales se refiere. De esta forma, se ha de poner en valor la relevancia de la reforma llevada a cabo en este ámbito de actuación mediante la Ley 27/2013. La redacción dada al artículo 85.2 es contundente: la forma de gestión será la más eficiente y sostenible.

*En segundo lugar, la necesidad de justificar la eficiencia y sostenibilidad en la elección de la forma de gestión diluye la indiferencia jurídica en esta actuación administrativa; es decir, se deberá acreditar la mayor eficiencia y sostenibilidad de la forma de gestión elegida.*

La fórmula del imperativo contemplada en el artículo 85.2 se repite y reitera en cada una de las opciones dadas por las normas que regulan uno u otros aspectos relacionados con la elección de la forma de gestionar los servicios públicos locales. De este modo, la discrecionalidad con que era conferida esta potestad a las Entidades locales ha sido sustituida por imperativos directos y específicos; en consecuencia, ya no es indiferente una u otra forma de gestión, ni en términos económicos ni financieros.

Los imperativos y principios incorporados a la norma básica local encuentran recorrido también en la Ley 9/2017. Aunque esta norma tiene otra finalidad fundamental: regular el proceso de licitación de la contratación pública; pero, dicha actuación no es ajena al mandato de la optimización en el uso de los recursos públicos, aunque sea una materia regulada mediante Directiva europea. Es decir, la eficiencia en la forma de gestión es un mandato interno, con origen en nuestra Carta magna desde su aprobación hace cuatro décadas. Precisamente por ello, en el supuesto de que el objeto del contrato sea la gestión de un servicio público local entonces la necesidad del contrato será la mayor eficiencia y sostenibilidad de esta forma de gestión, la indirecta.

Así, la elección de la forma de gestión de los servicios públicos se debe plantear mediante una pregunta ¿qué forma de gestión es la más eficiente y sostenible? Y, en la

respuesta, no hay indiferencia jurídica, será la más eficiente y sostenible o no lo será. Frente a los tradicionales planteamientos que permitían la discrecionalidad con que era conferida esta potestad. En consecuencia, la actual regulación de esta potestad no permite abordar la elección de la forma de gestión mediante ciertos usos tradicionales: por ejemplo, los órganos técnicos de la Administración no podrán (o no deberán) elaborar el expediente exigido por la norma básica local para hacer coincidir sus conclusiones con una decisión ya tomada por los responsables públicos (como se ha hecho cuando se ha utilizado la forma de gestión para otras finalidades). El abordar esta elección desde esas perspectivas conllevaba que se invirtieran los términos, al dirigir la motivación a justificar una decisión ya adoptada.

*En tercer lugar, los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión se erigen en elementos determinantes para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales. Y, el análisis coste-beneficio es una herramienta que delimita la eficiencia de la forma de gestión.*

La aplicación de estos criterios de valoración son preceptivos y en su determinación se han de tener en cuenta aspectos comunes e interrelacionados. Especial importancia tiene el criterio de valoración de la recuperación de la inversión. Con la aprobación de la Ley 9/2017 se realza su relevancia; especialmente porque para ampliar los plazos generales de duración de los contratos establecidos en esta norma se ha de tener en cuenta este criterio, entre otros. En el ámbito local, si la gestión indirecta es la más eficiente y sostenible entonces las Entidades locales ya habrán estimado uno de los criterios establecidos para determinar el plazo de duración del contrato con el que se pretenda gestionar el servicio público. Este es uno de los ejemplos en los que se pone de manifiesto la importancia del expediente previsto en el artículo 85.2.

El uso del análisis coste-beneficio en la labor justificadora de la mayor eficiencia y sostenibilidad de una u otra forma de gestión es, a nuestro modo de ver, una opción adecuada. Entre otras razones porque con él se desarrollan buena parte de los elementos reglados exigidos por las normas básicas, en particular los relacionados con los costes de los servicios públicos. La obligación más recientemente incorporada es la de llevar a cabo un análisis del coste en el ciclo de vida del objeto del contrato mediante la Ley 9/2017 y se añade a las contempladas en la Ley 27/2013. Pero, esta herramienta (el análisis coste-beneficio) dirige más su atención al principio de sostenibilidad

económica; es decir, pone en relación los medios a emplear con los fines pretendidos. Pues, los costes son sólo una de las variables a tener en cuenta en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales y el análisis coste-beneficio valora distintos tipos de flujos, no sólo los financieros o costes generados con la gestión del servicio público. Dicho de otro modo, se atiende a los fundamentos del principio de sostenibilidad económica: alcanzar el fin pretendido con el servicio público dedicando los recursos necesarios, sólo los necesarios, y no se centra sólo en la perspectiva financiera o sólo en los costes.

*En cuarto lugar, la determinación del riesgo empresarial (de acuerdo con la Ley 9/2017) ha de ser un criterio esencial en la definición de la forma de gestión más eficiente y sostenible. De este modo, también la sostenibilidad económica en la forma de gestión se configura como un criterio de distinción del contrato administrativo.*

En el ámbito de los servicios públicos, uno de los elementos principales de la nueva ley de contratos se encuentra en que esta norma desarrolla el concepto de “riesgo” en los contratos de concesión; de acuerdo con los parámetros definidos por la jurisprudencia comunitaria. En este tipo de contratos se amplía el alcance del tradicional riesgo y ventura de los contratos públicos en general.

De acuerdo con lo exigido en el expediente elaborado por las Entidades locales para elegir la forma de gestión, los criterios a aplicar por los órganos de contratación pública para determinar el riesgo operacional se encuentran, en esencia, desarrollados en las previsiones del artículo 85.2 para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales: la más eficiente y sostenible. Dicho de otro modo, los fundamentos del principio de sostenibilidad económica se ponen al servicio de los intereses generales en esta actuación y, de esa forma, también se está dando respuesta a uno de los preceptos constitucionales no desarrollados en toda su extensión durante algunas décadas.

**Quinta. La incorporación de los aspectos técnico -económicos como límites a la discrecionalidad en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos nos ha llevado a replantear la naturaleza de esta actuación administrativa, en particular desde la teoría de la discrecionalidad técnica y la de los conceptos jurídicos indeterminados.**

La jurisprudencia desarrollada, en relación con el alcance de la vertiente económica en actuaciones administrativas en las que se ha de emitir un juicio técnico, nos ayuda a interpretar los cambios normativos en este sentido.

La relevancia de esta jurisprudencia radica en la motivación de las decisiones administrativas en términos de sostenibilidad económica. Y, la reducción de la distancia que ha separado a la doctrina sobre la discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados ha venido de la mano de la optimización en el uso de los recursos públicos (personales, materiales, financieros, etc.) y del alcance de la motivación a realizar por las Administraciones. En ambas se pretende que la Administración opte por aquella posibilidad dada por las normas administrativas que en mayor grado se adecúe a lo prescrito por la norma reguladora.

En el supuesto de la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales nos encontramos con un solo interés general: la mejor forma de prestar el servicio público; y, la “libertad” de que goza la Administración (discrecionalidad) está referida, exclusivamente, al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la actuación legalmente autorizada para atender aquel interés (la forma de gestión).

En consecuencia, en esta actuación ya no podemos afirmar que esté caracterizada por su discrecionalidad. Y, puede considerarse que le es de aplicación lo que hemos denominado como “trípode jurídico” establecido por la consolidada jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica. Dicha jurisprudencia obliga a diferenciar nítidamente entre el juicio técnico a emitir por la Administración (la forma de gestión más sostenible) de lo que se ha denominado en este ámbito como aledaños (motivación). El reflejo de esta jurisprudencia se observa, entre otros, en los informes a realizar por las Entidades locales y denominados por la norma básica local como de “apoyo técnico” y “asesoramiento técnico recibido”. En estos informes aparecerán, entre otros, los denominados aledaños del juicio técnico; y, en ellos también se definirán los elementos

particularmente relevantes para el servicio público, por tanto comunes a ambas formas de gestión.

Pero, la regulación da un paso más, esto es, la elección de la forma de gestión tiende a fundamentarse en la determinación de un concepto jurídico indeterminado: la mejor y más eficiente, la más sostenible (precisamente, a esa finalidad se encamina el juicio técnico a emitir).

De este modo, el dado por las distintas normas que regulan esta potestad y los criterios jurisprudenciales establecidos, podemos decir que el tradicional indiferente jurídico en este ámbito de actuación deja paso a la optimización en el uso de los recursos públicos, el dado por el principio de sostenibilidad económica en la forma de gestión de los servicios públicos locales. Y, esta actuación es controlable judicialmente, mediante los específicos elementos reglados incorporados a las normas administrativas, conforme a los criterios jurisprudenciales sobre actuaciones administrativas con marcado carácter técnico.

**Sexta. Hay que interpretar la Ley de contratos a la luz de lo dispuesto ahora en la Ley de Bases de Régimen Local respecto de la elección de la forma de gestión. Es necesario articular la relación entre la regulación de las prerrogativas contractuales (en particular los modificados) y la determinación de la forma de prestación más sostenible y eficiente.**

La nueva ley de contratos regula el alcance de las modificaciones contractuales, se regulan específicamente. Así, tanto la Entidad local como los contratistas, encuentran específicos elementos reglados que no han sido valorados durante años, también en este ámbito. La Ley 9/2017 obliga a definir y publicitar de forma precisa cada uno de los elementos principales del contrato y las potestades públicas a ejercer durante su ejecución se definen más pormenorizadamente. Y, dado que la necesidad del contrato deviene de la mayor eficiencia y sostenibilidad de esta forma de gestión, entonces en las posibles modificaciones se han de valorar sus efectos desde la perspectiva dada por la sostenibilidad económica y la financiera también.

Así, como una parte considerable del expediente elaborado para licitar el contrato trae origen en la motivación dada para elegir esta forma de gestión, entonces, las posibles

modificaciones también afectan a lo expresado en los informes elaborados y los criterios de valoración aplicados. En consecuencia, puede suceder que la modificación pretendida afecte a la eficiencia y sostenibilidad que ha justificado elegir esta forma de gestión. Y, derivar en una gestión efectiva ineficiente e insostenible.

Se trata de una posibilidad real; pues, suele ser habitual el elaborar los expedientes administrativos sin incluir algunos aspectos relevantes para la gestión de los servicios públicos. Así, al eje de las Directivas y de la nueva Ley de contratos (la modificación no puede dar lugar a una novación de tal importe que suponga cambiar la naturaleza del contrato originario o que de haber sido conocida por empresas hubiera podido dar lugar a la presentación de ofertas diferentes); se añade la incorporada por la norma básica local, es decir, la modificación no puede dar lugar a una forma de gestión de los servicios públicos locales ineficiente e insostenible.

**Séptima. El debate sobre la remunicipalización (reinternalización) deviene inútil, pues pasa de ser una decisión de oportunidad a una decisión técnicamente delimitada. Y, la posibilidad de cambiar una forma de gestión indirecta a una directa, mediante la prerrogativa del rescate, debe cumplir con la obligación de acreditar la mayor eficiencia y sostenibilidad.**

La obligación de justificar la mayor eficiencia y sostenibilidad en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales alcanza a cada una de las posibilidades dadas por las normas, también a la hora de ejercer la prerrogativa contractual que permite rescindir el contrato suscrito y gestionar el servicio público de forma directa, conocida como rescate de las concesiones (ahora también presente en los contratos de servicios). Esta prerrogativa, como otras, ha sido conferida tradicionalmente de forma discrecional y condicionada, exclusivamente, a los intereses generales que pudieran verse afectados. Sin embargo, la Ley 9/2017 hace desaparecer tal configuración al añadir como elemento reglado la obligación de las Entidades locales de justificar la mayor eficiencia de la forma de gestión directa frente a la indirecta que se pretende cambiar (exactamente lo mismo que exige el artículo 85.2 de la norma básica local, en su primer inciso).

Además, en la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales (es la actuación que se lleva a cabo cuando se ejerce esta prerrogativa) se exige acreditar la doble vertiente de la sostenibilidad, es decir, la económica y también la financiera. Es importante recordar ambas vertientes en esta actuación porque de su ejercicio suele resultar el resarcimiento financiero del concesionario, por la resolución anticipada del contrato suscrito. Y, como el artículo 85.2 de la norma básica local impone que la forma de gestión deba ser la más eficiente y sostenible, también en términos financieros, entonces puede suceder que la carga financiera de esta acción incida en la perspectiva financiera a valorar.

Así, los defensores de esa corriente conocida como remunicipalización encuentran respuesta a sus argumentos en las normas que regulan la forma de gestión de los servicios públicos locales. Aunque, se ha de decir que los resultados de los análisis rigurosos llevados a cabo muestran cómo la cuestión no radica tanto en la intervención o no del sector privado en el ámbito de la gestión de los servicios públicos (como una de las principales críticas realizadas desde esta corriente), sino en la responsabilidad de sus titulares de garantizar la eficiencia y sostenibilidad en la prestación del servicio público, si a la forma de gestión nos referimos.





## **BIBLIOGRAFÍA.**



AGUALLO AVILÉS A. y BUENO GALLARDO, E., “Comentario al artículo 31 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Española*, (Dir.) Casas-Baamonde y otros, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 1999.

ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 91, enero-abril, 2011.

ALBERTI ROVIRA, E., “La Constitución Económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución (III)), nº 71, mayo-agosto, 2004.

ALFONSO MELLADO, C. L., “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos” en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, (Ed.) Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017.

ALONSO HIGUERA, C., “Las formas contractuales para la gestión de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales*, nº 1 extra, 2007.

AMOEDO SOUTO, C. A., “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 170, mayo-agosto, 2006.

ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Tercero en discordia, Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.

ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, McGraw Hill, Madrid, 1995.

ARANA GARCÍA, E., “El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 291, enero-abril, 2003.

ARIMANY LAMOGLIA, E.,

- “Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la STJCE de 13 de octubre de 2005, As. C-458/03, Parking Brixen GMBH)”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 9, octubre, 2005.

- “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público (Crónica del caso “Centro de Ocio de la ciudad de Roanne””, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 133, enero-marzo, 2007.

ARIÑO ORTÍZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85, enero-marzo, 1995.

BACIGALUPO M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997,

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales (Doctrina, jurisprudencia y Formularios)*, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, la Ley, Madrid, 2005.

BAÑO LEÓN, “El “modificado” de los contratos” en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, (Dir.) Giménez Feliu, Aranzadi, Navarra, 2018.

BARNÉS, J., “El principio de proporcionalidad, estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho público*, nº 5, septiembre-diciembre, 1998.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación administrativa Nueva Época*, nº 4, enero-diciembre, 2017.

BASSOLS COMA, M.,

- *Constitución y Economía*, Tecnos, Madrid, 1988.
- “La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho público económico; el principio de buena regulación económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 325, febrero, 2012.

BEJARANO LUCAS, J. M., “La implementación de la planificación normativa y de la denominada *better regulation* en el ámbito municipal”, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº. 21, 15 de noviembre, 2016.

BELL i QUERAL G. y ESTRUCH MANJÓN, A.,

- “La gestión de los servicios públicos locales: ¿porqué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?”, *Anuario de Derecho municipal 2007*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2008.
- “La gestión de los servicios públicos locales ¿porqué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?” en *Anuario de Derecho municipal 2011*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2012.

BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

BERNAL BLAY, M. A., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. C omentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (As. C-295/05, Asemfo vs. Tragsa)”, *Revista Española de Derecho Adminsitrativo*, nº 137, enero-marzo, 2008.

BIGLINO CAMPOS, P., “Las tentativas de reforma constitucional en España”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, (Coords.) López Garrido y Martínez Alarcón. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

BLANQUER CRIADO, D.,

- *La concesión del servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- *Derecho Administrativo, los sujetos, la actividad y los principios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- *Introducción al Derecho administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

BOTO ALVAREZ, A., “Redimensionamiento del sector público o local”, en *La reforma del régimen local*, (Dir.) Quintana López, (Coord.) Casares Marcos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BUSTOS GISBERT, R., “Integración europea y Constitución Española: ¿tancretismo, desnudez o invisibilidad?”, en *Treinta años de Constitución: congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, (Coords), García Roca y Enoch Alberti, Asociación de Constitucionalistas de España. Congreso Extraordinario. Madrid, 2009.

CABRERA E., *Panel científico técnico de seguimiento de la política de aguas. El suministro de agua urbano en España*, Fundación nueva cultura del agua, Zaragoza, 2008.

CAMPOS ACUÑA, M. C., “La iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”, en *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015: Reflexiones y claves para su aplicación*, (Dir.) Gallardo Castillo, CEMCI, Granada, 2016.

CAMPOS DAROCA, J. M., *La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, Wolters Kluwver, Barcelona, 2014.

CAMPOS JIMÉNEZ, A. *Participación ciudadana y Administración Local*, Universidad de Castilla la Mancha, 2014. Tesis.

CARBALLEIRA RIVERA,

- “Gozan de derechos fundamentales las Administraciones públicas? (STC 175/2001, de 26 de julio)”, *Revista de Administración Pública*, nº 158, mayo - agosto, 2002.
- “Nuevo derecho de aguas”, en *El reparto competencial en materia de aguas*, (Coord.) González-Varas Ibáñez, Aranzadi, Navarra, 2007.

CARRASCO DÍAZ, D., BUENDÍA CARRILLO D., y LLORENTE MUÑOZ, V., “Síntesis y análisis crítico del coste efectivo de los servicios públicos” *Auditoría pública*, nº 67, 2016.

CARRASCO DÍAZ, D., BUENDÍA CARRILLO, D., y otros, *Coste real versus coste efectivo de los servicios locales*, (Coords.) Carrasco Díaz y Buendía Carrillo, Gecosol, Málaga, 2014.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A., “El debate sobre la autonomía municipal”, *Revista de Administración Pública*, nº 147, septiembre-diciembre, 1998.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., MIGUEZ MACHO, L., ALMEIDA CERREDA, M., “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racionalización del gasto público y cláusula del Estado Social”, *VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Tarragona, 10 y 11 de febrero de 2012.

CARULLO, G., “Contratos de la Administración Pública para la autoproducción de bienes y servicios: el caso europeo de las operaciones “internas” mediante *in house providin*”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre, 2016.

CASADO CASADO, L.,

- “El control de la discrecionalidad administrativa en el derecho comunitario europeo” *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 44, enero-abril, 1996.
- “La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo C omún de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 107, enero-abril, 2017.

CASTELLA ANDREU, J. M., “Consultas populares no refrendarias en Cataluña ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013.

CASTILLO BLANCO, F. A.,

- “La remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El cronista del Estado social y Democrático de Derecho* , nº 58-59, 2016.
- *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, Estudios de relaciones laborales, Diputación de Barcelona, 2017.

CAZORLA PRIETO, L. M., *Comentarios a la Constitución* , 3<sup>a</sup> ed. , (Coord.) Garrido Falla, Civitas, Madrid, 2001.

CEBRIAN ABELLÁN, M., *El régimen local tras la reforma de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad*, Wolker Kluwer, Barcelona, 2014.

CHINCHILLA MARÍN, M.C.,

- “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración pública*, nº 200, mayo-agosto, 2016.
- “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?” *Revista de Administración pública*, nº 203, mayo-agosto, 2017.



CIRIANO VELA, C. D., *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

COCA VITA, E., “También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales”, *Revista de Administración Pública*, nº 108, septiembre-diciembre, 1985.

CONDE ANTEQUERA, J., “El principio de proporcionalidad en la restauración urbanística. ¿Un caballo de Troya en la seguridad jurídica?”, *Revista Vasca de Administración pública*, nº 91, septiembre-diciembre, 2011.

CORDÓN MORENO, F., “El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales”. *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 1, septiembre, 2003.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de derecho administrativo, ed. 28ª*, Civitas, Navarra, 2017.

COTS i VALVERDE, R., “La elección de la forma de gestión de los servicios públicos municipales” en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, Ed. Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017.

CUESTA REVILLA, “Las competencias municipales: una aproximación a su nuevo régimen jurídico”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, febrero de 2014.

CUETO PÉREZ, M., “Organismos públicos y sociedades mercantiles en la Ley 40/2015”, en *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y del Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

DEL GUAYO CASTIELLA, I.,

- “La gestión de servicios públicos locales”, *Revista de Administración Pública*, nº 165, septiembre-diciembre, 2004.
- “Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *REALA nueva época*, nº 2, julio-diciembre, 2014.

- DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, enero-abril, 1994.
- DELGADO BARRIO, J., “El control de la discrecionalidad del planeamiento”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico”, en *Ponderación y Derecho administrativo*, (Coord.) Ortega y de la Sierra, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- DOMINGUEZ MARTÍNEZ, J. M., y LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., “Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional en España”, *Diario La Ley*, nº 7760, diciembre, 2011.
- DUCHA ARRIZABALAGA, F., “La municipalización de servicios: un estudio diacrónico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 1, septiembre-diciembre, 1981.
- EMBRID IRUJO, A., “Norma, Economía y lenguaje en el derecho de la crisis económica. El control judicial de la actividad administrativa en la economía. Algunas reflexiones”, *Documentación administrativa, nueva época*, nº 1, enero-diciembre, 2014.
- ESPARZA AROZ, M., “El nuevo marco de estabilidad presupuestaria en España”, *Revista parlamentaria de la asamblea de Madrid*, nº 26, primer semestre, 2012.
- ESTEVE PARDO, J.,
- “La regulación de la economía desde el Estado garante”, *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, vol. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
  - *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
  - “Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad”, *Documentación Administrativa, Nueva Época*, nº 1, enero-diciembre, 2014.

- “La Administración garante. Una aproximación”. *Revista de Administración pública*, nº 197, mayo-agosto, 2015.
- *Estado garante. Idea y realidad*. INAP, Madrid, 2015.
- *Lecciones de Derecho administrativo, ed. 7ª*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, nº 202, enero-abril, 2017.

FALCÓN y TELLA, R., “La reforma del artículo 135 de la Constitución”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 25, septiembre-diciembre, 2011, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

FANLO LORAS, A., “Las prerrogativas locales”, en *Tratado de Derecho municipal 3º ed., Tomo I*, (Dir.) Muñoz Machado, Iustel, Madrid, 2011.

FEIJOÓ REY, “La integración como empleados públicos del personal de las empresas contratadas”, en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, (Ed.) Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017

FERNÁNDEZ-ESPINAR y LÓPEZ, L. C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa y la necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 26, enero, 2012.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La potestad local de autoorganización: contenido y límites”, en *Tratado de Derecho municipal*, (Dir.) Muñoz Machado, Civitas, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R.,

- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.
- “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 76, octubre-diciembre, 1992.
- *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999.
- “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional” *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012.
- “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, mayo-agosto, 2016.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Documentación administrativa Nueva Época*, nº 4, enero-diciembre, 2017.

FONT i LLOVET, T., “El referéndum local en España”, *Revista Catalana de drec públic*, nº 2-3, segundo semestre, 1985.

FORTES GONZÁLEZ, A. I., “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejora regulatoria”, en *Instituciones del procedimiento administrativo común: novedades de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, (Dir.) Rivero Ortega y otros, Juruá, Lisboa 2016.

FRACCHIA, F., “Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización” en *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo. Benidorm -Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, (Coords.), Font i Llover y Díez Sánchez, Iustel, Madrid 2017.

FUERTES LÓPEZ, M., “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 279, enero-abril, 1999.

GALLEGO CÓRCOLES I., “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Práctica Contratación Administrativa*, nº 135, 2015.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012.

GARCÍA COCA, F. J. Y OTROS, *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. R., *Curso de Derecho administrativo I*, Aranzadi, Navarra, 2017.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia, Jueces y control de la Administración*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA MACHO, R., “La autonomía municipal y su protección en la Ley de Bases de Régimen Local”, *Revista de Administración Pública*, nº 109, enero-abril, 1986.

GARCÍA ROCA, F.J., “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 282, enero-abril, 2000.

GARCÍA RUBIO, F.,

- *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, El consultor de los ayuntamientos, La Ley, Madrid, 2011.
- “La iniciativa económica local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local”, *REALA, nueva época*, nº 3, enero-junio, 2015.
- “Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos”, *Documentación administrativa, Nueva Época*, nº 4, enero-diciembre, 2017.

GARRIDO FALLA, F., *El modelo económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.

GIMENO FELIÚ, J. M.,

- “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, en *Informe de las Comunidades Autónomas*, 2005.
- “El principio de eficiencia”, en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, (Dir.) Santamaría Pastor, La Ley, Madrid, 2010.
- “Compra Pública Estratégica”, *Heraldo de Aragón*, de 28 de enero de 2014.
- “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 58-59, febrero-marzo, 2016
- *Contratación pública e integridad*, Observatorio de la Contratación pública, 2016.

GIMENO FELIU J. M., SALA SÁNCHEZ, P., QUINTERO OLIVARES, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrio y seguridad jurídica*, Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Barcelona, mayo 2015.

GOMEZ ORFANEL, G., “La reforma constitucional del federalismo financiero alemán (Föderalismusreform 2009) y la reforma constitucional española de 2011”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 38, septiembre-diciembre, 2009.

GONZÁLEZ BEILFUS, M., *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2015.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, nº 173, mayo-agosto, 2007.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S.,

- “Nuevas perspectivas jurídicas respecto de la actuación económica de los poderes públicos (Con referencia especial a la actividad local)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 261, enero-marzo, 1994.
- “Rescate de concesiones” *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 28, 2013.

GORDILLO PÉREZ L. I., y MÚGICA ALCORTA, R., “La evolución de los contratos “in house” en el Derecho de la UE, Especial referencia a la Jurisprudencia en materia de contratación pública local”, *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 9, 2014.

GRANADOS CALERO, F., “La consulta popular municipal y su defectuosa regulación”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 12, Valencia, 2002.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.,

- “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, abril, 2016.
- *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Navarra, 2018.

HURTADO LÓPEZ, G., “El rediseño y redimensionamiento del sector público económico local”, en *La reforma de 2013 del régimen local español*, (Coord.), Santamaría Pastor, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.

IGARTÚA SALAVERRÍA, J.,

- “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 46, 1996.
- *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.

KONINCKX FRASQUET A., “Modos de gestión de los servicios públicos. Redimensión del sector público local y otras medidas de racionalización. En especial la gestión directa”, en *Reforma del Régimen Local, La ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, (Coord.) Domingo Zaballos, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, nº 204, septiembre - diciembre, 2017.

LIFANTE VIDAL, I., “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, 1989.

LINDE PANIAGUA, E.,

- “Contencioso-administrativo”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 5, 1993/1994.
- “La supervisión como conjunto variable de potestades. Una nueva frontera del Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 -28, julio-diciembre 2014- enero-junio 2015.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.,

- “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, abril-septiembre, 1989.
- “El principio de proporcionalidad en Derecho administrativo”, *Cuadernos de Derecho público*, nº 5, septiembre-diciembre, 1998.
- “El principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas”, en *Simplificación del procedimiento administrativo y*

*mejora de la regulación* , (Dir.) Gamero Casado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* , nº 243, abril-junio, 1989.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B., “Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración pública”, *Revista de Administración Pública* , nº 164, mayo-agosto, 2004.

MAGALDI, N., “El debate sobre la municipalización de servicios en la Italia del siglo XIX: hacia la ampliación de los fines del Estado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 11, enero-junio, 2014.

MALARET i GARCÍA, E.,

- “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 291, enero-abril, 2003.
- “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia” *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre, 2016.

MARTÍN MATEO, R., “Los servicios locales. Especial referencia a la prestación bajo fórmulas societarias”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* , nº 255-256, julio-diciembre, 1992.

MARTÍN QUERALT, “La constitución funcionalización del principio de estabilidad presupuestaria: ¿una reforma realmente necesaria?”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, nº 252, octubre, 2011.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, M., *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L.,

- “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, *Anuario del Gobierno Local 2010*, Fundación Democracia y Gobierno Local., Madrid, 2011.



- “El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”, en *La reforma del régimen jurídico de la Administración Local*, (Coord.) Carrillo Donaire y Navarro Rodríguez, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2014.
- “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 40, 2015.
- “La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local”, *La administración al día*, INAP, 1/02/2018.

MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Reforma constitucional y Estabilidad presupuestaria”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, (Coords.) López Garrido y Martínez Alarcón, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2013.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.,

- “Sentido y alcance de la trasposición de las Directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, *Revista de Administración Pública*, nº 202, enero-abril, 2017.
- “Modalidades contractuales de prestación de servicios hidráulicos. En particular, “la sociedad de economía mixta”, en *Contratación pública y Agua*, (Dir.) Ezquerro Huerva y Navarro Caballero, Aranzadi, Navarra, 2018.

MARTÍNEZ SIERRA, J. M., “La Constitución económica en la Unión Europea y España”, en *Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, (Coords.) Lima, Olivas, Ortiz--Arce, Diles, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., “Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, (Dir.) Delgado Barrio, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

MEILAN GIL, J. L.,

- *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

- “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuestas de revisión”, *Revista de Administración pública*, nº 191, mayo - agosto, 2013.

MERINO ESTRADA, V., “La elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales*, nº 97 extra 1, enero, 2007.

MESTRE DELGADO, J. F., “La posición singular de la Administración en la contratación administrativa”, *Revista Española Derecho Administrativo*, nº 47, julio-septiembre, 1985.

MIGUEZ MACHO, L.,

- “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula de Estado social”, *Papeles de relaciones eco-sociales y cambio global*, nº 117, enero-marzo, 2012.
- “La asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos: perfiles jurídicos -administrativos”, en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, (Ed.) Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017.

MONTOYA MARTÍN, E.,

- *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.
- “Entidad pública empresarial como forma directa de gestión de los servicios públicos locales”, en *Teoría y práctica para la gestión de los servicios públicos locales*, (Coord.) y (Dir.) Carbonero Gallardo, El consultor de los ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2010.
- “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local, antes y después de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 36, mayo-agosto, 2014.

MORA RUIZ, M., “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo común*, (Dir.) Gonsalbez Pequeño, El consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

MORELL OCAÑA, L., “La autonomía local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 13, septiembre-diciembre, 2006.

MORENO MOLINA, J. A.,

- *El Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0.*, Chartridge Books Oxford, Oxford, 2015.
- “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 204, septiembre-diciembre, 2017.

MOTA SANCHEZ E., y MEDRANO GARCÍA, M. L., “Costes efectivos de los servicios públicos” en *Análisis y repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, (Dir.) García Rubio, INAP, Madrid, 2015.

MUÑOZ MACHADO, S.,

- *La reserva de la jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer, 1989.
- *Tratado de Derecho administrativo y derecho público general, vol I, La formulación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, Madrid, 2008.

NAVARRO FAURE, A.,

- “El Estado social y los principios del gasto público y de la deuda pública en una Hacienda globalizada”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución Española*, (Dir.) López Garrido, (Coord.) Martínez Alarcón, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- “Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución Española*, (Dir.) López Garrido, (Coord.) Martínez Alarcón, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

NAVARRO ORTEGA, “Remunicipalización: Esa es la cuestión...” *Blog del Departamento de Derecho público y Filosofía jurídica UAM*, 12 abril de 2016.

NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos in house en el Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 182, mayo-agosto, 2010.

ORDUÑA PRADA, E., “Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, nº 2, febrero, 2016.

ORTEGA ALVAREZ, L. I., “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, enero-abril, 1994.

ORTEGA BERNARDO, J., “Competencias, Servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, *Revista de Administración Pública*, nº 169, enero-abril, 2006.

PACHECO VEGA, “Tendencias en privatización y remunicipalización del servicio público del agua”, *V Congreso internacional en Gobierno, Administración y políticas públicas (GIGAPP-IUIOG)*, Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 29, 30 septiembre y 1 de octubre, 2014.

PARADA VÁZQUEZ, R.,

- *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons. Madrid, 3ª edición, 1991.
- *Derecho Administrativo II, Régimen Jurídico de la actividad administrativa*, ed. 23ª, Ediciones académicas, Madrid, 2017.

PAREJO ALFONSO, L.,

- “La eficacia como principio jurídico”, *Documentación Administrativa*, nº 218 - 219, abril-septiembre, 1989.
- “La potestad de autoorganización de la Administración local”, *Documentación administrativa*, nº 228, octubre-diciembre, 1991
- *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.

- “Organización y actividad en la Administración pública”, en *Eficacia y Administración, Tres estudios*, INAP BOE, Madrid, 1995
- “El Estado social administrativo: Algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, septiembre-diciembre, 2000.
- “La autonomía local en la Constitución española”, en *Tratado de Derecho municipal 3º ed., Tomo I*, (Dir.) Muñoz Machado, Iustel, Madrid, 2011.
- *Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España*, IN AP, Madrid, 2012.

PERDIGÓ SOLÁ, J., “El servicio público de abastecimiento de agua en España y las tendencias de internalización de la prestación del servicio”, en *El servicio de suministro de agua en España, Francia e Italia*, (Coord.) Tornos Más, Iustel, Madrid, 2018.

PERNAS GARCÍA, J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos: análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008.

PIÑAR MAÑAS, J. L., “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, *Documentación administrativa*, nº 220, 1989.

PONCE SOLÉ, J.,

- “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y análisis de políticas públicas, Nueva época*, nº 11, enero-junio, 2014.
- “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 40, 2016.
- “Calidad normativa, buen gobierno regulatorio y Derecho a una buena Administración: la mejora regulatoria en las Leyes estatales 39 y 40 de 2015”, en *Estudios sobre las leyes 30/2015 del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, (Coord.) Tornos Más, Atelier, Barcelona 2017.

- “La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 45, septiembre-diciembre, 2017.

QUINTERO OLIVARES, G., “Recuperación legítima y expropiación delictiva” en *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales a favor de los ciudadanos y no de ideologías*, editores Feijó Rey y Pimentel Siles, Almuzara, Córdoba, 2017.

RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “Las encomiendas instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 47, primer semestre, 2009.

REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, nº 161, mayo-agosto, 2003.

REINOSO CARRIEDO, A., “Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las Leyes 39/2015 y 40/2015”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 18, 30 de septiembre de 2016.

REVUELTA PÉREZ, I., “Análisis de Impacto Normativo y control judicial de la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 193, Madrid, enero-abril, 2014.

RIVERO ORTEGA, R., “Las transformaciones del papel económico de los municipios y la necesidad de cambios en la regulación de la intervención económica local”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 291, enero-abril, 2003.

RODAZOS OLIVA, M. J. “Notas sobre el alcance de la reforma local en Andalucía: servicios públicos, iniciativa pública y sociedades de cooperación territorial (mancomunidades y consorcios)”, en *La reforma del régimen local*, (Coord.) Casares Marcos, (Dir.) Quintana López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 965-981.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A.,

- *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1976.

- “Constitución económica y Constitución fiscal”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española* . (Coords.) López Garrido y Martínez Alarcón. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ SANTIAGO, J. M., *La Administración del Estado social* , Marcial Pons, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la Ley española de procedimiento administrativo”, *Derecho PUCP*, nº 67, 2011.

ROJO FERNÁNDEZ -RIO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 169-170, 1983.

ROZMAN JURADO, “Colaboración público -privada en el ciclo integral del agua urbana en España”, en *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*, Fundación Agbar, 2012.

RUIZ ALMENDRAL V., y ZORZONA PÉREZ, J., “Constitución económica y Hacienda pública” , en *La Constitución a examen : un estudio académico 25 años después*, (Coords.) Ramiro Avilés y Peces Barba, Marcial Pons, Madrid, 2004.

RUIZ ALMENDRAL, V., “La reforma constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 38, septiembre-diciembre, 2012.

SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

SÁNCHEZ DÍAZ, J. L., “Los servicios locales de naturaleza económica. Municipalización, concesión y autorización”, *Revista de Estudios de Administración Local*, nº 291, enero-abril, 2003.

SANCHEZ DÍEZ, J. J., “La discrecionalidad técnica y la Comisión de reclamaciones de las Universidades. A propósito de la STC 215/1991, de 14 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 79, 1993.

SÁNCHEZ MORÓN, M.,

- *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1995.

- “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Judicial* , Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración* , IAAP, Sevilla 2003.
- “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista Catalana de drec públic*, nº 37, 2008.
- *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2017.
- “El retorno del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 206, mayo-agosto, 2018.

SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Las relaciones interadministrativas” en *El nuevo régimen jurídico del sector público* , (Dir.) Humberto Gonsálbez, El consultor de los ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, enero-marzo, 2016.

SANZ RUBIALES, I., “Los poderes del concesionario de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de Administración Local*, nº 291, enero-abril, 2003.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.,

- “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *Revista de Administración pública*, nº 162, septiembre-diciembre, 2003.
- *EL control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SCHMIDT-ASSMANN, E.,

- *Teoría general del derecho administrativo como sistema* , Marcial Pons, Madrid, 2003.
- “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, (Ed.) Javier Barnés, Derecho global e INAP, Sevilla, 2012.



SERRANO TRIANA , A., “La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí*, (Coord.) Gómez-Ferrer Morat, Civitas, Madrid, 1989.

SORIANO GARCÍA, J. E., *El poder, la administración y los jueces (A propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Iustel, Madrid, 2012.

SOSA WAGNER, F.,

- “La organización de los servicios económicos”, *Documentación administrativa*, nº 228, septiembre-diciembre, 1991.
- “La gestión propia y el organismo autónomo como formas de prestación de los servicios públicos locales”, en *Actualidad y perspectivas del derecho público a finales del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla, vol 2*, Universidad Complutense, Madrid, 1992.
- “Las sociedades mercantiles como forma de gestión de servicios públicos locales”, *Revista Gallega de Administración pública*, nº 4, 1993.
- *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª ed. Civitas, Madrid, 2004.
- “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, en *Libro Homenaje al profesor S. Martín -Retortillo. Estudios de Derecho Público Económico*, (Coord.) Cosculluela Montaner, Civitas, Madrid, 2003.

SOSA WAGNER, F., y FUERTES LÓPEZ, M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación in house)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, julio-septiembre, 2007.

TORNOS MÁS, J.,

- “Los contratos de colaboración público privada en la gestión de los servicios públicos del agua”, en *Agua y Derecho, Retos para el siglo XXI (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre de 2014)*, (Dir.) Benito López, (Coords.) Melgarejo Moreno, Molina Jiménez, Ortega Jiménez, Aranzadi, Navarra, 2015.
- “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *La Administración al día*, INAP, 5 de abril de 2016.

- “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, en *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo -Española de Profesores de Derecho Administrativo. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, (Coords.), Font i Llover y Díez Sánchez, Iustel, Madrid 2017.
- “La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del sector público”, *La Administración al Día*, 21 de diciembre 2017.
- Introducción a la obra *El servicio de suministro de agua en España, Francia e Italia*, (Coord.) Tornos Más, Iustel, Madrid, 2018.

TURMO DE PADURA, J., “La memoria de sostenibilidad económica en el planeamiento. Propuesta metodológica”, *Práctica Urbanística*, nº 102, 2011.

URANGA COGOLLOS, C., “El principio de eficacia en la organización administrativa: hacia una Administración pos sistemas”, *Documentación Administrativa*, nº 218 -219, abril-septiembre, 1989.

UREÑA SALCEDO, J. A., “El principio de servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales”, *Documentación Administrativa*, nº 289, enero-abril, 2011.

VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 186, septiembre-diciembre, 2011.

VELASCO CABALLERO, F., “La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local”, en *Reforma del Régimen Local, La ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, (Coord.) Domingo Zaballos, Aranzadi, Navarra, 2014.

VILALTA REIXACH, M., “La encomienda de gestión en la LRJSP, régimen jurídico y distinción de figuras afines”, en *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, (Coord.) Tornos Más, Atelier, Barcelona, 2017.

VILLAR ROJAS, F. J.,

- “Los “servicios esenciales” reservados a las entidades locales” en *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1991.
- “Estructuras administrativas y racionalización del gasto público” , *VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Tarragona, 10 y 11 de febrero de 2012.
- “La resiliencia del contrato de gestión de servicios públicos frente a las normas europeas de contratación pública”, en *El impacto de la crisis en la contratación pública*, (Dir.) Hernández González, Aranzadi, Navarra 2016.

WOLLMANN, H., “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿Un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?”, *Cuadernos de Derecho local (QDL)* , nº 31, febrero , 2013.