

XIII CONGRESO DE AECPA

La fortaleza de Europa: vallas y puentes/A fortaleza de Europa: valados e pontes
Universidad de Santiago de Compostela/Universidade de Santiago de
Compostela

20 al 22 de septiembre de 2017
Santiago de Compostela – Galicia

Área V. Estructuras e instituciones políticas

Coordina: Rafael Martínez Martínez (Universitat de Barcelona)

Grupo: GT 5.9 Los gobiernos locales en tiempos de austeridad. Midiendo transformaciones en autonomía, re-dimensionamiento y gestión de servicios en el mundo local

Coordina: Carmen Navarro Gómez (Universidad Autónoma de Madrid).

Título:

LA DESVALORIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: DE LA LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DE 2013 AL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017; CRÍTICA Y ALTERNATIVAS

Autor: José Luis Martínez-Alonso Camps (Profesor asociado de la Universidad de Barcelona/UB y Director de Servicios de Secretaría de la Diputación de Barcelona, jlmartinez-alonso@ub.edu).

Resumen: La actividad de servicio público de los gobiernos locales y su papel como agentes de bienestar del Estado social se ha visto severamente afectada con la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, 2013). Objeto de tramitación parlamentaria desde finales de 2016, el Proyecto de Ley de contratos del sector público (PLCSP), entre otras previsiones, dispone la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP). Constituyendo sendas manifestaciones de la desvalorización de los servicios públicos locales, la ponencia analiza el estado de la cuestión de la LRSAL en relación con las competencias municipales y la posición institucional de los gobiernos locales, el planteamiento del PLCSP y los escenarios y las alternativas que se abren respecto de la gestión indirecta de los servicios públicos.

Nota biográfica: Licenciado en Derecho (UB) y en Ciencias Políticas y Sociología (UNED). Doctor en Derecho y en Ciencia Política (UB). Funcionario local desde 1981 (Secretario-Interventor y, desde 1984, Letrado de la Diputación de Barcelona) y Profesor asociado de Dº constitucional y Ciencia Política de la UB desde 1992.

Palabras clave: Procesos de “retrenchment” y reestructuración del Estado del Bienestar, gobiernos, competencias y servicios públicos locales, eficiencia económica y gestión contractual.

Barcelona, septiembre de 2017

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El impacto de la LRSAL, la centralidad del concepto de servicio público y la funcionalidad en el ámbito local del contrato de gestión de servicios públicos en el marco de los sistemas locales de bienestar. 2.1. El marco jurídico-político de los sistemas locales de bienestar. 2.2. La crisis económica, los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el comportamiento de las entidades locales. 2.3. Los sistemas locales de bienestar y la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local. 2.4. Los servicios públicos locales: régimen y condicionamientos. 2.5. La centralidad del concepto de servicio público, su reconocimiento en la legislación española y su vinculación con las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, con particular incidencia en el régimen local. 2.6. La disociación normativa: las tesis enfrentadas sobre la gestión contractual de los servicios públicos locales. **3. La modificación de la legislación de contratos del sector público y su incidencia en la gestión indirecta de los servicios públicos locales.** 3.1. La aprobación por el Consejo de Ministros del Proyecto de Ley de contratos del sector público (PLCSP) y antecedentes. 3.2. El planteamiento del PLCSP. 3.3. Las objeciones al planteamiento y regulación del PLCSP. 3.4. Las alternativas al planteamiento del PLCSP. 3.5. La aprobación del nuevo texto del PLCSP por el Congreso de los Diputados. **4. Epílogo: crítica a la desvalorización de los servicios públicos en la LRSAL/2013 y en el PLCSP/2017 y alternativas.** **5. Bibliografía.**

1. Introducción

El ejercicio de la actividad de servicio público ocupa una parte muy significativa del quehacer de los gobiernos y las administraciones locales españolas, cuyo papel como agentes de bienestar ha contribuido notablemente a la consecución de las finalidades del Estado social. Sin embargo, esa actividad se ha visto severamente afectada en los últimos años: primero, a finales de 2013, con la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL); después, y por una vía indirecta, de la mano del Proyecto de Ley de contratos del sector público (PLCSP), aprobado por el Gobierno a finales de 2016 y objeto de tramitación parlamentaria ya en 2017.

La ponencia aborda lo que considero manifestaciones de la desvalorización de los servicios públicos locales, y pone de manifiesto –a mi entender– cómo su gestión puede verse seriamente comprometida en razón de la configuración jurídica que finalmente se adopte.

2. El impacto de la LRSAL, la centralidad del concepto de servicio público y la funcionalidad en el ámbito local del contrato de gestión de servicios públicos en el marco de los sistemas locales de bienestar¹

2.1. El marco jurídico-político de los sistemas locales de bienestar

Desde los inicios de los Ayuntamientos democráticos en abril de 1979, los *gobiernos locales* han venido prestando un número creciente de servicios públicos, en el marco de la LBRL y de las legislaciones autonómicas dictadas en su desarrollo. Pese a las dificultades económico-financieras y a las derivadas de la atomizada estructura del subsistema local, lo cierto es que el ejercicio de esa actividad y su papel como *agentes*

¹ Sigo en la utilización de las dimensiones de *los sistemas locales de bienestar* el análisis de NAVARRO, C.J. y M. J. RODRÍGUEZ (2009), complementado con las consideraciones formuladas en mi trabajos de 2014 y 2016, a los que me remito, así como a la bibliografía en ellos citada.

de bienestar han contribuido notablemente a la consecución de las finalidades del *Estado social*, caracterización que, junto con las de *democrático* y de *Derecho*, definen la forma en que se halla constituida España de acuerdo con la Constitución de 1978 (1.1).

El resultado de esa actividad prestacional conforma lo que se ha venido en llamar *sistemas locales de bienestar*, cuya *dimensión sustantiva* abarca áreas de actuación muy diversas (educación, servicios sociales, sanidad, urbanismo, actividades socio-culturales y deportivas, medio ambiente y patrimonio histórico-artístico, entre las principales) y la provisión de servicios e infraestructuras básicas (abastecimiento de agua potable, alumbrado público, alcantarillado, limpieza viaria y recogida y tratamiento de residuos, por citar los más relevantes). La *dimensión procedimental* de tales sistemas se refiere al entramado de actores que participan en las diferentes fases del proceso de prestación de los servicios, lo que permite diferenciar dos grandes ámbitos:

- a) De un lado, el que atiende a la *distribución de responsabilidades entre las diferentes administraciones*, ya sea en términos de reparto de competencias, ya se articule en formas de cooperación, llevada a cabo por un número muy elevado de actores (16375 en febrero de 2017), liderados por los ayuntamientos (8124, en esa fecha) y secundados por el resto de entidades: diputaciones (41), consejos y cabildos insulares (11), comarcas (82), áreas metropolitanas (3), entidades locales menores (3702), agrupaciones de municipios (77) y las personificaciones instrumentales locales (4335), por acrónimo PIL, denominación que acoge a organismos autónomos, entidades empresariales y sociedades públicas, consorcios y mancomunidades, entre las más relevantes).²
- b) De otro lado, el ámbito relativo a las *formas de prestación de los servicios*, ya sea mediante *gestión directa* por parte de esos actores públicos locales, o a través de la colaboración público-privada, calificada, en términos jurídicos, como *gestión indirecta de los servicios públicos*, bajo diferentes fórmulas contractuales (concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mixta o, en los últimos años, contrato de servicios).

Transcurridos ya 38 años desde el advenimiento de la democracia, la articulación en *red* y como *sistema* de todo ese entramado partía de las bases de la *preeminencia del municipio* como matriz del subsistema local, la *cooperación intergubernamental* y la *imprescindibilidad de los diversos actores* que intervenían. Sobre esas bases y en cuanto al resultado alcanzado, son innegables los logros obtenidos en los sistemas locales de bienestar en España.

2.2. La crisis económica, los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el comportamiento de las entidades locales

La intensidad de la crisis iniciada en 2007-2008 y su duración han condicionado severamente el margen de actuación de los Estados y han tenido efectos jurídico-políticos en todos los ámbitos. Las consecuencias de la crisis y los compromisos derivados de la pertenencia de España a la Unión Europea tienen como máxima manifestación normativa, y efecto más visible en la configuración del Estado social construido en España, la reforma, en septiembre de 2011, del art. 135 de la

² Fuente: <https://serviciostelematicos.minhap.gob.es/BDGEL/asp/default.aspx>; consulta efectuada el 5.2.2017.

Constitución. Según este precepto, todas las Administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea, las entidades locales deberán presentar equilibrio presupuestario y la devolución de la deuda pública gozará de prioridad absoluta.

Tras la modificación constitucional, se acometió la reforma de la legislación sobre estabilidad presupuestaria que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), ley que, siguiendo la diferenciación marcada ya en el art. 135 de la CE, disciplina de manera especialmente intensa a las entidades locales. Ese propósito se verá reafirmado con un desarrollo normativo que encuentra su máxima manifestación con la aprobación de la L 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

Lo paradójico, sin embargo, es que, si se reflexiona sobre los datos económicos, está falta de lógica y de causa la obsesión por acometer este tipo de reforma del gobierno local cuando su incidencia en el conjunto de factores económico-financieros era, de un lado, muy reducida y, de otro, ese conjunto de actores, en su gran mayoría, venían mostrando un comportamiento ajustado a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que el tiempo transcurrido desde que la LRSAL fue aprobada no ha hecho sino confirmar.³

2.3. Los sistemas locales de bienestar y la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local

Iniciada la tramitación parlamentaria a principios de septiembre de 2013, el proceso de aprobación por las Cortes Generales se desarrolló con gran celeridad y finalizó con la promulgación de la LRSAL, cuya entrada en vigor se produjo el 31 de diciembre de 2013.

La reforma emprendida por la LRSAL afectó de manera intensa al subsistema local y, entre sus medidas, destacan:

³ A este respecto es muy ilustrativo efectuar la comparativa de la situación entre diciembre de 2013 (momento en que concluye la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, aprobado por el Consejo de Ministros en la reunión de 26.7.2013), diciembre de 2014 y de 2015 y septiembre de 2016, transcurridos ya, respectivamente, uno, dos y cerca de tres años de vigencia de la LRSAL. El resumen es el siguiente:

Los datos de la deuda pública en diciembre de 2013 muestran el reducido peso que tiene el subsistema local (sólo el 4,1%), aunque, en todo caso, con una desviación inferior (36,7%) a la de la Administración Central (61,1%) y las CCAA (57,7%). Los datos a diciembre de 2014 y 2015 y septiembre de 2016 evidencian que la deuda pública local se había ido reduciendo (al 3,7%, 3,3% y 3,1, respectivamente) y que había ido mejorando igualmente su desviación (del 23,3% al 11% y 3,3%, respectivamente), frente a los de la Administración Central (del 67,7%, 63,9% y 64,8, respectivamente) y las CCAA (del 76,2%, 87,7% y 89,2%, respectivamente), en ese período 2014-2016.

Fuente: Banco de España. Administraciones Públicas. 11.7 Deuda según el Protocolo de Déficit Excesivo (PDE) y activos financieros. Porcentajes del PIB en deuda neta;

<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1107.pdf> ; consulta el 5.2.2017.

Los datos del déficit reflejan que, desde 2012, el conjunto de las entidades locales obtuvieron no ya el equilibrio presupuestario exigido, sino superávits que se han ido manteniendo (en % sobre el PIB: 2012/0,22; 2013/0,52, 2014/0,57 y 2015/0,44), a diferencia de los déficits de la Administración Central, sin incluir la Seguridad Social (2012/-4,21; 2013/-4,22, 2014/-3,57 y 2015/-2,53) y las CCAA (2012/-1,86; 2013/-1,52, 2014/-1,75 y 2015/-1,66).

Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas "Actualización del Programa de estabilidad, 2016-2019" (2016: 26), ejercicios 2014 y 2015,

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/160509_np_estabilidad.pdf.

- un *desapoderamiento y una reducción severa de las competencias municipales* (transferencia a la Comunidades Autónomas en los ámbitos de sanidad, servicios sociales y educación, ex nuevos redactados LBRL, art. 25.2, letras i), k), e) y n) y 26. 1 c), DA 15 y DT 1ª, 2ª y 3ª, supresión de la cláusula de competencia general, ex art. 25.1 y de la legitimación para desarrollar actividades complementarias, derogación art. 28);
- un *debilitamiento de la posición institucional* de los gobiernos locales, manifestado en la *pérdida de la preeminencia del municipio* que, además de la reducción competencial señalada, es objeto de una acotación de los posibles sectores y ámbitos de actuación, y en una *mutación en la definición funcional de las diputaciones* que, sin perder sus competencias de cooperación y asistencia a los municipios (36.1.b de la LBRL en la redacción dada por la LRSAL), reciben el mandato legal de coordinar la prestación de los principales servicios obligatorios de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes, con la conformidad de los municipios afectados, mal que, en su formulación legal, estaba incurso en un confuso proceso sobre las formas de gestión de los mismos, a desarrollar por sí o de forma compartida con los ayuntamientos, con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma y la decisión del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (redacción del 26.2 de la LBRL dada por la LRSAL);
- una *subordinación de las políticas públicas locales a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, así como al de *eficiencia económica*.

Medidas todas ellas que comprometen seriamente el futuro de los sistemas locales de bienestar en España, con mayor motivo si se considera la crítica situación económico-financiera de las Comunidades Autónomas, destinatarias iniciales de las competencias suprimidas a los municipios. No es de extrañar por ello que, al enjuiciar dicha ley y el conjunto de medidas dispuestas, se las haya calificado como «una contrarreforma, una auténtica involución en la autonomía municipal».⁴

De otro lado, la aplicación de esa reforma local ha planteado problemas de encaje tanto con la legislación autonómica -y de ahí los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por varias Comunidades Autónomas- como con los gobiernos locales, cuyo máximo exponente lo constituye el *conflicto en defensa de la autonomía local*, planteado contra la LRSAL por el Ayuntamiento de Barcelona y 2.392 Ayuntamientos más ante el Tribunal Constitucional. Estos gobiernos locales en general disienten de los planteamientos maximalistas de dicha ley y se muestran reacios a renunciar a sus políticas públicas prestacionales, evidenciando así su resiliencia. Y en ese escenario se van desarrollando las diferentes estrategias de los actores, los gobiernos central, autonómicos y locales.

No es posible pronunciarse en términos categóricos y generales sobre el grado de aplicación de las prescripciones de la LRSAL, atendidas la pluralidad y heterogeneidad propias del mundo local. En este subsistema caben todas las hipótesis: desde la observancia estricta de los mandatos legales de restricción en la acción pública local, hasta el mantenimiento del *statu quo* anterior a la ley por parte de la comunidad local concreta, ajena al complicado proceso de recalificación de las competencias municipales y a la intervención de la Comunidad Autónoma. También encontraremos planteamientos que intentan conciliar las demandas ciudadanas y un ordenamiento jurídico local, de por sí ya muy denso, y cuya complejidad se ha visto aumentada con la LRSAL y las normativas autonómicas dictadas al respecto. Por otro lado, pese al retraso acumulado en la resolución de los asuntos por el Tribunal Constitucional sobre

⁴ ZAFRA VÍCTOR (2015: 25).

los conflictos planteados en torno a la ley, ya se ha pronunciado en cuatro ocasiones, declarando inconstitucionales preceptos de la ley (STC 41/2016, 111/2016, 44/2017 y 45/2017). El balance para los planteamientos de los gobiernos locales de estas sentencias es ambivalente: han sido anulados algunos excesos de la LRSAL (la limitación de que las CA pudieran asignar competencias propias a los municipios además de las atribuidas por la LBRL en su art 25, y el protagonismo conferido al Ministerio de Hacienda en la valoración de la prestación de los servicios mínimos por los ayuntamientos, art. 26.2 de la LBRL), pero se han mantenido los condicionamientos impuestos a los gobiernos locales (creación o participación en personificaciones instrumentales, inversiones y otros) en los supuestos de malos resultados económico-financieros (básicamente, las situaciones de déficit, endeudamiento elevado y exceso de gasto).

Por lo demás, las elecciones de mayo de 2015 alteraron sensiblemente el mapa político local, con la irrupción relevante de partidos (Podemos y Ciudadanos) y el acceso a diversas alcaldías de movimientos ciudadanos y nuevos liderazgos, entre los que destacan *Ahora Madrid* y *Barcelona en Comú*. La mayoría de fuerzas emergentes defienden postulados opuestos a los de la LRSAL, ley que, tras su aprobación, todos los partidos en la oposición prometieron derogar si accedían a la mayoría parlamentaria necesaria para ello. Y cabe prever que sobre ésta, entre otras cuestiones, verse la agenda política, una vez iniciada la legislatura tras las elecciones de junio de 2016, lograda la investidura presidencial y formado el nuevo gobierno (noviembre de 2016). El período transcurrido muestra las dificultades del Gobierno, atendida la atomización parlamentaria y la debilidad del grupo parlamentario del PP (135 sobre un total de 350 diputados), que recibe, no obstante, apoyo de Ciudadanos y otros grupos, aunque no siempre.

2.4. Los servicios públicos locales: régimen y condicionamientos.

La falta de una definición legal básica sobre qué son los servicios públicos, comporta que su delimitación necesariamente deberá venir determinada por una caracterización doctrinal o jurisprudencial.⁵

Por *actividad de servicio público* en el ámbito local debe entenderse aquella actividad:

- *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma,
- *caracterizada*, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben,
- *configurada* bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad,
- y *declarada* por la legislación como servicio público local o *asumida* como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido.⁶

⁵ Según el Tribunal Supremo, «para que con rigor pueda predicarse de una actividad el carácter de servicio público, no es suficiente que proporcione una utilidad al público, so pena de desnaturalizar el concepto, sino que debe exigirse que se trate de una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una Entidad Pública» (STS de 2.3.1979, ponente PONCE DE LEÓN Y BELLOSO, FJ 4º).

⁶ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 66 y 2014: 599).

Sobre la base de esa definición, es necesaria una labor identificativa de los servicios públicos locales a partir del análisis de los preceptos de la legislación básica, en primer término, y de la de desarrollo autonómico, después, y referidos a las competencias de las diferentes entidades locales, principalmente a las de los municipios. Este es un ámbito especialmente afectado por la LRSAL, respecto del cual cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª El núcleo duro de los servicios públicos sigue estando constituido por los *servicios obligatorios* relacionados en el art. 26.1 de la LBRL:⁷

«a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.

b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.»

Como complemento de esa obligación, en el art. 26.2 de la LBRL las diputaciones reciben el mandato legal de coordinar la prestación de los principales servicios obligatorios de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes, con la conformidad de los municipios afectados, mal que, en su formulación legal, estaba incurrido en un confuso proceso sobre las formas de gestión de los mismos, a desarrollar por sí mismas o de forma compartida con los ayuntamientos, con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma y la decisión última del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, competencia ejecutiva esta de la que – según pronunciamiento del Tribunal Constitucional- carece el departamento ministerial (el 149.1.18 de la CE atribuye al Estado la competencia solo para establecer las bases), razón por la cual la previsión introducida por la LRSAL fue declarada inconstitucional (STC 111/2016, FJ 12.d).

2ª Un segundo círculo viene constituido por los *servicios municipales voluntarios* configurados a partir del ejercicio de *competencias propias*, detalladas en el art. 25.2 de la LBRL, la concurrencia de las características propias de la actividad de servicio público (prestaciones técnicas, existencia de usuarios y el resto de las relacionadas al inicio de esta conclusión) y la adopción por el Pleno del Ayuntamiento del correspondiente acuerdo asumiendo como propia la prestación de dicho servicio (la *publicatio*, ex LBRL, 22.2.f y TRLCSP, 8.1). Como se ha adelantado, la LRSAL dispuso una reducción substancial de las competencias del art. 25 de la LBRL, e introdujo condicionamientos a las subsistentes.

Dentro de este segundo círculo deben incluirse también el resto de *servicios voluntarios municipales* configurados a partir del ejercicio de *competencias propias*

⁷ De la relación inicial, la LRSAL suprimió del art. 26.1 de la LBRL las referencias al *control de alimentos y bebidas* (incluida en la letra a) y, en rigor, más que un servicio público, una manifestación de la actividad de intervención administrativa) y a los *mercados* (citados en la anterior letra b). También modificó la competencia relativa a la *prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social* reduciéndola a la *evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata en situaciones o riesgo de exclusión social* (letra c) del art.26.1).

conferidas por la legislación autonómica, bien que esta fue una de las cuestiones objeto de polémica a raíz de la promulgación de la LRSAL. Concretamente, sobre si el listado de competencias propias establecido en el art. 25.2 de la LBRL había de constituir un máximo, limitativo de las competencias autonómicas, o si, por el contrario, fijaba un mínimo, susceptible de ampliar por la legislación autonómica.⁸

La controversia la ha resuelto el Tribunal Constitucional con la Sentencia 41/2016, que constituye su primer pronunciamiento respecto de la LRSAL, y en la que confirma que el art. 25.2 de la LBRL, al detallar las materias sobre las que los municipios deben tener, en todo caso, competencias propias, fija un mínimo susceptible de ampliar por el legislador autonómico, si bien ningún reproche formula a los condicionamientos que se incorporaron a dicho precepto, en sus apartados 3, 4 y 5 (FJ 10).

3ª El tercer y último círculo lo integran los *servicios voluntarios municipales* constituidos sobre la base del ejercicio de *competencias delegadas* por la Administración General del Estado (AGE) y las Comunidades Autónomas, reguladas y relacionadas con carácter no exhaustivo en el art. 27 de la LBRL, y del de las denominadas *competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación*, previstas en el art. 7.4 de dicha ley básica, y la concurrencia en ambos casos de las características de servicio público y del acuerdo municipal sobre asunción de la prestación del mismo.

Sobre el ámbito material de los *servicios municipales voluntarios*, tanto derivados de la legislación básica como de la autonómica, de cuya relación conjunta pueden destacarse los siguientes: aparcamiento público, gestión de viviendas, parques y jardines, conservación de caminos y vías rurales, patrimonio histórico-artístico, mataderos, ferias, defensa de usuarios y consumidores, participación en la gestión de atención primaria de la salud, servicios funerarios, promoción y reinserción sociales, actividades e instalaciones culturales, ocio y turismo (casas de colonias, campings y otros), servicios educativos (guarderías infantiles, escuelas de música y otros), gestión de equipamientos municipales y servicios de telecomunicaciones. Servicios todos ellos prestados, por sí o a través de contratistas, por los propios municipios o por el resto de actores que integran el subsistema local (provincias, islas, comarcas, áreas metropolitanas, entidades locales menores o descentralizadas, mancomunidades, consorcios y organismos autónomos, ex TRLCSP, art. 3), cerrando así el círculo prestacional de los sistemas locales de bienestar.

La descripción de los escenarios quedaría incompleta si no se hace mención al *férreo control y seguimiento que el MINHAFP efectúa de la ejecución presupuestaria y económico-financiera de los gobiernos locales y su incidencia en la prestación de los servicios públicos*. Las principales manifestaciones de los *condicionamientos* que comportan para la actuación de la Administración local se concretan en:

⁸ Como manifestaciones de esta atribución autonómica de competencias propias a los municipios pueden citarse los casos siguientes: el de Andalucía, con relación a la «*gestión de los servicios sociales comunitarios*» (Estatuto de autonomía/EA, aprobado por la LO 2/2007, 92.2.c) o «*el desarrollo de políticas de acción social y comunitaria en materia de salud*» (Ley 5/2010, de autonomía local/LAULA, 13.c); o en Cataluña, con relación a la «*prestación de servicios de telecomunicaciones*» (EA aprobado por la LO 6/2006, 84.2.i) o la «*cohesión social*» (Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña/TRLCat, aprobado por el DLegislativo 2/2003); también deben incluirse todas aquellas competencias recogidas inicialmente en el art. 25.2 de la LBRL y suprimidas por la LRSAL, pero que habían sido reproducidas en la legislación autonómica (así, la «*defensa de usuarios y consumidores*», consignada antes en la letra g) del precepto estatal, y que se mantiene en la misma letra del art. 63 del TRLCat/2003 y en el art. 92.2.j) del EA de Andalucía).

a) La sujeción a las denominadas *tres reglas fiscales*, referidas al cumplimiento de los principios y objetivos siguientes (LOEPSF):

- *Estabilidad presupuestaria*, entendida como la situación de equilibrio o superávit estructural (3.2), y cuyo objetivo se cifra para las corporaciones locales en el 0% (11);

- *Sostenibilidad financiera*, definida 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 la LOEPSF, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea (4.), y cuyo objetivo de límite al endeudamiento financiero se establece en el 3% para el conjunto de las corporaciones locales, bien que diferido hasta 2020, salvo en los supuestos de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria en los términos establecidos legalmente (13,11.3 y DT 1ª).

- *Regla de gasto* o límite a la variación del gasto computable, que no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto (PIB) de medio plazo de la economía española (12).

b) La necesidad de aprobar un *plan económico-financiero* (PEF), en el supuesto de incumplimiento de alguna de las tres reglas citadas (LOPSF, 11-13 y 21-24), que lleva aparejadas, entre otras, medidas de supresión de competencias distintas de las propias y de las ejercidas por delegación y de ajuste en la gestión de los servicios obligatorios y su financiación (LRSAL, 116 bis).

c) La limitación para la aplicación del superávit acumulado, que solo les es permitido ejecutar a aquellas entidades locales con cuentas saneadas y constreñido a las inversiones cuyos proyectos puedan calificarse como *financieramente sostenibles* (DA6ª LOEPSF, DA16 TRLHL y L 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, DA96).

2.5. La centralidad del concepto de servicio público, su reconocimiento en la legislación española y su vinculación con las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, con particular incidencia en el régimen local

Una idea incuestionable es la de la *centralidad del concepto de servicio público* y el *reconocimiento* que efectúa de la misma la *legislación española*, ya se refiera a la *gestión directa* por la propia Administración pública, ya se vincule con la *gestión indirecta mediante la contratación de su prestación con un particular*.

Centrándonos en la gestión contratada, así resulta, en primer término, de la regulación de la *legislación básica de contratos* contenida en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (TRLCSP), y referida al *contrato de gestión de servicios públicos* (CGSP). Del TRLCSP, que reproduce respecto de este contrato lo establecido en los textos legales que le precedieron desde la Ley de Contratos de 1965, destacan las previsiones relativas a:

i) Su *objeto y ámbito* (la gestión de servicios públicos cuya prestación haya sido asumida como propia de su competencia por la Administración, susceptibles de explotación por particulares y que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, ex art. 8.1 y 275.1).

ii) Las *modalidades de la contratación* (ex 277):

- a) *Concesión*, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) *Gestión interesada*, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) *Concierto* con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) *Sociedad de economía mixta* en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas».

Esa misma opción es la que consagra la *legislación local*, cuya norma de cabecera, la LBRL, también establece ese vínculo estrecho con las modalidades citadas (art. 85):

«2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación: (...)

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.».

Por lo que se refiere a la *legislación autonómica sobre régimen local* hay que precisar que, en las Comunidades donde ha sido aprobada, regula la *gestión indirecta de servicios públicos* remitiéndola bien a las diferentes modalidades propias de la misma en el ámbito local, bien al CGSP previsto en la legislación básica de contratos del sector público.

2.6. La disociación normativa: las tesis enfrentadas sobre la gestión contractual de los servicios públicos locales

Y pese a la insistencia del legislador básico y de régimen local en la centralidad y el CGSP aludidos, su mandato se ha visto desautorizado en los últimos años por la tesis que, como extensión del derecho y la jurisprudencia comunitarios, preconiza la subsunción de la gestión de los servicios públicos en otro contrato, el de *servicios* y la preterición de las citadas formas de gestión indirecta, excepción hecha de la concesión, acotada a los supuestos en que el prestador asume el riesgo de la explotación del servicio, sobre la base de que su remuneración provenga de las tarifas abonadas por los usuarios, exclusivamente o acompañadas de un precio, o incluso si la contraprestación es satisfecha por la Administración siempre que haya un riesgo y este consista en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenas a la voluntad del contratista.

Esta tesis ha sido acogida por:

- las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (JCCA), a destacar la de la Administración General del Estado y la de Aragón;
- los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC), a resaltar igualmente el Central y la de Aragón;
- y una prestigiosa doctrina: Gimeno Feliu (2010 y 2012 a 2016), Gallego Córcoles (2011), Razquin Lizárraga J.A. (2012), Sáiz Ramos (2012), Razquin Lizárraga, M.M. (2014) y Carbonero Gallardo (2015).

Con remisión al análisis de su argumentario, lo cierto es que la aceptación de esta tesis, restrictiva respecto de la utilización de las modalidades del CGSP, ha venido a suponer una suerte de *disociación* entre el derecho positivo, detallado en el apartado

anterior, y la efectiva utilización de los tipos contractuales en la gestión de los servicios públicos locales. Sin embargo, respecto de este planteamiento hay que hacer notar que, en rigor, no se produce una correlación exacta entre las conclusiones de la jurisprudencia comunitaria y las de la tesis restrictiva, toda vez que aquellas se contraen exclusivamente a la alternativa comunitaria de concesión de servicios/contrato público de servicios (ex Directiva 2004/18/CE, art. 1.2.d *versus* 1.4), mientras que el argumentario de dicha tesis contrapone el contrato de servicios al contrato de gestión de servicios públicos, reducido exclusivamente a la concesión y considerando que han perdido su vigencia las modalidades de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Y es que, como acertadamente se ha señalado, «que se califiquen determinadas prestaciones en el Derecho europeo como “servicios” no deben traducirse al Derecho español como contratos de servicios. Es diverso el régimen jurídico y no deberían confundirse pues ello podría conducir a la pérdida de las modalidades de contratos de gestión de servicios públicos, tan útiles en el actuar de las Administraciones».⁹

Asistimos, pues, al enfrentamiento entre *esta tesis restrictiva* y la que podríamos denominar *tesis tradicional del CGSP*, apoyada también por otros autores que defienden la aplicación del contrato de gestión de servicios públicos y sus diferentes modalidades, así como su funcionalidad.¹⁰

Y la confrontación de esas dos tesis se reproduce en el nuevo proyecto de ley de contratos.

3. La modificación de la legislación de contratos del sector público y su incidencia en la gestión indirecta de los servicios públicos locales

3.1. La aprobación por el Consejo de Ministros del Proyecto de Ley de contratos del sector público (PLCSP) y antecedentes.

En la reunión de 25.11.2016, el Consejo de Ministros aprobó el *Proyecto de Ley 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* (PLCSP), para su remisión a las Cortes generales.¹¹ Remitido al Congreso de los Diputados, la Mesa acordó encomendar su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas y publicar el texto del PLCSP.¹²

Se iniciaba así una tramitación parlamentaria, largamente esperada, y de cuyos antecedentes me interesa destacar los siguientes:

⁹ FUERTES LÓPEZ (2015).

¹⁰ Con diferentes planteamientos a los que me remito, cabe citar a FUERTES LÓPEZ (2013 y 2015), HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2016), MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2017), MESTRE DELGADO (2011) y VILLAR ROJAS (2016).

¹¹ Referencia de la reunión del Consejo de Ministros: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2016/refc20161125.aspx#Contratacion>; consulta efectuada el 5.1.2017.

¹² Fuente: BOCG-CD, A-2-1 de 2.12.2016 (p. 1-233). Identificado con el núm. 121/000002, el PLCSP se encuentra accesible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF

1ª Elaboración y sometimiento por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) al trámite de información pública del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP) de abril de 2015, respecto del cual presenté alegaciones (14.5.2015).

2ª Siguió luego un período, que va de mayo a octubre de 2015, durante el cual se fueron sucediendo informes de diversos órganos y organismos. En el curso del mismo, y sobre la base de las alegaciones antes citadas aunque ampliadas, elaboré el artículo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», publicado en la Revista General de Derecho Administrativo, núm. 40 (octubre 2015).

3ª Cerrado y fechado el 21.10.2015, el texto del nuevo Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP/O/2015), fue remitido al Consejo de Estado para su Dictamen preceptivo por el Pleno.

4ª En la sesión de 10.3.2016, el Pleno del Consejo de Estado aprobó el Dictamen núm. 1116/2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que, por lo que se refiere a la gestión contractual de servicios público locales, acoge las tesis y reproduce consideraciones y argumentos contenidos en mis alegaciones y en el artículo de mayo y octubre de 2015, respectivamente.¹³

5ª No obstante las objeciones del Consejo de Estado, el PLCSP reitera el planteamiento de los ALCSP y persiste en la propuesta de supresión del CGSP.

6ª Iniciada la tramitación parlamentaria del PLCSP en diciembre de 2016, en el Congreso de los Diputados se alargaría hasta finales de julio de 2017, siendo objeto de un elevado número de enmiendas (1081), y encontrándose, a principios de septiembre, pendiente la tramitación en el Senado del nuevo texto aprobado por el Congreso.¹⁴

3.2. El planteamiento del PLCSP.

En el PLCSP, el planteamiento respecto de la gestión contractual de los servicios públicos cabe sintetizarlo así:

1º Omisión del CGSP entre los contratos que se regulan en el Título Preliminar, tanto en la mención genérica a los contratos administrativos (art. 25), como en las

¹³ Tanto los ALCSP de abril y de octubre de 2015, como mis alegaciones de mayo y el artículo de octubre del mismo año y el Dictamen del Consejo de Estado de marzo de 2016 pueden consultarse en la página del GREL (*Grup de Recerca en Estudis Locals* / Universidad de Barcelona-UB, del que formo parte):

<https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/>

En relación con el tema debo consignar también que en fecha 4.11.2016 defendí la Tesis doctoral en la UB, con el título *La gestión contractual de los servicios públicos locales*, a la que el Tribunal formado por los Doctores Jordi Matas Dalmases (Presidente) y Manuel Zafra Víctor y la Dra. Encarnación Montoya Martín otorgó la calificación de Sobresaliente *Cum Laude*. Algunas consideraciones de la Tesis se incorporan al presente trabajo.

¹⁴ Sobre las enmiendas al PLCSP presentadas en marzo de 2017 véase BOCG-CD serie A: Proyecto de Ley 121/000 16 y 21.3.2017; accesibles en:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-2.PDF#page=1 y http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-3.PDF#page=1

definiciones específicas referidas a los contratos de obras (13), concesiones de obras (14), concesiones de servicios (15), suministro (16), servicios (17) y mixtos (18).

2º Atribución al contrato de concesión de servicios de la gestión de aquellos servicios «cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir el precio», explotación que «implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional» (art. 15).

Configuración dual de la concesión toda vez que podrá tener por objeto tanto servicios públicos, como «servicios que no sean públicos» (EM, IV, pfo. 16º y 282), traslación en bloque de los preceptos sobre el CGSP contenidos en el TRLCSP/2011 a la regulación de la concesión y remisión expresa, con carácter supletorio, a la «regulación establecida respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquél» (art. 295).

3º Subsunción en el contrato de servicios de la gestión de aquellos servicios públicos en los que el prestatario no asuma el riesgo operacional en la gestión de los mismos; criterio que procede, de un lado, del razonamiento *a contrario sensu* de la no-inclusión del CGSP entre los regulados en el PLCSP, y de la definición vista del contrato de concesión de servicios y, de otro, de la amplísima conceptualización de los contratos de servicios como «aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario» (art. 17, pfo. 1º, y Exposición de motivos IV, pfo.12 a 15).

Se trata de una opción legalmente posible, pero no obligada por las Directivas comunitarias y, desde luego, no indiferente respecto de la realidad del Estado del Bienestar. Con ser relevante el debate sobre la opción entre la gestión directa o la indirecta, su trascendencia es menor, a mi juicio, que la de la idea misma de servicio público. Quiere decirse con ello, que lo realmente esencial para el Estado social es el mantenimiento del concepto de servicio público, para asegurar la preservación de los sistemas locales de bienestar, en una realidad municipal fragmentada y con limitadas capacidades de gestión. Porque no es infrecuente en estos días oír expresiones como que el servicio público ha muerto u otras formulaciones menos contundentes pero que apuntan en el mismo sentido. Pues bien, resulta que ese cuestionamiento puede venir tanto directamente de la negación de la categoría general –el servicio público–, como de la configuración concreta de su prestación mediante el concurso del privado, que en España se ha articulado, desde hace más de medio siglo, a través del contrato de gestión de servicios públicos y sus diferentes modalidades, con unos resultados transformadores de nuestros pueblos y ciudades.

3.3. Las objeciones al planteamiento y regulación del PLCSP ¹⁵.

3.3.1. La primacía de la concesión, la sublimación del principio de eficiencia económica y sus consecuencias.

¹⁵ Para un análisis más exhaustivo de tales objeciones, véase MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2017) ; accesible en http://laadministraciondia.inap.es/noticia.asp?id=1162248&nl=1&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=1/3/2017

El PLCSP confiere primacía a la *concesión* como forma de gestión contractual de los servicios públicos, preeminencia que resulta evidenciada en un más extenso tratamiento normativo que el que dispensa al *contrato de servicios* (veinte preceptos frente a seis, respectivamente), así como en la vinculación afirmada tanto en la DA 35 como en la Exposición de motivos, que era casi absoluta en los ALCSP y que se mitiga algo en el Proyecto.

Sobre esa primacía y sus consecuencias cabe formular las consideraciones siguientes:

1ª La opción preferente en favor de la concesión supone una muestra más de la *sublimación del principio de eficiencia económica*, toda vez que pivota sobre dos ejes:

- la transferencia del riesgo operacional del contrato al concesionario,
- y ello como medio para evitar, total o parcialmente, que el gasto de la gestión contractual compute como déficit de la Administración que la adjudica, de acuerdo con las exigencias del SEC (Sistema Europeo de Cuentas) 2010.¹⁶

2ª Sucede, sin embargo, que de tal opción se desprenden consecuencias muy relevantes, pues la transferencia del riesgo operacional (TRO) se caracteriza, en esencia, por (Directiva 2014/23/UE):

- a) La posibilidad de no recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes sufragados por el concesionario (CDO 18, 3r pf.).
- b) El no aseguramiento por parte de la Administración de unos ingresos mínimos al mismo (CDO 18. 4º pf. y 19, 1r pf.).
- c) La ajeneidad de los factores que inciden en el riesgo operacional y la exposición a las incertidumbres del mercado, al riesgo de la demanda o al del suministro (o de oferta o de uso) o a los dos (CDO 20 y STJUE de 10.3.2011, C-274/09).

¹⁶Sobre el SEC 2010 el referente normativo es el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21.5.2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. La referencia a los riesgos se encuentra en los apartados siguientes:

«20.283. Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

- a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.
- b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.
- c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.
- d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.
- e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.

20.284 Los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos.»

d) Aunque se acepta que la remuneración proceda de la misma Administración (CDO. 18, 5º pf.).

e) También es admisible que la Administración asuma parte del riesgo (CDO 18, 3r pf. Y 19. 2º pfo. 18, 3r pf.).

f) En cualquier caso, se afirma que ha de permitir al concesionario recuperar las inversiones realizadas, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido y en un horizonte temporal adecuado a estos objetivos (CDO 52).

3ª A poco que se reflexione sobre estas características se advertirá que una tal configuración comporta diversos condicionamientos:

a) En primer término, sobre cuáles son los ámbitos o factores que, tendencialmente, pueden identificar la transferencia del riesgo operacional (TRO), cabe señalar los siguientes:

- construcción o reposición de instalaciones y explotación de servicios públicos con rendimientos económicos significativos (abastecimiento agua potable, complejos deportivos, centros culturales y de ocio y servicios funerarios, entre otros);
- tarifas como único medio de retribución del contratista;
- tarifas acompañadas de un precio, pero que no tenga carácter compensatorio en función de los resultados decrecientes de la explotación;
- precio sometido a factores y criterios de riesgo y aleatorios.

b) Consecuentemente, la traslación de ese riesgo al contratista desplazará los costes, directos e indirectos, a los usuarios de los servicios públicos, efecto obvio que deriva de la no asunción del riesgo por parte de la Administración y del objetivo de obtención de beneficios que persigue todo contratista.

c) Ello lleva correlativamente a señalar los ámbitos en que no resulta adecuada la TRO, estos son, servicios gratuitos o subvencionados en porcentaje elevado (servicios asistenciales, sanitarios y, eventualmente, educativos y culturales), y servicios cuya ecuación económica no permita articularla en términos de transferencia de ese riesgo operacional.

d) De la interrelación de los factores y características señaladas resulta que, encarada la gestión contractual de un servicio público, a los responsables del mismo se les plantea, en primer término, el dilema de si la misma es susceptible o no de transferencia del riesgo operacional en función de sus características objetivas; e, incluso, si aun siéndolo, se decide articularla bajo esos parámetros del TRO o, por el contrario, se descarta esa opción, por los condicionamientos que comportan para los usuarios, en aplicación en tal caso de un criterio de eficiencia social en detrimento del de eficiencia económica.

e) En suma, pues, los responsables de la Administración titular del servicio público deberán efectuar, primero, un *juicio sobre la posible transferencia del riesgo operacional* y resolver, después, la *configuración contractual* que quieren darle a la gestión del mismo.

3.3.2. Limitaciones y disfunciones advertidas en la subsunción en el contrato de servicios de la gestión contractual de los servicios públicos en que no se produce la transferencia del riesgo operacional.

Salvo las innovaciones que se dirán, la regulación específica del contrato de servicios en el PLCSP mantiene los trazos esenciales del que ha sido su régimen jurídico tradicional. Y ahí radican sus limitaciones y disfunciones. Al intentar subsumir también la gestión de un servicio público en un contrato de servicios, nos encontraremos ante las consecuencias de aplicar un contrato bilateral concebido en la legislación española para prestaciones de una trascendencia limitada, articulado en términos de igualdad entre el contratista y la Administración, y en la que esta se halla privada de sus potestades específicas; una configuración que tiene su lógica, en suma, si se trata de la limpieza de oficinas, actividades logísticas o prestaciones intelectuales en beneficio exclusivo de la Administración (que no se diferenciarían objetivamente de las que recibiría un privado). Una figura contractual, por tanto, bastante alejada del CGSP, cuya articulación viene caracterizada por unas prestaciones dirigidas a los usuarios de los servicios públicos del Estado social, tales como los servicios asistenciales o el suministro de agua potable, por poner dos ejemplos relevantes.

Una de las principales novedades del planteamiento de los Anteproyectos la constituía el art. 310, intitulado *especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, expresión con la que se pretendía dar cobertura a la subsunción de los servicios públicos como objeto del propio contrato de servicios en el que no se transfería el riesgo operacional. Debe precisarse, sin embargo, que el planteamiento y la regulación del art 310 de los Anteproyectos adolecían de unas disfunciones que comprometían la gestión contractual de los servicios públicos en que no se producía la transferencia del riesgo operacional.¹⁷

En un intento de solventar las objeciones, el art. 310 del PLCSP es objeto de una modificación substancial, respecto de la cual cabe formular, en síntesis, las siguientes consideraciones:¹⁸

1ª Se quiera o no, la expresión *servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos* incluye a los servicios públicos, sí, pero también a los servicios no públicos, a los que me referiré después. En consecuencia, esa previsión genérica no solo resulta equívoca sino que, además, resulta inconveniente por cuanto resulta imperativamente de aplicación a los servicios no públicos prestados directamente a los ciudadanos. Y ello se concreta en las determinaciones sobre establecimiento del régimen jurídico, obligaciones del adjudicatario, inembargabilidad de los bienes, secuestro o intervención del servicio, ejercicio de los poderes de policía por la Administración sobre el mismo, y las causas de resolución del rescate, supresión del servicio y secuestro o intervención de este por plazo superior a tres años (PLCSP, 310.1, letras a) a e) y g). Prescripciones todas ellas privativas de los servicios públicos y que se han incorporado al art. 310 del Proyecto en respuesta a las objeciones señaladas en su día, pero cuya aplicación a los servicios no públicos resulta incorrecta.

2ª Por otro lado, el art. 310.1.f del PLCSP califica de excepcional la prestación de servicios en las dependencias de la Administración y, en su defecto, exige la

¹⁷ Estas disfunciones las relacionaba en mis alegaciones al ALCSP de mayo de 2015 (p. 18 a 22) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre de 2015 (p. 20 a 23). Y, precisamente, el Consejo de Estado, tras reproducir el art. 310 del ALCSP, concluía: «esta previsión no resulta bastante para hacer frente a las limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos en que no se transfiera riesgo operacional» (Dictamen 1116/2015, p.77 y 78).

¹⁸ Para el detalle de las consideraciones, véase MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2017).

identificación de los trabajadores de la empresa contratista. Sin embargo, esas reservas no se adecúan a los múltiples contratos de gestión de los servicios prestados en locales públicos en los ámbitos sanitario, asistencial, educativo y cultural, en los que, al no concurrir transferencia del riesgo operacional, no serían subsumibles en la concesión de servicios, y deberían serlo en el contrato de servicios en aplicación del planteamiento del Anteproyecto ahora reiterado en el Proyecto. Una vez más se ponen de manifiesto las disfuncionalidades de este planteamiento, pues lo que sirve para un ámbito del contrato (los servicios para la Administración, donde sí son lógicas tales prevenciones), supone un inconveniente para el otro (los servicios públicos), porque, efectivamente, los centros de asistencia primaria, los centros de día para mayores, las escuelas infantiles y guarderías y las ludotecas y centros culturales son mayoritariamente de propiedad municipal, bienes de dominio público afectos a los servicios públicos que se prestan en tales dependencias e instalaciones, y cuya gestión se contrata con un tercero. No hay excepcionalidad alguna en estos casos, sino la realidad que ha venido siendo propia del contrato de gestión de servicios públicos, preferentemente bajo la modalidad del concierto

3ª Finalmente, de persistir en una configuración tal de esta figura, resultará que el contrato de servicios no tiene un régimen jurídico definido, sino que se cuentan hasta tres subtipos, que van mutando en función de los diferentes objetos que se le atribuyen, y de los destinatarios de las prestaciones heterogéneas que integra:

- prestaciones cuya destinataria es la Administración;
- prestaciones constitutivas de servicios públicos;
- prestaciones cuyos destinatarios son los ciudadanos pero que no integran verdaderos servicios públicos.

3.3.3. La aplicación a la concesión de servicios no públicos del régimen de servicio público

Partiendo de la configuración dual de la concesión antes señalada y por contraste con los públicos ya definidos, los servicios no públicos integrarían unas actuaciones que, constituidas lógicamente por utilidades y siendo recibidas efectivamente por terceros, su prestación no responde a una obligación derivada de la competencia de la Administración. Faltando este título, pero concurriendo el de la titularidad de los inmuebles en que se prestan los servicios y no implicar ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, podría darse cobertura contractual a supuestos en que se produce una explotación económica y concurre la transferencia del riesgo operacional.¹⁹

De acuerdo con el planteamiento de los Anteproyectos, se aplicaba un régimen jurídico diseñado específicamente para los servicios públicos, el que la legislación

¹⁹ Así, por ejemplo, los habituales *servicios de cafetería y restauración* de edificios públicos (ministerios, universidades y otros). Otros supuestos susceptibles de reconducir a la concesión serían los *servicios de fotocopias, encuadernación y copistería*, tan habituales en las facultades y escuelas de grado medio y superior, y los *servicios de prensa, librería y regalos*, que podemos encontrar en los hospitales y otros centros de pública concurrencia. También en estos casos se cumplen las reglas de:

- no suponer el ejercicio de competencias públicas,
- reportar utilidades a terceros, que incluso pueden resultar ser usuarios de servicios públicos (el universitario y el de sanidad, en los ejemplos puestos), los cuales, sin embargo, no integran en su concepto esos otros servicios que no son públicos, y
- ser susceptibles de explotación económica con transferencia de riesgo operacional al contratista.

contractual básica ha venido atribuyendo al CGSP, a un objeto que se identifica como servicios que no sean públicos.²⁰

Para valorar la regulación introducida en el PLCSP en contraste con las objeciones formuladas al ALCSP/0/2015, debe recordarse que, en este, la articulación de la regulación de la concesión se caracterizaba por la traslación en bloque de los preceptos del contrato de gestión de servicios públicos contenidos en el TRLCSP/2011. En congruencia con esa articulación y para corregir tal disfunción, la lógica aconsejaría mantener el régimen jurídico general para la concesión de servicios públicos y excepcionar la aplicación de las prerrogativas y potestades propias del mismo, para el supuesto de la concesión de servicios no públicos.

Sin embargo, el Proyecto de ley no sigue ese criterio, sino el inverso, esto es, ir anudando para el caso de que la concesión recaiga sobre servicios públicos la aplicación de unas concretas prescripciones.²¹ Y así se establece en el articulado en relación con el *ejercicio de los poderes de policía que conserva la Administración para asegurar la buena marcha del servicio* (PLCSP, 285.2), el *secuestro o intervención del servicio* (PLCSP, 291.1), y el *rescate y la supresión del servicio por razones de interés del servicio* (PLCSP, 292.c y .d).

Sin dejar de resaltar la inversión de la opción natural que supone, era fácil prever que la aplicación de tal criterio podía entrañar eventuales disfunciones.²²

a) La primera, la del olvido de vincular con el servicio público prerrogativas que tradicionalmente se han asociado con este. Y eso fatalmente sucede. Así, no hay referencia alguna al servicio público en dos casos trascendentales: en la modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico (PLCSP, 288) y en la no embargabilidad de los bienes afectos a la concesión (PLCSP, 289.3).

b) La segunda disfunción se concreta en que no encuentra justificación la inaplicación para los servicios no públicos de la figura de la suspensión del contrato, instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (ex 196.5 y 206.1 del PLCSP), y prevista con carácter general para todas las concesiones de servicios en el art. 284 del Proyecto, toda vez que esa suspensión ha venido estando regulada en los sucesivos textos normativos para todos los contratos, excepción hecha del de gestión de servicios públicos en el que se disponía su no-aplicación en atención a su objeto (así, en el TRLCSP, ex 276 en relación con 216,5 y 220.1).

3.4. Las alternativas al planteamiento del PLCSP

Una vez examinado el planteamiento del PLCSP, de su análisis se concluye la necesidad de una clarificación conceptual y del régimen jurídico de las figuras contractuales de carácter prestacional, por lo que, a tales efectos, se formula una propuesta alternativa al mismo.²³

²⁰ La objeción y las prescripciones que no deben resultar de aplicación a las concesiones de servicios no públicos las detallé en las alegaciones al ALCSP (p. 18) y en el artículo de la RGDA (p. 19 y 20), y son reproducidas expresamente las tres últimas por el Consejo de Estado (Dictamen 1116/2015, p. 246).

²¹ De manera expresa se reconoce en la EM, IV, pfo. 16.

²² Para el análisis de las disfunciones del PLCSP, véase MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2017).

²³ Para el detalle de la propuesta, véase MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2017).

En síntesis, la propuesta mantiene la vigencia del *contrato de gestión de servicios públicos* (CGSP), con sus modalidades de *concesión*, *gestión interesada*, *concierto* y *sociedad de economía mixta*, a la que se añade la del *arrendamiento*. Se logra, de esta manera, preservar un régimen jurídico unitario para la gestión contractual que tenga por objeto un servicio público, que se complementa con un elenco de figuras, cada una con su elemento relevante, lo que permite acudir a la que resulte más idónea en atención a las peculiaridades del servicio público en cuestión cuya prestación se contrata. Así, en la *concesión*, en relación con la explotación de servicios públicos económicos en que se produzca la transferencia del riesgo operacional al contratista, lo que exige la aplicación de las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE, con la complejidad que le es inherente y que ya ha sido objeto de análisis por la doctrina. Por lo demás, el PLCSP traslada a la concesión de servicios públicos el régimen del CGSP regulado en el TRLCSP/2011, por lo que en este punto hay total coincidencia con el Proyecto.

En lo que se refiere al resto de modalidades, caracterizadas por la no transferencia de ese riesgo al contratista, la propuesta parte de la base de la aplicación de las prescripciones relativas al contrato de servicios en la Directiva 2014/24/UE (publicidad comunitaria, recurso especial de contratación y las demás que establece). Sentado este criterio, el régimen jurídico aplicable deberá ser el mismo que en el caso anterior, esto es, el previsto para el CGSP en el Texto refundido de 2011, lo que se completa con la caracterización del elemento relevante de cada una de las otras formas, lo que posibilita la adaptación del contrato al servicio público concreto:

a) En la *gestión interesada*, la articulación de la retribución del contratista que, en el supuesto más común, distingue una remuneración mínima que se garantiza al gestor (asunción de ese riesgo económico por la administración) y una remuneración añadida variable en función de los resultados económicos de la explotación, con las modalidades de asignaciones proporcionales (al gasto o a los ingresos) u otras primas de naturaleza diferente (por aumento del número de usuarios, por ejemplo). La gestión interesada se puede preconizar para servicios que por razón legal o corporativa se hayan de prestar (lo que se asegura con la remuneración mínima o fija para el gestor), y en relación con los cuales sea posible obtener mejores resultados económicos a partir de una gestión eficiente que atraiga usuarios (así, la de los servicios de transporte de viajeros, culturales y de turismo, complejos culturales y de ocio).

b) En cuanto a la modalidad del *concierto*, esta se define como aquella que permite a la Administración contratar con un particular la prestación de un servicio público, sobre la conjunción de los elementos relevantes de una solvencia técnica acreditada del contratista, que aporta sus instalaciones o sus servicios, con una determinación precisa del pago por la utilización de éstos, lo que evidencia el objetivo de la regulación y la funcionalidad del concierto: articular esta modalidad en términos de contención del gasto y sin transferencia del riesgo al contratista. Ese pago puede ser a cargo exclusivo de la Administración en el caso de servicios gratuitos, aunque el concierto también admite, sin quebranto de su naturaleza, la posibilidad de percibir de los usuarios unas tarifas que cubran parcialmente la financiación del servicio, lo que no excluye la eventual cobertura total del mismo. En cuanto a sus aplicaciones, el concierto puede resultar idóneo en relación con servicios gratuitos o servicios en que el rendimiento económico para la administración sea reducido (sanitarios, asistenciales y educativos), aunque también con servicios en que la variación de sus prestaciones (por razones tecnológicas o de otro tipo) sea elevada.

c) En la *sociedad de economía mixta*, el elemento relevante lo constituye la participación público-privada en el capital de la sociedad que debe articularse, desde la perspectiva de la Administración, mediante su conciliación con los principios de

publicidad y concurrencia en la selección del socio privado, atendida su configuración contractual. Esta sociedad de economía mixta se configura, de un lado, para incorporar, junto al capital que financia la inversión y obtiene el correspondiente beneficio, las funcionalidades de la gestión privada, principalmente las técnicas de gestión vinculadas con la eficiencia y el abaratamiento de costes y, de otro, para que la Administración esté presente en el consejo de administración y conozca la situación económico-financiera de la sociedad prestataria del servicio, salvando así las dificultades que encuentra para saber de esa situación en el resto de modalidades de gestión indirecta. La participación privada puede ser mayoritaria o minoritaria, en función de lo cual se modula la incidencia del socio privado en el protagonismo de la gestión y en la toma de decisiones de la sociedad. Esta modalidad se vincula con servicios públicos económicos, esto es, aquellos con rendimientos significativos de este carácter, ya sea por la percepción de tarifas de los usuarios, ya por la posible valorización que pueda obtener la sociedad mixta de su gestión (así, el caso de los residuos), y completada su financiación con la aportación de la Administración titular del servicio. Los ámbitos susceptibles de aplicación de este tipo de sociedad son los relativos a los servicios de cementerios y funerarios, recogida y tratamiento de residuos y limpieza viaria, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas residuales, abastecimiento domiciliario de agua potable, mercados, aparcamiento público y pavimentación de vías urbanas. Sentado todo lo anterior, debe recordarse que, en el supuesto de que la configuración económica del contrato supusiera la transferencia del riesgo operacional al contratista, la figura a utilizar sería obviamente la concesión de servicios públicos.

d) *De lege ferenda* se formula la propuesta de reintroducción en la legislación básica del *arrendamiento*, previsto en el pasado como especificidad local y en esta propuesta con carácter general, con vistas a cubrir el espacio que ha dejado la anterior configuración de la concesión como modalidad en la que, sin concurrir ninguno de los elementos relevantes de las otras modalidades de gestión indirecta, no se produce transferencia esencial del riesgo operacional, y ello unido al elemento relevante tradicional del arrendamiento, referido a la prestación del servicio en instalaciones propias de la Administración titular del mismo. En el arrendamiento podría encontrar fácil acomodo la gestión de los servicios de mantenimiento y ornato de cementerios, parques, jardines y otros espacios públicos, asistencia social y sanidad desarrollados en centros locales o autonómicos, servicios prestados en instalaciones deportivas de uso público, y los vinculados al turismo, ocio, ocupación del tiempo libre y culturales desarrollados en equipamientos propiedad de la entidad pública titular de los mismos.

Definido el contrato de gestión de servicios públicos, la propuesta se completa con la configuración de las otras dos figuras contractuales de carácter prestacional. En primer término, *el contrato de servicios*, cuyo objeto viene constituido por prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad para las entidades del sector público, la realización de una actividad cuyos destinatarios sean los ciudadanos y su objeto no tenga la consideración de servicio público, o la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. Se trata de prestaciones con un cierto grado de heterogeneidad, si bien su configuración prestacional permite un régimen jurídico unitario, que no es otro que el que tradicionalmente ha correspondido a esta figura, ya no lastrada en la propuesta por la necesidad de incorporar determinaciones para garantizar la prestación de un servicio público, toda vez que este ya no integra los objetos posibles del contrato de servicios.

La segunda figura, la *concesión de servicios no públicos*, responde al objetivo de dar cumplimiento a las exigencias de la Directiva 2014/23/UE, pero sin que le sea de aplicación un régimen jurídico que le es impropio (el inherente a los servicios públicos);

consecuentemente, el régimen aplicable es el del contrato de servicios, con las salvedades requeridas por la transferencia del riesgo operacional en la explotación de estos servicios no públicos por el contratista, lo que determina la observancia de las prescripciones de la Directiva aludida.²⁴

3.5. La aprobación del nuevo texto del PLCSP por el Congreso de los Diputados.

La tramitación en la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados del PLCSP, iniciada en diciembre de 2016, se extendió hasta el 27.7.2017, fecha en la que aprobó el nuevo texto del proyecto (PLCSP/JL/2017), en virtud de su competencia legislativa plena. En relación con el objeto de este trabajo, del nuevo texto cabe destacar, en síntesis, los siguientes aspectos:²⁵

- a) Respecto del proyecto inicial, el PLCSP/JL/2017 incluye un número elevado de modificaciones y muestra un clima de consenso significativo, aunque no se alcanzó la unanimidad (20 votos a favor y 17 abstenciones).²⁶
- b) En el activo de las modificaciones cabe resaltar las garantías introducidas en relación con las condiciones laborales, los criterios sociales y medioambientales y la transparencia en la contratación pública.
- c) Sobre los aspectos objetables, sin embargo, a mi entender hay que consignar lo siguiente:

c.1) El mantenimiento de la opción de la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, y sin que se hayan introducido variaciones sustanciales para corregir las deficiencias del proyecto inicial en relación con la regulación de la concesión y el contrato de servicios, por lo que mantienen su vigencia las objeciones formuladas al respecto en los apartados anteriores.²⁷

²⁴ Respecto de la propuesta formulada (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, enero 2017) debe consignarse que sus planteamientos fueron recogidos como enmiendas al PLCSP presentadas en marzo de 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista; véase BOCG/Congreso de los Diputados serie A: Proyector de Ley 121/000002 16 y 21.3.2017 (especialmente, enmiendas 450, 454, 709, 715 a 719, 737, 739 y 745); accesible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-2.PDF#page=1

²⁵ Sobre la aprobación del nuevo texto véanse los diarios oficiales siguientes:

- a) BOCG-CD, A-2-4 de 2.8.2017, que contiene el *Informe de la Ponencia*, en el que se resaltan las modificaciones introducidas en el Proyecto de ley; accesible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-4.PDF#page=1
- b) Diario de sesiones de la referida Comisión CD, núm. 301 de 27.7.2017 (p 2-12); accesible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-301.PDF#page=2
- c) BOCG-CD, A-2-5 de 10.8.2017, que recoge el texto reenumerado del Proyecto de ley; accesible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-5.PDF#page=1

²⁶ De las 1081 enmiendas presentadas, 975 fueron aceptadas o transaccionadas; a favor votaron los Grupos parlamentarios del PP, Ciudadanos y, del Mixto, los representantes de Esquerra Republicana de Catalunya, Partit Demòcrata Europeu de Catalunya (PDeCAT) y Partido Nacionalista Vasco; se abstuvieron los GP Socialista y Confederado de Unidos Podemos.

²⁷ Respecto de estas objeciones, dos precisiones:

1ª Como consecuencia de la reenumeración del nuevo texto, a las menciones efectuadas a los preceptos del proyecto inicial deben añadirse dos números; así, la regulación en el PLCSP/JL/2017 de la concesión se localiza ahora en los art. 284 a 297, y la del contrato de servicios, del 308 al 315.

2ª En relación con la crítica al redactado del art. 310.1.f del proyecto inicial (epígrafe 3.3.2, 2ª), hay que consignar que ya no se califica de excepcional la prestación de servicios públicos en las instalaciones de la propia Administración, aunque lo cierto es que se sigue manteniendo como criterio general tal prestación en las dependencias o instalaciones de la empresa contratista (art. 312.1.f del PLCSP/JL/2017).

c.2) La introducción de una restricción para la recuperación de la gestión directa del servicio público, toda vez que el *rescate requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la contratada* (art. 294.c y 312.g del PLCSP/JL/2017).²⁸

Se trata de una exigencia para el poder público que, a mi juicio, va más allá del equilibrio entre *iniciativa pública económica* y actividad privada como consecuencia del *reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*, consagrado por la Constitución (art. 128.2 y 38, respectivamente).²⁹

4 Epílogo: crítica a la desvalorización de los servicios públicos en la LRSAL/2013 y en el PLCSP/2017 y alternativas

A modo de recapitulación pueden destacarse como manifestaciones de la desvalorización de los servicios públicos las siguientes:

a) Respetto de la LRSAL:

- El desapoderamiento y la reducción severa de las competencias municipales.
- El debilitamiento de la posición institucional de los gobiernos locales, manifestado en la pérdida de la preeminencia del municipio que, además de la reducción competencial señalada, es objeto de una acotación de los posibles sectores y ámbitos de actuación, y en una mutación en la definición funcional de las diputaciones que, sin perder sus competencias de cooperación y asistencia a los municipios, reciben el mandato legal de coordinar la prestación de los principales servicios obligatorios de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes, bien que esta función coordinadora impuesta no se ha visto asumida por los gobiernos provinciales.
- Los condicionamientos y el férreo control y seguimiento que el MINHAFP efectúa de la ejecución presupuestaria y económico-financiera de los gobiernos locales.

b) Respetto del PLCSP:

- La primacía de la concesión y la sublimación del principio de eficiencia económica a partir la transferencia del riesgo operacional del contrato al concesionario, y ello como medio para evitar que el gasto de la gestión contractual compute como déficit de la Administración que la adjudica, de acuerdo con las exigencias del SEC 2010.
- La desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y, en particular, de las modalidades de gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, y la

²⁸ La modificación trae causa de la enmienda transaccional presentada por el representante del PDeCAT en el Grupo Mixto (núm. 930), y fue aprobada por mayoría (oposición de los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidos Podemos); véanse al respecto el BOCG-CD, A-2-4 de 2.8.2017 (pág. 18, en relación con el art. 292.c, todavía sin reenumerar) y el Diario de sesiones CD/ Comisiones, núm. 301 de 27.7.2017 (p 8 y 10, que recoge las intervenciones de las representantes de los GP Confederal Unidos Podemos y Socialista, Diputadas HONORATO CHULIÁN y SERRANO JIMÉNEZ, respectivamente).

²⁹ Debe recordarse que este tema se planteó también con ocasión de la LRSAL, si bien debe precisarse que, frente a la posición inicialmente restrictiva respecto de la iniciativa pública de los diversos anteproyectos, tal opción fue descartada ya en el Proyecto y en la propia Ley, que mantuvo la igualdad de esta en relación con la iniciativa privada; véase sobre este particular el comentario sobre el art. 86 de la LBRL en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS 2014 (610-614) y la bibliografía ahí citada.

correlativa subsunción en el contrato de servicios de la gestión de aquellos servicios públicos en los que el prestatario no asuma el riesgo operacional en la gestión de los mismos.

- Las limitaciones y disfunciones advertidas en la regulación en el PLCSP del contrato de servicios en relación con la gestión contractual de los servicios públicos en que no se produce la transferencia del riesgo operacional.

- El dilema que todo ello provoca para los responsables de la gestión de los servicios públicos locales que, ante la tesitura de contratar la prestación de los mismos, se ven abocados a optar entre una gestión concesional que maximiza la eficiencia económica y la subsunción en un contrato –el de servicios- que no proporciona un régimen jurídico apropiado para garantizar los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos y los derechos de sus usuarios.

Frente a la desvalorización de los servicios públicos que tales manifestaciones suponen, las alternativas que se plantean en positivo son las siguientes:

a') Con referencia a la LRSAL y por parte de los gobiernos locales, seguir manteniendo un comportamiento que les permita exhibir logros económicos (control del déficit público y superávit presupuestario), complementado con la resiliencia evidenciada en la defensa de sus competencias y de la prestación de los servicios públicos que les son propios.

b') En lo atinente al PLCSP, esperar que en el curso de la tramitación en el Senado parlamentaria se corrija el planteamiento en relación con el mantenimiento del CGSP, en los términos de la propuesta alternativa formulada. Siendo realistas, sin embargo, no es previsible que tal corrección se produzca. Sobre la base, pues, de la confirmación en la futura ley del planteamiento del texto del PLCSP aprobado por el Congreso de los Diputados, no cabrá otra opción que intentar compensar los déficits del mismo respecto de la gestión de los servicios públicos en que no se produzca la transferencia del riesgo operacional al contratista. Para ello dejo simplemente apuntadas dos vías, que no son excluyentes: i) la aprobación de una norma con rango de ley que garantice para estos servicios el mismo régimen jurídico que se prevé para la concesión de servicios públicos, y ii) la inclusión en los pliegos de cláusulas contractuales de determinaciones con la misma finalidad, bien que dentro de los márgenes que la ley les permite. Correspondiendo la efectividad de la primera opción a los poderes legislativos, la segunda requiere de su adopción por las Administraciones contratantes, en particular de las locales; en cualquier caso, debe quedar fuera de duda su necesidad para que queden garantizados los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de todos los servicios públicos en el marco del Estado social.

5. Bibliografía:

CARBONERO GALLARDO J.M. (Dir. y Coord.) (2015): *Administración Local Práctica. Casos Prácticos de Derecho Administrativo y haciendas locales*. El Consultor de los Ayuntamientos/La Ley.

FUERTES LÓPEZ, M. (2013): «Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre las concesiones de

servicio público y los contratos de servicios)». En GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M.A. (Coord.): *Observatorio de Contratos Públicos 2012*. Ed. Aranzadi, 2013.

FUERTES LÓPEZ, M. (2015): «Discriminación territorial y una coda». *El blog de esPublico* 26.11.2015. Accesible en:
<http://www.administracionpublica.com/discriminacion-territorial-y-una-coda/>

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2011): «Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I y II)». *Revista Contratación Administrativa Práctica*. La Ley, núm. 111 y 112, septiembre y octubre de 2011.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2010): *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Cizur Menor (Navarra). Thomson-Aranzadi.

GIMENO FELIU, J.M. (2012): «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP». En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 156, octubre-diciembre 2012.

GIMENO FELIU, J.M. (2015): «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad». Ponencia presentada en el X Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo; Madrid, 6.2.2015.

GIMENO FELIU, J.M. (2016): «Novedades del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La transposición de las Directivas de Contratación Pública en España». Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública celebrado en Cuenca los días 21 y 22 de enero de 2016. Accesible en el Observatorio de la Contratación Pública:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.935/recategoria.118/reلمenu.2/chk.f4d6c6e3310631de42e822f20e39d925>

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2016): «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos». *La administración al día*. Publicado el 25.5.2016. Accesible en:
http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506183&nl=1&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=25/5/2016

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2007): *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*. Barcelona. Bayer Hnos., S. A.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2014): «El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos». En CARRILLO DONAIRE, J.A. y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (Dir.): *La Reforma del régimen jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2015): «Modificación de la Ley de contratos del sector público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas». *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 40, 2015 y revista *La Administración al Día* del INAP, 5.11.2015. Accesible en:
<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505401>

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2016): “La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y su incidencia en los Sistemas Locales de Bienestar”. *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, núm. 188, Ministerio de Fomento.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2017): “El proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos: análisis de su planteamiento y propuesta alternativa”. *Contratación Administrativa Práctica* núm. 149, mayo-junio 2017. También publicado en las Revistas *Diario de Derecho Municipal*, de IUSTEL (9.2.2017) y *La Administración al día*, del Instituto Nacional de Administración Pública/INAP (2.3.2017); accesible en: http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1162248&nl=1&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=1/3/2017

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2017): «Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)» *Revista de Administración Pública*, 202, 13-41.

MESTRE DELGADO, J.F. (2011): «Las formas de prestación de los servicios públicos locales». «La contratación local». «El servicio público de distribución de aguas». En MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 3ª ed. Madrid Iustel.

NAVARRO, C.J. y M.J. RODRÍGUEZ (2009): *Gobernanza Multi-nivel y sistemas locales de bienestar en España. El caso de las Diputaciones Provinciales*. Valencia. Tirant lo Blanch.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, J.A. (2012): «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno». *Revista Aranzadi Doctrinal*, junio 2012, núm. 3 (p. 171-190).

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (2014): «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)». *Revista española de derecho administrativo*, nº 161, pp. 37-74.

SÁIZ RAMOS. M. (2012): «Reflexiones prácticas sobre la diferencia entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos». *Revista Contratación Administrativa Práctica*. La Ley, núm. 118, abril 2012.

VILLAR ROJAS, F.J. (2016): «La resiliencia del contrato de gestión de servicio público frente a las normas europeas de contratación pública». En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (Dir.): *El impacto de la crisis en la contratación pública*. Aranzadi.

ZAFRA VÍCTOR, M. (2015): *Respaldo político para buenas ideas. Mi experiencia en dos direcciones generales sobre gobiernos locales*. Iustel.