

Nº Extraordinario
Marzo 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA LCSP 2017

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**NÚMERO EXTRAORDINARIO
DE LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA.**

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA
CON LA LCSP 2017**

Volumen I

Número Extraordinario. Marzo 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina



Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

RELACION DE AUTORES	13
PRESENTACIÓN	
D. Jaime Pintos Santiago	15

Volumen I

I. COMPRA PÚBLICA Y VALORES

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017.	
D. José Antonio Moreno Molina	21

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	
D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y D. José Ignacio Herce Maza	35

LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.	
D. Francisco Puerta Seguido.....	61

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS EN LA CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.	
D ^a . Concepción Campos Acuña	101

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA

APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN LEGAL.
D. Álvaro García Molinero 119

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.
D^a. Beatriz Montes Sebastián 139

III. COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.
D^a. Consuelo Alonso García 159

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.
D^a. Belén López Donaire 177

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.
D. Javier Miranzo Díaz 207

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.
D^a. Beatriz Vázquez Fernández 229

COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.
D. Guillermo Yáñez Sánchez 247

IV. COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO UN AÑO DESPUÉS.

D. Juan Carlos García Melián 271

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

D. Martín María Razquin Lizarraga 289

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

D. Rafael Fernández Acevedo 309

LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza 335

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Villanueva Cuevas 361

V. COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES LOCALES

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

D. Juan Marquina Fuentes 385

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DÓNDE VAMOS CON LA LCSP.

D. Vicente Furió Durán 403

LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES
CONTRACTUALES.

D. Juan Alemany Garcías 425

BASES DE PUBLICACIÓN..... 449

Volumen II

VI. COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO
DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP 2017.

D. José Luis Aristegui Carreiro 466

EL DEUC Y SU MARCO DE UTILIZACIÓN EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D. Jaime Pintos Santiago 477

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN: UNA CUESTIÓN TODAVÍA PENDIENTE.

D. Jorge Fondevila Antolín 495

LOS CONTRATOS DE OPERADOR DE NOMBRES DE
DOMINIO DE INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D. Luis Moll Fernández-Figares 521

VII. PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA

LA NECESIDAD DE LA PLANIFICACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA,
DEL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Y DEL USO ADECUADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D^a. M^a. Rosario Delgado Fernández 545

VALORES ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS: COSTE Y BENEFICIO (EL PRECIO).

D. Juan Carlos Gómez Guzmán 567

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA RESPECTO DE LA SOLVENCIA POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.

D^a. Aitana P. Domingo Gracia 585

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

D. Luis Gracia Adrián 605

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

D. José Miguel Carbonero Gallardo 621

RESPONSABLE DEL CONTRATO *"IN VIGILANDO"*.

D. Julián de la Morena López 643

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

D. Juan Antonio Gallo Sallent 657

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D. Roberto Mayor Gómez 673

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

D. Francisco Javier García Pérez 689

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN AÑO DE APLICACIÓN DE LA LCSP.

D. Javier Píriz Urueña 709

VIII. TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017. D ^a . Patricia Valcárcel Fernández	729
LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS PARA PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP Y EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LOS RIESGOS Y LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS. D. José Manuel Martínez Fernández	753
LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA. D. Javier Mendoza Jiménez	783
LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. D ^a . Estela Vázquez Lacunza	799

IX. COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y URBANISMO. D. Ángel José Cervantes Martín	819
BASES DE PUBLICACIÓN	839



JAIME PINTOS SANTIAGO
Director

BELÉN LÓPEZ DONAIRE
Coordinadora

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA
LCSP 2017**

José Antonio Moreno Molina	Jorge Fondevila Antolín
Jaime Rodríguez-Arana	Luis Moll Fernández-Figares
Muñoz	M ^a . Rosario Delgado
Francisco Puerta Seguido.	Fernández
Concepción Campos Acuña	Juan Carlos Gómez Guzmán
Álvaro García Molinero	Aitana P. Domingo Gracia
Beatriz Montes Sebastián	Luis Gracia Adrián
Consuelo Alonso García	José Miguel Carbonero
Belén López Donaire	Gallardo
Javier Miranzo Díaz	Julián de la Morena López
Beatriz Vázquez Fernández	Juan Antonio Gallo Sallent
Guillermo Yáñez Sánchez	Roberto Mayor Gómez
Juan Carlos García Melián	Francisco Javier García
Martín María Razquin	Pérez
Lizarraga	Javier Píriz Urueña
Rafael Fernández Acevedo	Patricia Valcárcel Fernández
Jose Ignacio Herce Maza	José Manuel Martínez
Antonio Villanueva Cuevas	Fernández
Juan Marquina Fuentes	Javier Mendoza Jiménez
Vicente Furió Durán	Estela Vázquez Lacunza
Juan Alemany Garcías	Ángel José Cervantes
Juan Luis Arístegui Carreiro	Martín
Jaime Pintos Santiago	



PRESENTACIÓN

El 9 de marzo se cumple un año de la entrada en vigor de la LCSP2017, de la inmensa mayoría de sus disposiciones, dado que unas pocas han entrado en vigor posteriormente y aun encontramos alguna aislada que todavía está pendiente para su entrada en vigor de desarrollo reglamentario.

Pero con tranquilidad se puede afirmar que la LCSP cumple un año, su primer aniversario, en el que ya ha tenido modificaciones y sobre la que se ciernen otras, ya en tramitación.

No trata esta presentación de hacer un balance de este primer año, algo que ya se ha realizado¹, sino de mirar al futuro y contribuir con este número extraordinario de la Revista Gabilex a la profesionalización de la contratación pública. Ese es el objetivo, contribuir en abierto a través de una herramienta como puede ser este manual que ahora publicamos para el uso y provecho de la comunidad de contratación pública.

¹ Véase por ejemplo MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., "Acertos, desaciertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 159, ene-feb 2019, págs. 6-11. Número especial "La LCSP, un año después" coordinado por José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago.



Un gran número, por sus dimensiones, objetivos y autores/as, un destacadísimo número que hace del mismo algo extraordinario, dando cuenta así de lo que también representa para la Revista.

Un número que ideé, preparé y organicé desde cero, con la inestimable y siempre entregada colaboración en la coordinación de Belén López Donaire. Un número que humildemente me permito decir, después de tanto tiempo dedicado a la contratación pública y a esta Revista, me enorgullece dirigir.

Un número distribuido en bloques temáticos, que ya habla de compra pública y no de contratación pública. Bloques en los que encontramos asuntos concretos y autores/as de reconocida trayectoria. Un número que en definitiva dará mucho que leer.

Para ello no hay más que consultar el índice. 38 estudios, sobre temas importantes, escritos desde una visión plural y complementaria en la que se encuentra la visión del sector público estatal, autonómico, provincial, local, universitario, instrumental,... y el sector privado, también con representación diversificada; la visión jurídica, tecnológica, técnica, empresarial, académica y profesional, con varios puntos de vista (informático, jurista, auditor, abogado, gestor, ...); en conclusión la visión multisectorial y multidisciplinar que he pretendido enriquezca esta obra en abierto, en la Red de redes, para uso y disfrute de todos/as. Como decíamos al inicio, un gran número extraordinario.

Para finalizar, GRACIAS: a la Revista Gabilex, por la función jurídica y social que cumple y la oportunidad que supone para muchas personas (escritores y lectores); a la ya meritada coordinadora de este especial; a la totalidad de los/as autores/as partícipes del mismo, sin



cuyo trabajo no hubiera sido tampoco posible y, por supuesto, a los lectores que se acerquen a él, verdaderos protagonistas de este número extraordinario.

Jaime Pintos Santiago





**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BLOQUE V:
COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES
LOCALES**



LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES CONTRACTUALES.

Juan Alemany Garcías

Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)
y la Universitat de les Illes Balears (UIB)
Acreditado por la ANECA como Profesor Contratado
Doctor de Derecho Administrativo.
Abogado.

RESUMEN: Para iniciar, por parte de la administración pública, el fenómeno de la reinternalización de los servicios públicos prestados mediante gestión indirecta, será sumamente importante analizar la situación económica del municipio antes de tomar cualquier decisión de recuperar la gestión directa. Además, se deberá tener en cuenta en qué fase contractual se encuentra la concesión que se pretende recuperar para gestionarla directamente, ya que de esta manera podemos evitar rescates anticipados de las concesiones con los problemas económicos y de régimen laboral que pueden conllevar.

PALABRAS CLAVES: Concesión, rescate, gestión directa, gestión indirecta, reinternalización.

ABSTRACT: To initiate, on the part of the public administration, the phenomenon of the reinternalization of the public services rendered by means of indirect management, it will be very important to analyze the economic situation of the municipality before making any decision of Recover direct Management. In addition, it should be taken into account in what contractual phase the concession is to be recovered in order to manage it directly, because in this way we can avoid anticipated bailouts of the concessions with the economic problems and of labor regime that can take.

KEY WORDS: Concession, rescue, direct management, indirect management, reinternalization.

SUMARIO: 1.-Introducción: Remunicipalizar y reinternalizar la gestión de un servicio público. 2.- Aspectos contractuales de la reinternalización de servicios. 2.1.- El rescate de la concesión administrativa. 2.2.- La reinternalización frente a un procedimiento de adjudicación contractual aún no formalizado. 2.3.- La reinternalización frente a una prestación indirecta sin cobertura contractual previa. 3.- Conclusiones. 4.- Bibliografía

1.-INTRODUCCIÓN: REMUNICIPALIZAR Y REINTERNALIZAR LA GESTIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.

Remunicipalizar o reinternalizar es tomar una decisión sobre el modo de gestión de un servicio público ya existente, y que se viene prestando de forma indirecta por una empresa privada o por sociedad de economía mixta, con el fin de modificar el modo de gestión e imponer la prestación directa del servicio, lo que supone



poner fin a la concurrencia por el mercado. Remunicipalizar supone recuperar la gestión directa de servicios públicos locales, que en la actualidad se prestan de forma indirecta, lo que a su vez supone expulsar al sector privado de un ámbito de actividad económica.

Al remunicipalizar tan sólo se actúa sobre la forma de gestión de un servicio público que en tanto tal permanece inalterado. No estamos ante un proceso en virtud del cual los servicios liberalizados vuelven a ser declarados servicios públicos con el fin de que se produzca una nueva asunción por parte de la administración de la garantía de la prestación de un servicio que se había devuelto al mercado.

Remunicipalizar supone una decisión basada en la voluntad de modificar el régimen de gestión, no la recuperación de la gestión por razones de incumplimiento del contratista.

La remunicipalización supone una decisión voluntaria organizativa. Se remunicipaliza cuando el ente titular del servicio entiende que concurren razones que justifican modificar el modo de gestión, pasando de la gestión indirecta a la directa. No se trata, por tanto, de una recuperación de la gestión directa derivada de un incumplimiento del contratista. La causa del cambio en el modo de gestión es una decisión organizativa que debe basarse en criterios de eficacia, no por razón de un incumplimiento del contratista que obligue a la resolución contractual y a la recuperación de la gestión a favor de la administración (que luego podría volver a



encomendar la prestación de este mismo servicio a un tercero)².

Sin embargo, cuando se pasa a una forma de gestión indirecta, se está llevando a cabo una “privatización formal”, pero eso no significa que se pierda la titularidad del servicio ni que el ente titular del mismo renuncie a la responsabilidad de su prestación. Seguimos con un servicio público, eso sí, gestionado por una empresa privada que actúa bajo el control del ente titular y como colaboradora del mismo. Por otro lado, no debe olvidarse que cuando se privatiza, en el sentido de pasar a una gestión indirecta, lo que se está haciendo es introducir la competencia por el mercado en la prestación de este servicio, de modo que las empresas que puedan llevar a cabo esa prestación concurra, a través de un procedimiento selectivo, con publicidad y concurrencia, para llevar a cabo la prestación del servicio. Y a través de esta selección se pueda lograr que preste el servicio quien ha realizado la mejor oferta posible.

Distinto sería privatizar en el sentido de la palabra, o privatización en el sentido material. Esta acepción de privatizar significa que un servicio público, una actividad económica que estaba fuera del mercado, se devuelve al mercado y, por tanto, la administración deja de ser la titular y deja de ser la responsable de la prestación de este servicio, porque se entiende que el mercado ya

² Sobre este concepto, Pimentel Siles, M. (2017), ha dicho lo siguiente: *“el propio concepto de remunicipalización es equívoco y equivocado, pues no se puede remunicipalizar lo que siempre fue municipal. Pero las palabras son armas poderosas al servicio de las ideas y, la expresión consagrada no es inocente, ya que evoca una recuperación de lo público para el municipio, cuando en verdad sabemos que jamás la titularidad dejó de ser municipal”*.



garantiza esa actividad³. La privatización de los servicios públicos locales, que afectaría al concepto de provisión del servicio (titularidad) porque con la misma, se desvincula de titularidad la res pública y es prestada directamente por los particulares sin que se haya municipalizado el servicio, como por ejemplo lo ocurrido con los servicios públicos esenciales como las pompas fúnebres⁴, que han sido gestionadas tradicionalmente por empresas particulares y que la administración, para recuperar dicho servicio, primero tuvo que asumir su efectiva prestación, es decir, municipalizarla y, después, si puede, cambiar el sistema de gestión indirecta por su gestión directa. En los casos de privatización si por cualquier circunstancia se quiere recuperar la gestión del servicio, primero se tiene que recuperar la titularidad y su prestación efectiva, es decir, su municipalización y, en todo caso, posteriormente, se podrá plantear la reinternalización del mismo. Pero estemos o no ante un

³ Como dijo el profesor Marcou, G. *"los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objeto movilizar las inversiones privadas y el savoir faire industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la económica"*. En Marcou, G (2000).

⁴ Monopolio siempre limitado a que no afectara a traslados fuera del municipio (SSTS de 8 de noviembre de 1988, y 9 de mayo de 1996, Servicios funerarios Barbastro) ni se extendiera a las actividades preparatorias del cadáver (vid. STS de 21 de mayo de 2001, Rec. Cas. 9508/1995). La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de julio de 2001, exp. 498/00, Funcionarias Madrid, consideró no haber infracción como consecuencia del Acuerdo de monopolización adoptado por el Pleno.



sistema de externalización (concepto amplio) o de privatización y queramos recupera la garantía pública, debemos examinar los motivos por los cuales se deben llevar a cabo y, precisamente las mismas, deben estar suficientemente motivadas en el acto administrativo derivado de un previo expediente de remunicipalización de los servicios, con la correspondiente memoria técnica cuyo contenido debería figurar los aspectos jurídicos y económicos por los cuales se quiere o bien crear ex novo un servicio público en concurrencia con la iniciativa privada, vía 86.3 LBRL, o bien, ser documento jurídico de garantía en la reinternalización de los servicios para el cambio de gestión. Por todo ello somos partidarios de la tramitación de los expedientes de (re)municipalización, aunque haya doctrina administrativa que de acuerdo con el art. 97 TRLRL, pueda eximir ciertos servicios prestados por administraciones locales de los mismos, como por ejemplo, en la recogida de basura o bien, en la creación ex novo de empresas municipales urbanísticas. Por ello, siempre hemos sido defensores de dichos expedientes que, sin embargo, con la LRSAL consideramos que ha perdido bastante su sentido, sobre todo por la limitación de crear nuevas empresas por cuestiones de estabilidad presupuestaria. Por ello, no es menos cierto que, desde nuestra perspectiva, en un modesto intento de crear doctrina, queramos resucitar los expedientes de oportunidad y conveniencia, tanto de municipalización como de remunicipalización, al volvernos a plantear los mismos, como documentos clave para recuperar la gestión pública de las manos privadas.

2.- ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA REINTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS



2.1.- El rescate de la concesión administrativa.

El rescate es una de las causas de resolución del antiguo contrato de gestión de los servicios públicos a la que podrá acudir la Administración pública cuando concurren razones de interés público y para gestionar directamente el servicio. Son notas características del rescate en nuestra legislación las siguientes: a) es una forma de terminación de ciertos contratos y concesiones, b) es una forma de terminación anormal, frente a la forma normal de extinción de los contratos, que es su cumplimiento, y de las concesiones, que es el transcurso del plazo, c) es una forma de terminación anticipada, pues pone fin a la relación contractual o concesional antes de llegarse al plazo o fecha prevista para su finalización, d) no tiene carácter sancionador, pues no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario, e) su fundamento último es la protección del interés público que preside la actuación administrativa que determinó el otorgamiento de la concesión o el contrato, de modo que sólo el interés público puede legitimar el rescate.

La potestad de rescatar un servicio público local es, aparentemente, una potestad discrecional, en tanto que solo exige constatar – y justificar – el concurso de un interés público, cuya satisfacción exige extinguir la concesión. Lo que no sucede, como bien advirtiera J. Mestre Delgado⁵, cuando los motivos que se invocan son

⁵ Mestre Delgado, J. F., [La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N.º. 74, 2018](#) (Ejemplar dedicado a: El nuevo régimen de las concesiones), págs. 44-51



exclusivamente económicos y, en particular, en lo de subrogarse en una explotación lucrativa.

La extinción de la relación concesional exigirá, en tanto privación de un derecho, el abono al concesionario de la previa indemnización, que se determinará conforme dispone la normativa reguladora del negocio jurídico de que se trate, y donde la duración de la relación concesional operará como dato principal en la ecuación financiera de la misma. Al expirar la concesión anticipadamente, ni las amortizaciones han podido efectuarse ni el beneficio industrial ha podido obtenerse según las previsiones iniciales, por lo que la indemnización deberá cubrir:

a) El valor de las obras por el plazo pendiente de amortizar (compensación de amortización).

b) La pérdida de beneficios empresariales por referencia a las anualidades que restan para completar el plazo de concesión (compensación industrial). Por supuesto, siempre dentro del necesario procedimiento de rescate, -donde se concretarán motivos y justificación de la decisión-, cuya regulación es tan escasa que solo puede encontrarse algunas referencias al *iter* procedimental de esta forma de resolución en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas y la regulación general del procedimiento administrativo contenida en la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta posibilidad legal de iniciar un procedimiento de rescate debería valorar, además de un mejor cumplimiento de la prestación, los costes económicos derivados de tal operación en los conceptos de



compensación industrial y compensación de amortización y de pérdida de fondo de comercio (y también como los presupuestarios, desde la lógica de la contabilidad nacional). Y en este punto la discrecionalidad -que no oportunidad, insistimos- exige, como ya advirtiera hace tiempo MESTRE DELGADO⁶, una detallada justificación. Los contratos de concesión de servicios públicos suelen ser contratos complejos y de larga duración, en los que los costes indemnizatorios se presumen muy importantes (y pueden conllevar problemas de “reputación” de la empresa, que no pueden ser minusvalorados). Además, las consecuencias jurídico-laborales de una extinción anticipada -con obligación de subrogación del personal-, puede hacer inviable financieramente tal operación.

El rescate es, por tanto, una causa de resolución del contrato, no por incumplimiento contractual imputable al contratista, sino basado en una causa de interés público (Dictamen del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, núm. 604/2011, de 2 de noviembre de 2011). Llevando, por otra parte, aparejada dos consecuencias, la necesaria gestión directa del servicio por el Ayuntamiento y la obligación de indemnizar al contratista, ya que se le ve privado, sin causa a él imputable, de un beneficio al que tiene derecho por resultar en su día adjudicatario de un contrato administrativo.

En definitiva, no puede solicitarse un rescate por incumplimiento del concesionario. Y un rescate, como “expropiación” del título habilitante exige siempre compensación económica.

⁶ Mestre Delgado J F “[La extinción de la concesión de servicio público](#)” La Ley 1992.



Los casos de incumplimiento permiten resolver un contrato, pero no necesariamente “remunicipalizarlo” (y no puede utilizarse en fraude de ley para evitar el pago indemnizatorio). La resolución del contrato administrativo se configura en el artículo 210 TRLCSP (al igual que en la legislación precedente: artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 2/2000 –TRLCAP-), como una de las prerrogativas con las que cuenta la Administración, estableciendo el artículo 211 el procedimiento general de su ejercicio y, en el 213, el particular para el supuesto de demora del contratista en la ejecución de los trabajos. En su artículo 221 establece de manera concisa las dos formas de extinción de los contratos *“Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución”*. La Ley regula las causas y efectos de la resolución comunes a todos los tipos de contratos en los artículos 223 a 225. Entre los supuestos se encuentra el del incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato -apartado f) del artículo 223.

Como bien ha explicado el Consejo de Estado, el mecanismo de la extinción anticipada del contrato por medio de su resolución, *“... constituye un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte, o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto...”* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3007 de 2003). Ahora bien, sólo el órgano de contratación ostenta la prerrogativa legal de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta. Es esta, por lo demás, una de las características derivadas de la existencia de un contrato administrativo.



El contratista no conforme con la decisión adoptada por la Administración –de resolver o de no resolver el contrato-, tiene la posibilidad de impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en su caso, pedir ante la misma la suspensión de los efectos del acuerdo adoptado, pero no puede dejar de ejecutar sus prestaciones con fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración, salvo en aquellos casos en que la ley expresamente se lo permita.

De lo expuesto, se constata que el órgano de contratación tiene reconocida esta prerrogativa o "*potestas*". Pero, por el propio significado y fundamento de la misma, su ejercicio es una facultad (que no obligación). Es decir, se le reconoce la prerrogativa para resolver, pero igualmente podría optar, con idéntica validez, por requerir el correcto cumplimiento de las prestaciones por parte del concesionario (artículos 65.1 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales –Decreto de 9 de enero de 1953- y 113.2, párrafo 2º, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas). La decisión entre una y otra opción es por lo tanto una decisión discrecional, que corresponde adoptar libremente al órgano de contratación, siempre que concurren las circunstancias que lo habilitan, sin incurrir en ninguna responsabilidad cualquiera que sea la opción por la que se decante, habida cuenta de la claridad del precepto aplicable.

2.2.- La reinternalización frente a un procedimiento de adjudicación contractual aún no formalizado.

Un supuesto diferente se produce cuando la entidad local ha considerado, inicialmente, que la forma óptima de prestación del servicio es la gestión indirecta a través del



contrato de concesión de servicios públicos, pero antes de su proceder a su adjudicación renuncia a ésta “por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente” en los términos previstos por la Ley 9/2017 (art. 152)⁷. En otros términos, se realiza una nueva valoración de las distintas formas de gestión a la luz de los principios de sostenibilidad y eficiencia y se decante por la gestión directa antes de la adjudicación del contrato. Se requiere aquí acreditar la existencia de razones de interés público debidamente justificadas que avalen el cambio en la forma de gestión. Este cambio de posición, que se produce normalmente ante un cambio en el equipo de gobierno, debe fundamentarse en criterios económicos. Si las causas de la decisión de iniciar un proceso de externalización se encuentran en las dificultades económicas para la adecuada prestación del servicio (falta de fondos, permitiendo la concesión obtener fondos suplementarios en concepto de canon concesional), la posibilidad de la entidad local de disponer por otras vías del capital necesario para atender a esa prestación justifica tal renuncia a la adjudicación del contrato.

⁷ La Ley permite al órgano de contratación adoptar la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o de desistir del procedimiento contractual. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En tal caso, no podrá promoverse una nueva licitación sobre el mismo objeto mientras subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión. A su vez, el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa, pudiendo iniciarse inmediatamente una nueva licitación.



Este es el caso, por ejemplo, de la decisión del Ayuntamiento de Inca (Mallorca) de renunciar a la adjudicación del contrato para la prestación indirecta del servicio de abastecimiento de agua de suministro de agua potable, saneamiento y pluviales incoado en 2013, acordándose en 2014 renunciar a su adjudicación y mantener la gestión directa⁸. La motivación de la externalización se encontraba en la necesidad de obtener financiación para reducir la carga financiera del mantenimiento del servicio y obtener una cantidad adicional para invertir en otras infraestructuras de la ciudad -el teatro municipal-, además, contener un sustancial beneficio económico. En el momento de iniciar la tramitación del procedimiento contractual, el superávit municipal sólo podía destinarse a la reducción de la deuda municipal, conforme a la Ley Orgánica 2/2012, de 17 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Posteriormente, tanto la Ley 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial del sector público, como el Real Decreto-Ley 2/2014, de 21 de febrero, permitieron destinar el superávit a otros fines, por lo que decayó la necesidad de externalizar la prestación del servicio.

2.3.- La reinternalización frente a una prestación indirecta sin cobertura contractual previa.

La práctica también muestra un tercer tipo de internalización del servicio. Se trata de aquellos supuestos donde la entidad local no prestaba hasta el momento el servicio en régimen de monopolio, a pesar

⁸ Decisión considerada ajustada a Derecho por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears de 5 de octubre de 2016 (Recurso de Apelación núm. 200/2016; ECLI: ES: TSJBAL: 2016:766).



de la exigencia legal, y simplemente "tolera" su prestación por empresas privadas⁹. La explicación de esta situación es, fundamentalmente, histórica. En el siglo XIX, la prestación del servicio público de abastecimiento de agua por particulares se mantuvo incluso aunque la legislación lo declaró de competencia municipal, ya que muchos ayuntamientos no lo municipalizaron. La competencia municipal se plasmó, esencialmente, en ejercer una función de inspección sobre su calidad, especialmente por imposición la legislación sanitaria desde el Reglamento de Sanidad Municipal, aprobado por Real Decreto de 9 de febrero de 1925 (Gaceta núm. 48, de 17 de febrero), donde se recomendó a los Ayuntamientos "hacer lo posible para municipalizar el servicio de aguas potables"¹⁰. Pero el servicio se prestaba por sujetos privados, titulares de una red privada de canalizaciones (implantada previa autorización municipal) que obtenían el derecho al uso del agua mediante concesiones estatales o procedentes de aguas privadas conforme a la legislación decimonónica. Se articula ahí una situación materialmente similar a la de un contrato de concesión de servicios (gestión de servicios públicos) pero sin

⁹ Ello ocurre en los dos supuestos analizados por la Autoridad Catalana de Competencia anteriormente citados. En el caso del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en Santa María d'Oló servicio se presta en régimen de actividad empresarial privada por una comunidad de bienes denominada "Servei d'aigües potables de Santa Maria d'Oló". En el caso del Ayuntamiento de Vidreres, respecto de unas determinadas urbanizaciones el servicio se presta por empresas privadas (Rec Madral Companyia d'Aigües, SA y Riera de Cabanyes Companyia d'Aigües, SA) que no disponen de ningún vínculo contractual con el Ayuntamiento, existiendo así un monopolio privado, en el que estas dos empresas no compiten entre sí.

¹⁰ Muñoz Machado (2018: 8).



haberse seguido su tramitación¹¹. Incluso en algunas ocasiones se otorga la correspondiente concesión sin haber asumido formalmente el municipio la titularidad del servicio. En ambos casos, la posterior decisión de declarar la competencia municipal sobre el servicio, puede acordar la municipalización del servicio en régimen de monopolio, a través del correspondiente expediente, no lleva aparejado ninguna obligación indemnizatoria por la extinción del contrato con la empresa privada que realizaba aquella prestación¹².

Este es el caso del Ayuntamiento de Ribarroja del Turia, donde da por resuelto el contrato suscrito por la Junta de Compensación de un ámbito urbanístico con la empresa Aguas de Valencia relativo a la prestación del servicio de suministro de agua potable en el Polígono Industrial, subrogándose el Ayuntamiento en el servicio. Ante la solicitud de la correspondiente indemnización, el órgano jurisdiccional afirma que si bien ha existido un consentimiento tácito del Ayuntamiento "que no debe ser confundido en modo alguno con la aceptación o reconocimiento de una concesión administrativa porque si... las formalidades y requisitos que reglamentariamente se establecen como condición de validez de la misma, obligan a la suministradora y a la Junta de Compensación, no es menos su obligatoriedad respecto a la Administración Pública, sometida igualmente a las mismas y bajo la misma pena de nulidad...(por lo que se puede) reconocer derecho alguno a indemnización respecto a un contrato que ha gozado

¹¹ ESTEVE PARDO (2017a: 316); ALEMANY GARCÍAS (2018: 108).

¹² TORNOS MAS (2016: 38).

de exclusividad durante su vigencia real superior a 22 años”¹³

Pero sí puede exigirse una indemnización si la municipalización se proyecta sobre redes de titularidad privada, como consecuencia de su necesaria expropiación¹⁴.

¿Qué puede hacer un consistorio en el cual empresas privadas prestan el servicio de agua potable al margen de una concesión formal por títulos privativos? ¿A caso, dichas empresas, no tienen una relación directa con los usuarios del servicio al aprobar las tarifas del coste del agua, o en su caso conectarse a la red viaria principal si es necesario? No podemos ignorar que en la aprobación de los precios de las tarifas, y en su cobro, se dan situaciones jurídicas que deben ser valoradas por el derecho administrativo pero, sobre todo, debe ser contemplada la actitud de pasividad de la administración concedente, respecto a una realidad fáctica con contenido normativo como es el suministro de agua potable al margen de una concesión formal y, por lo tanto, susceptible de ser regulado por el derecho positivo. Si la administración en su comportamiento de dejar hacer no ha extinguido la concesión o no la ha

¹³ Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 7 de febrero de 2017 (Recurso de Apelación núm. 405/2014; ECLI: ES: TSJCV:2017:2137).

¹⁴ Esta es la situación derivada de la municipalización del servicio de abastecimiento en el municipio de Montserrat (Valencia), donde junto a la red municipal coexistían dos redes privadas que daban servicio a distintas zonas del municipio. Vid. el Informe de 11 de enero de 2018 (7/2017) de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Generalitat Valenciana sobre sobre la municipalización de las redes privadas de abastecimiento de agua potable del municipio de Montserrat.



rescatado para licitar nuevamente la gestión, en el caso de suministro de agua potable, significa que tácitamente consiente la situación material de actividades de la propia concesionaria y, a la vez, produce confianza del empresario-concesionario que, aunque no tenga un título formal, sigue prestando el servicio con apariencia de legalidad. De todas maneras, lo que nos preocupa a nosotros en estos momentos, no es tanto la naturaleza de la concesión fáctica y su fuerza normativa, sino determinar en qué punto se puede extinguir la concesión de hecho a efecto de recuperar la gestión pública directa. La Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo ha recogido el concepto moderno de precario elaborado por la jurisprudencia civil y considera que "también configuran situaciones jurídicas de precario"¹⁵,

¹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso administrativo, Sección 4ª, de 8 de abril de 2003 (rec. 8789/1997) delibera en torno a un surtidor de carburante instalado sobre la vía pública. esta instalación sucede a otra primitiva que fue autorizada en virtud de contrato entre el Estado y el concesionario aprobado por Real Decreto Ley de 10 de enero de 1928 con arreglo al art. 17 del Real Decreto de 28 de junio de 1927. Sin embargo, por cuestiones urbanísticas este surtidor fue desmantelado y se instaló en otra ubicación al margen de cualquier título expreso. Siete décadas más tarde el ayuntamiento, al amparo del art. 120 RBEL, acuerda poner fin a la situación de precario, de manera que la Sentencia en su Fundamento Jurídico Undécimo acude a la figura del precario tolerado para confirmar la legalidad de la extinción: *"Como se desprende de los hechos admitidos por la sentencia impugnada, la estación de servicio afectada pasó a la propiedad de Campsa desde la constitución del monopolio de petróleos y durante los largos años que transcurren hasta el inicio del expediente administrativo de recuperación, transformado luego en expediente de desahucio administrativo, fue, cuando menos, tolerada por el ayuntamiento. Esta Sala ha declarado con reiteración (sentencias de 7 de mayo de 1999, 11 de diciembre de 2000, 11 de mayo de 2001 y 25 de*



las utilizaciones u ocupaciones de los bienes públicos que no apoyan en título jurídico alguno, bien porque éste nunca ha existido o bien porque el que existía se ha extinguido. De esta forma, se entiende que están en situación de precario aquellos que habiendo dispuesto de una autorización o concesión que legitimaba su utilización o aprovechamiento del dominio público, tras extinguirse dicho título, por las razones que sea, continúan utilizando, de forma ilegítima y contra la voluntad de la administración, los bienes de dominio público. A ello no obsta, en modo alguno, la continuación en el pago de la tasa o canon correspondiente". En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso administrativo, de 15 de marzo de 1990, afirma que la extinción de la realización jurídico-administrativa producida por el cumplimiento del plazo de vigencia de cinco años establecido en la autorización administrativa y la comunicación por la administración al interesado de la necesidad de demoler las obras por haber caducado el plazo de la autorización, determina que la continuación en la ocupación del dominio público no pueda considerarse más que una situación jurídica de precario sin que el hecho de haber seguido pagando el canon exigido para la utilización del dominio público, "implique una prórroga de la autorización por "Tácita

julio de 2001, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2179/1993, 7061/1993, 3485/1994 y 6324/1994) a propósito de supuestos referentes a concesiones en precario de terrenos de dominio público y, con más evidencia, cuando la ocupación del demanio se ha producido en virtud de una autorización en precario (tanto más en el presente caso, en que la autorización no expresa, sino que se infiere del transcurso del tiempo y de la falta de oposición de la administración municipal), que la administración puede declarar resuelta la concesión o autorización, aunque no se hubiesen incumplido las condiciones, siempre que se justifique que dicha resolución obedece a exigencias del interés público".



*reconducción" sólo aplicable a la figura del arrendamiento". El abono del canon no tiene otro alcance jurídico que el de impedir la producción de un enriquecimiento injusto por parte del autorizado que ha incumplido el plazo de la autorización excediéndose abusivamente en el disfrute de la misma". Hemos de señalar que en los casos en los que la concesión no exista título concesional pero se da validez a la fuerza normativa de lo fáctico, es decir, por ejemplo en los casos comentados de suministro de agua potable, en las que pese a no existir un título formal, se dan por la vía de hecho, toda una serie de condiciones de índole jurídico que hay que valorar por ser, precisamente *consentidas por la administración*, refiriéndonos específicamente a que el concesionario, a través de los actos vicarios, sin título prestacional que los ampare, pueden *cobrar tarifas a los usuarios del servicio*, y puede establecer *condiciones al régimen jurídico del servicio*, o simplemente *pueden dejar de suministrar a los particulares el agua potable*.*

3.- CONCLUSIONES

Primera.- El debate sobre la remunicipalización de servicios no puede llevarse a cabo de forma general sin atender a las diversas realidades de los diferentes servicios públicos. Por ello hay que formularse una serie de preguntas ¿De qué servicio estamos hablando? ¿Es un servicio económico? ¿Es un servicio personal? ¿Es un servicio que requiere contar con una gran intensidad de personal para su prestación? ¿Es un servicio donde hay una fuerte carga de conocimiento técnico?

Segunda.- En relación a las concesiones existentes que queramos plantearnos la reinternalización, en primer

lugar, tendremos que ver la duración de ese contrato concesional ¿Va a extinguirse, cuándo? ¿Se ha extinguido? Es muy diferente reinternalizar con la concesión ya extinguida o reinternalizar el servicio cuando la concesión todavía está vigente, como hemos analizado a lo largo del presente artículo. También hemos estudiado en el presente artículo, de manera pormenorizada, qué ocurre con las concesiones fácticas que han nacido al margen de la ley pero que funcionan como títulos privativos cuando nos queramos plantear el fenómeno de la reinternalización. En estos casos, la dificultad es todavía mayor, ya que el régimen concesional que se está prestando, ha nacido al margen de cualquier procedimiento de licitación pública.

4.- BIBLIOGRAFÍA

Alemany Garcías, J. *La recuperación de los servicios públicos locales*. Ed. Thomson-Reuters-Civitas, Navarra 2018.

Esteve Pardo, J. *El movimiento remunicipalizador. Experiencia y expectativas*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. Iustel, 2017.

Marcou, G. "La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos", en Ruiz Ojeda y Goh, J. (dirs.), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Civitas, Madrid 2000.

Mestre Delgado, J. F., *La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Nº. 74, 2018



Muñoz Machado, S. *La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites al principio de neutralidad*, en Pérez moreno, A. (coord.): Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, volumen II, Ed. Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid 1994.

Pimentel Siles, M. (2017), Prólogo al libro colectivo El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías, Feijóo Rey-Pimentel siles (eds.). Ed. Almuzara, 2017.

Torno Mas, J. - *La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*. En Cuadernos de Derecho Local (QDL), Madrid 2017.

- *Estudio sobre la remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*. Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. Monográfico, 2017.