

COMPETENCIAS, SERVICIOS PÚBLICOS Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS MUNICIPIOS (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)

Julia Ortega Bernardo
Profesora contratada doctora de la Universidad Autónoma de Madrid (España).

Con estas páginas he tratado de avanzar en el estudio y análisis de las competencias de los Municipios españoles, en un intento de clarificar las distintas actividades que estos Entes locales ejercen o podrían ejercer de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Para ello he intentado esbozar una clasificación aplicable a las actividades de competencia municipal. Esta propuesta de clasificación de los distintos tipos de competencias locales no tiene otro interés que proporcionar un marco conceptual que permita identificar, atendiendo a la realidad en el momento actual, la existencia en su caso de diversos regímenes jurídicos vinculados a cada tipo de actividad local.

No es ésta una materia en la que se haya detenido con excesiva frecuencia la doctrina española¹. Bien porque se ha considerado como un ámbito carente en sí mismo de especial relevancia, bien porque el análisis se ha venido realizando desde otros puntos de vista, desde la perspectiva de los controles que sobre ellas se ejercen, o de sus relaciones con las demás organizaciones jurídico-públicas de carácter territorial, o desde una perspectiva sectorial. En la actualidad, cuando se elevan nuevas propuestas para definir el régimen básico de las competencias locales, no está de más reflexionar de nuevo sobre el sistema aún vigente intentando destacar sus potencialidades, y analizar los presupuestos para su ejercicio.

¹ A excepción de obras, ya clásicas, como las de Mir I Bagó, J., *El sistema español de competencias locales*, Madrid, Marcial Pons, 1991; Ortega Álvarez, L., *El régimen constitucional de competencias locales*, Madrid, INAP, 1988; Parejo Alfonso, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, IEAL, 1981; y trabajos como los de De la Cuétara Martínez, J. M., “Funciones, servicios y prestaciones de las entidades locales”, en *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, Madrid, MAP, 1991, pp. 37 y ss.; Entrena Cuesta, R., “Las competencias de las Entidades locales”, en *Organización territorial del Estado (Administración local)*, vol I, Madrid, IEF, 1985, pp. 104 y ss.; Carro Martínez, A., “Las competencias locales”, *Problemas políticos de la vida local*, t. XIV, Madrid, 1974; Sánchez Díaz, J. L., “Competencia y autonomía municipal”, *REVL*, No. 205, 1980, pp. 87 y ss.; Ortega Álvarez, L., “Los principios constitucionales sobre el régimen local y su aplicación a las competencias locales”, *RAP*, No.117, 1988, pp. 177 y ss. Y “Las competencias propias de las Corporaciones locales”, en *Tratado de Derecho municipal*, Muñoz Machado, S., (dior.), t. I, Madrid, Civitas, 1988. Más recientemente Font I Llovet, T., “Las competencias locales”, en *Informe sobre el Gobierno local*, Madrid, MAP, 1992, pp. 79 y ss.; Fernández-Figueroa Guerrero, F., “Las competencias locales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, XXIX, 1995, pp. 151 y ss, y Ortega Álvarez, L., “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, *JA*, No. Extraordinario, 2000, sobre La reforma del régimen local, pp. 34 y ss.; Morell Ocaña, L., “Los servicios de una Administración cercana”, *REALA*, Nos. 292-293, 2003, pp. 45 y ss.

En cualquier caso, referirse a las competencias locales significa en gran medida, tanto ayer como hoy, hablar de los servicios públicos locales, que han constituido el núcleo central de las competencias municipales, y que son la razón de ser, desde la perspectiva social, del Municipio mismo.

Por ello, antes de introducirme en el ámbito local, me parece obligado, aunque sea de forma sintética, aludir a las distintas concepciones aún existentes sobre la noción de “servicio público”.

A. Distintos conceptos de servicio público en el derecho español y en la doctrina

Por ello, sin pretender abordar con toda la extensión que merecería esta cuestión las numerosas reflexiones y el debate doctrinal sobre los límites y alcance de los conceptos de competencia local y servicio público, sí me interesa, a efectos de este trabajo, precisar la trascendencia jurídica que reviste la calificación legal como “servicio público” de la actividad de las Administraciones locales, porque esta cuestión lejos de ser un debate cerrado, no deja de plantear preguntas y problemas en la actualidad, en la medida que preguntarse por el significado, en términos jurídicos, del servicio público, no es más que un intento de aclarar el alcance y el régimen de la actividad municipal.

Como es sabido se han atribuido múltiples significados a la expresión servicio público. Se dice que del servicio público hay tantas definiciones como autores, -e incluso como legisladores-, lo que unido a que ha servido para legitimar cualquier actuación estatal, ha llevado a una pérdida de su utilidad y al consiguiente intento de sustitución por nociones que se presumen más precisas y actuales (actividad de prestación, servicio universal, servicios de interés general, etcétera).

En síntesis, normalmente se han llegado a barajar, fundamentalmente por la doctrina, tres conceptos de servicio público²:

1. Servicio público: actividad que sirve al interés público

En primer lugar se emplearía este término en sentido muy amplio como toda actividad que sirve al interés público, que satisface una necesidad general, sea llevada a cabo por particulares, ya sea realizada por cualquiera de las Administraciones públicas. Este concepto tan extenso del servicio público, con el que se designa el conjunto de la actividad administrativa, es, en realidad, un término

² En la exposición, que aquí realizó, empieza con el concepto más amplio e impreciso al más concreto o estricto, el primero abarca al segundo y éste comprende al tercero, a modo de círculos concéntricos.

que carece de valor jurídico -hace tiempo que se denuncia su permanente crisis³-, pues al mismo no se vincula ninguna consecuencia jurídica salvo que el Estado de alguna manera no se abstenga en intervenir⁴. Esta expresión tan general de “servicio público”-que en nuestro Derecho positivo se encuentra plasmada en el art. 106.2 CE, que consagra la garantía patrimonial de la Administración frente a los daños que los particulares sufran en sus bienes y derechos- ha servido, no obstante, de fundamento para la actividad estatal, ha legitimado la intervención del Estado, bien para regular y controlar el ejercicio de una actividad realizada por particulares, bien para que él mismo garantizara su efectividad, asumiendo su ejercicio⁵.

A este mismo nivel totalmente general, aunque añade algún elemento de mayor precisión, se encuentra la noción alemana de “asistencia vital” (*Daseinvorsorge*), con la que Forsthoff⁶ abarcó la actuación pública y privada de las Administraciones públicas, incluso la desarrollada por particulares, siempre que con ella se persiguiera la satisfacción de necesidades esenciales para la colectividad. Ya no se trataría de cualquier actividad de interés público, sino exclusivamente de aquellas que resultaran indispensables para la vida, para su desenvolvimiento individual y social en las actuales sociedades modernas.

2. Servicio público: actividad prestacional responsabilidad de la Administración

³ Así en, Fernández, T-R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, No. 150, 1999, pp. 57 y ss. Anteriormente Martín Rebollo, L., “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos, funcionalidad técnica”, *RAP*, No. 100, vol. III, 1983 pp. 2471 y ss.

⁴ Garrido Falla, F., “El concepto de servicio público en Derecho español”, *RAP*, No. 135, 1994, pp. 7 y ss. Se refiere al concepto de servicio público que emplea la doctrina francesa a comienzos del siglo XX (Duguit, y ocasionalmente Hauriou), y que se identifica con la finalidad misma de toda actuación administrativa.

⁵ Malaret García, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP*, No. 145, 1998, pp. 55. La doctrina española se ha referido a este concepto extenso de servicio público como concepción objetiva material o funcional del servicio público, en el que se han incluido, además de los servicios de titularidad pública, las actividades privadas “reglamentadas” de interés público. Esta concepción en Martín Rebollo, L., “De nuevo sobre el servicio público”, *RAP*, Nos. 100-102, Ariño Ortiz, G., *Nuevo concepto de servicio público*, Madrid, 1997. También en Bassols Coma, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 189, quien sostiene que «la declaración de servicio público económico cubre distintas hipótesis que van desde los supuestos extremos de servicios exclusivamente integrados en la Administración hasta los que combinan la idea de integración administrativa con la coexistencia de actividades simplemente reglamentadas».

⁶ Forsthoff, E., *Tratado de Derecho administrativo*, Munich, 1973, pp. 475 y ss.

Frente a estas nociones genéricas, habría un concepto más restringido de servicio público, que identificaría esta actividad con la actuación prestacional de la Administración, que lleva aparejada determinadas consecuencias jurídicas. Entre otras cosas se caracterizaría por el hecho de utilizar -a diferencia de la actividad empresarial de la Administración caracterizada por el uso de formas jurídico-privadas- un régimen jurídico-público aunque pueda hacerse uso de formas jurídico-privadas en su gestión material.

En este concepto más concreto y técnico de servicio público, utilizado por la legislación administrativa para designar la actividad prestacional asumida como propia por las Administraciones públicas, no se integra la actividad realizada por los particulares autorizados por la Administración (Guaita)⁷. Asimismo es *communis opinio* que este tipo de actividad administrativa se caracteriza por las notas de universalidad e igualdad, junto con las de continuidad y regularidad⁸. Este concepto más restringido de servicio público también se encuentra actualmente recogido en el Derecho positivo. La legislación administrativa, aunque no lo defina, presupone su existencia al enumerar sus elementos con la finalidad de delimitar el ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos (art. 156 TRLCAP)⁹. Conforme a este precepto, para que exista actividad de servicio público es necesario que a la Administración se le haya asignado previamente en la norma la correspondiente competencia de carácter prestacional sobre la materia o actividad de que se trate¹⁰. Específicamente se exige que se declare de modo expreso que la actividad en cuestión queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma. A esta exigencia de previsión normativa se suman otra serie de notas

⁷ Guaita A., *Derecho administrativo especial*, t. I, Zaragoza, 1969, pp. 67 y ss. En palabras de López Pellicer, J. A., “Servicio público municipal y actividades particulares de interés público”. *REVL*, No. 178, 1973, pp. 295: «No cabe, pues, confusión entre servicio público *strictu sensu* y esta clase de actividades o servicios que han de someterse a una autorización administrativa que presupone una reglamentación específica; actuaciones administrativas, por vía reglamentaria y singular, a través de las cuales el servicio y sus beneficiarios quedan sujetos a una situación semejante o análoga a la del servicio público propiamente dicho (tarificación, condiciones técnicas necesarias, garantías del interés público que satisfacen, etcétera), aunque se diferencia del servicio público *strictu sensu*, en que en éste la Administración pública asume la titularidad o competencia sobre el servicio en virtud de una norma legal autorizante».

⁸ Así es, entre otros, para López Pellicer, J. A., “Servicio público municipal y...”, op. cit., pp. 266. Malaret García, E., “Servicios públicos, funciones públicas...”, op. cit., p. 59.

⁹ Parada Vázquez, R., *Derecho administrativo I*, parte general, 11ª ed. Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 486, Bermejo Vera, J., *Derecho administrativo*, parte especial, Madrid, Civitas, 1998, pp. 61-62. Este último considera que lo importante es que la titularidad de esa actividad recaiga en una Administración pública (dimensión subjetiva) y que la actividad se preste bajo un régimen jurídico exorbitante (dimensión objetiva).

¹⁰ Para López Pellicer, J. A., “Servicio público municipal y...”, op. cit., p. 269, esto constituye cabalmente el elemento y el dato inicial que indicará que nos encontramos en presencia de una actividad jurídicamente configurada como servicio público.

características, unas de carácter material, como que se trate de una actividad con un contenido económico que la haga susceptible de explotación por empresarios particulares, y otras, estrictamente jurídicas, que la actividad en sí misma no implique ejercicio de poderes soberanos, y que sobre ella se haya establecido un régimen jurídico básico que se considera “exorbitante”¹¹.

Estas notas servirían además para distinguir la actividad administrativa de “servicio público”, de lo que es función soberana -que se identifica con el ejercicio de poder público-, y de la actividad meramente económica de la Administración -para la que no hay necesidad de una previsión precisa, bastando una atribución competencial genérica, -pues el art. 128.2 CE reconoce la iniciativa en la actividad económica a las distintas organizaciones jurídico-públicas, se entiende que en sus respectivos ámbitos competenciales-; y en la que no se dispone de un régimen jurídico exorbitante que otorgue poderes a la Administración más allá de las que tiene cualquier particular que actúa económicamente en el mercado¹².

Pero tampoco parece existir unanimidad en configurar el régimen jurídico aplicable a la actividad de “servicio público”. Así, y aunque mayoritariamente se afirma que sobre la actividad de servicio público a la Administración le corresponde un poder de organización y dirección - en este sentido, MALARET¹³ afirma que “son los poderes públicos quienes tienen el poder de organización, incluso en aquellos casos en los que se toma la decisión de no asumir, en adelante, directamente la gestión. La noción de poder de organización permite considerar una heterogeneidad de decisiones: creación del servicio público, determinación de las reglas de base de su funcionamiento, supresión...”-y el ejercicio de la potestad reglamentaria. Para otros autores las consecuencias jurídicas de calificar una actividad como servicio público son también visibles en el ámbito de la contratación -utilización de contratos administrativos-, de la naturaleza jurídica de los bienes -se tratará de bienes demaniales¹⁴-, e incluso del sistema de responsabilidad de la Administración.

¹¹ A estas notas características de este segundo concepto de “servicio público” al que se hace referencia a lo largo del texto se refieren Parada Vázquez, R., op. cit., y Casagne, J. C., “El surgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado”, *RAP*, No. 140, 1996, pp. 95 y ss.

¹² Sobre los criterios diferenciadores entre la actividad de servicio público y la función pública, y aquella y la actividad de “gestión económica”, puede consultarse a De la Cuadra Salcedo, T., *Corporaciones locales y actividad económica*, Madrid, Diputación de Barcelona, Universidad Carlos III, Marcial Pons, 1999, también a Ariño Ortiz, G., op. cit., pp. 491-495. Ofrece otros distintos Garrido Falla, F., op. cit., pp. 11-22.

¹³ Malaret García, E., “Servicios públicos, funciones públicas...”, op. cit., pp. 60.

¹⁴ Esto resulta criticable, debido a que el dualismo bienes de dominio público -fines públicos, competencias y servicios públicos y bienes patrimoniales- actividad privada o patrimonial, ánimo de lucro en la actividad de la Administración -se ha quebrado desde hace tiempo en el Derecho positivo vigente, como puso de manifiesto el TC en la STC 166/1998 (F.j. 11). En esta sentencia,

Para otros autores (Parada) uno de los efectos más significativos radica en que el precio que se recibe como contraprestación de la actividad de servicio público tiene una indudable naturaleza pública, conceptuándose como una tasa, o bien constituyéndose como un precio público o privado, pero intervenido a través de la potestad tarifaria de la Administración¹⁵.

3. Servicio público: actividad reservada a la Administración

Por último, en su acepción más estricta, servicio público equivaldría únicamente a actividad reservada a la Administración pública o actividad prestada en exclusiva por la Administración, que puede contratar su gestión con los particulares mediante la correspondiente concesión. Para un sector doctrinal (García de Enterría¹⁶, García Trevijano¹⁷, Villar Palasí¹⁸) la reserva ha venido siendo una nota esencial y definitoria del servicio público¹⁹. No obstante, hay autores que discrepan de esta noción, y que consideran que cabe servicio público sin reserva, en concurrencia con la actividad de los privados²⁰.

aludiendo al carácter mítico de la distinción entre bienes demaniales y bienes patrimoniales de la Administración, se relativiza este dualismo, teniendo en cuenta fenómenos como la afectación material de bienes de naturaleza patrimonial a finalidades de interés general (ejem: patrimonios municipales del suelo), o la aparición de importantes patrimonios separados al servicio de fines públicos concretos.

¹⁵ Esto último en Parada Vázquez, R., op. cit., p. 483.

¹⁶ García de Enterría, E., "La actividad industrial y mercantil de los Municipios", *RAP*, No. 17, 1955, pp. 116-117.

¹⁷ García Trevijano, J. A., *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, 3ª. ed., 1973, pp. 20 y ss.

¹⁸ Villar Palasí, J. L., "La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo", *RAP*, No. 3, 1950, pp. 63, quien llama a este poder de exclusión de la iniciativa privada, "exclusividad regalista".

¹⁹ Junto a los autores citados en el texto, identifican servicio público con actividad reservada, Martín Retortillo, S., "La actuación de las Corporaciones locales (Acotaciones al Proyecto de Ley de regulación de las bases de Régimen local)", en *Organización territorial del Estado (Administración local)*, Madrid, Dirección general de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1985, pp. 2009. Del mismo autor, *Derecho administrativo económico*, t. I, Madrid, La Ley, 1988, pp. 253. En la misma línea se encuentran Ortega Álvarez, L., "Las competencias propias de las Corporaciones Locales" en *Tratado de Derecho municipal*, S. Muñoz Machado (dtor.), t. I, Madrid, Civitas, 1988, pp. 204; y Lliset Borrel, F., *La actividad empresarial de los Entes locales*, Madrid, Abella, 1990, pp. 21.

²⁰ Guaita, A., *Derecho administrativo especial*, op. cit., p. 72, De la Cuétara Martínez, J. M., "Funciones, servicios y prestaciones de las entidades locales", en *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, Madrid, MAP, 1991. Garrido Falla, F., op. cit., p. 23. Junto a ellos Salas Hernández, J., "La provincialización de servicios (Iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)", en *La provincia en el sistema constitucional*, (Gómez Ferrer Morant, R., dtor.), 1991, p. 203.

4. Últimas revisiones del concepto de servicio público: servicios universales, servicios económicos de interés general

En las últimas décadas el servicio público tradicional ha sido objeto de una profunda transformación debido al proceso de liberalización emprendido por la Unión Europea, a instancias de la Comisión, con base en las competencias sobre mercado interior y regulación de la competencia. Los países que, como España, se regían por un concepto de servicio público tradicional, como sinónimo de reserva de titularidad de la competencia, es decir, de exclusiva prestación por parte del Estado o por sus concesionarios, se plantean la utilización de otros conceptos más ajustados a la realidad social que se trata ahora de regular. Se habla de “obligaciones de servicio público”²¹ como determinados deberes que se imponen a los particulares, prestadores de estos servicios esenciales (gas, transportes, telecomunicaciones, energía eléctrica, servicios postales), por medio de los cuales se establece y garantiza un régimen especial de “accesibilidad universal, igualdad, calidad, regularidad o ciertas mejoras en los precios”, que permiten modular las condiciones de prestación de los servicios que se ofrecen, que de otra forma se prestarían ateniéndose exclusivamente a los intereses mercantiles de las empresas que operan en los diferentes sectores, conforme a las reglas de la competencia y el mercado.

De este modo, en la actualidad los autores tienden hacia una revisión del concepto de servicio público a fin de que sirva para explicar los nuevos fenómenos que tienen lugar en la sociedad relacionados con la prestación de los servicios esenciales que han de recibir todos los ciudadanos (servicios universales)²² y cuya efectiva ejecución ha dejado de ser tarea de responsabilidad de las

²¹ Este término “obligaciones de servicio público” ha sido definido por la Comisión en el “Libro Blanco sobre los servicios de interés general”, (COM(2004) 374), de 12 de mayo de 2004, Anexo I (punto 42): «Alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía». Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria. Así por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos: La Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres permite en su art. 20 a la Administración imponer “obligaciones de servicio público” a las empresas titulares de servicios regulares de viajeros. También la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, en su título III establece las obligaciones de servicio público que se imponen en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Asimismo la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, establece en su título II las obligaciones de servicio público en este sector.

²² Sobre estos “servicios universales”. *Vid.*, entre otros, Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho público económico*, Granada, Comares, 1999, pp. 549 y ss., Fernández, T-R., “Del servicio público a la...”, *op. cit.*, pp. 60 y ss., Gallego Anabitarte, A., “El sector

organizaciones jurídico-públicas para pasar a ser realizada por empresas privadas controladas por el Estado. Varía el papel del Estado y de las Administraciones públicas, también de las locales, que pasan de ser prestadoras de servicios a asumir una función de regulación y garantía de la existencia y calidad de los mismos (*Gewährleistungsstaat*). Ahora en muchos casos a las organizaciones jurídico-públicas simplemente les incumbe garantizar la competencia en aquellos sectores en los que el servicio puede ser prestado *prima facie* conforme al libre mercado pero con sometimiento a las reglas de la competencia, y respeto a ciertas condiciones que permiten asegurar la situación y los derechos de los usuarios en cuanto al acceso universal, calidad y precio del servicio. Se habla entonces de los “servicios de interés económico general”, concepto importado del Derecho europeo (art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea)²³. Se constata así que, al menos, a nivel estatal, no resulta significativa ya la categoría de servicio público vinculada en última instancia a una noción orgánica y subjetiva de Administración. El término servicio público pasa a ser sustituido o, al menos, a interpretarse de modo equivalente al de “servicios económicos de interés general”, concepto mucho más amplio que, a mi juicio, en realidad, no supone mucho más que un regreso a la primera acepción de servicio público a la que se aludía en un principio (*supra* epígrafe A.1), a la que ahora se añade el calificativo de “económico”, pues lo que está en juego es su apertura al mercado, aunque «ya no al puro y duro mercado libre»²⁴.

B. Consideraciones sobre el servicio público local en la legislación de régimen local y en la jurisprudencia

del gas en la ley de hidrocarburos de 1998. Algunas notas (Libertad de empresa y responsabilidad del Estado. Autorizaciones. Período transitorio y fase final. Dificultades de la actividad comercializadora)”, *REDETI*, No. 8, 2000, pp. 11 y ss.

²³ Moral Soriano, L., “El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general”, *REDE*, No. 12, 2004, pp. 550, afirma que junto a los valores tradicionales de los Servicios de Interés Económico General (SIEG) –accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad y calidad– elaborados tanto por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como por la Comisión, el Parlamento Europeo incluye otros nuevos (en una de sus resoluciones, concretamente de 13 de marzo de 1996), los de transparencia y participación, que son típicos de la estrecha vinculación de los SIEG a los ciudadanos y no simplemente a los consumidores.

²⁴ Emplea estos términos Gallego Anabitarte, A., “El sector del gas en la ley de hidrocarburos de 1998. Algunas notas (Libertad de empresa y responsabilidad del Estado. Autorizaciones. Período transitorio y fase final. Dificultades de la actividad comercializadora)”, *REDETI*, No. 8, 2000, p. 16. En p. 15 refiere la transformación de régimen jurídico que se realiza en el Derecho positivo para este sector económico. Del concepto de “servicio público”, con el que se califica las actividades de suministro de combustibles gaseosos por canalización, su conducción, producción y distribución se ha pasado al de “actividades de *interés económico general*”.

1. El servicio público en la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las bases de régimen local y su interpretación jurisprudencial

La ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, (en adelante LRBRL) en cuanto norma institucional de la Administración local que desarrolla el marco establecido por la Constitución sobre el régimen local²⁵, como ella misma indica en su preámbulo, rebasa «*lo puramente organizativo y de funcionamiento*» para «*penetrar en el campo de las competencias y reglas de la actividad pública*».

En este sentido, y como no podía ser de otra forma, la legislación de régimen local parte de lo anticuado de considerar que existe un ámbito material de competencias que pudieran ser consideradas “por naturaleza” locales, pero, al mismo tiempo, considera que la atribución legal de competencias a los entes locales, o su intervención, sin necesidad de habilitación legal, en una materia determinada, está basada por la presencia en la materia en cuestión de un interés local. En relación con este aspecto la ley dispone literalmente (art. 25.1): «*El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*».

En esta Ley, se manejan pues inicialmente dos conceptos, por una parte *actividades (locales)*, y por otra parte *servicios públicos (locales)*. Asimismo la LRBRL garantiza que los Municipios españoles realizarán actividades y servicios públicos en una serie de materias enumeradas en el art. 25.2, que «*en todo caso se ejercerán en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas*».

Como es sabido, esta misma ley impone obligatoriamente a los Municipios, en el art. 26 LRBRL, ejercer por sí o asociados, la prestación de ciertos servicios públicos, con asistencia, si es necesario, de las Diputaciones provinciales, a excepción de que queden dispensados de su prestación por la Comunidad Autónoma, si así lo solicitan, cuando por sus características, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Municipio. Y, finalmente la ley declara la reserva a favor de las Entidades locales de ciertas actividades y servicios que

²⁵ Al fundamento constitucional (arts. 137, 140, 141 y 142 CE) de la asignación al Municipio de un núcleo de competencias, es decir, a la atribución de competencias como contenido de la autonomía local, a los límites al legislador en la supresión y modificación de las competencias locales que impone la garantía constitucional de la autonomía local y a la función que las distintas leyes, – estatales y autonómicas, generales y sectoriales-, cumplen en la conformación de dichas competencias no me voy a referir en este trabajo. Me remito a las reflexiones que sobre estas cuestiones realicé en *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 165-193, y a los autores españoles y alemanes que entonces cité.

considera esenciales (art. 86.3 LRBRL), con lo que se permite prohibir que estas actividades sean prestadas por particulares. Esta lista de servicios públicos declarados por ley como reservados (recogida y tratamiento de residuos, abastecimiento y depuración de aguas, suministro de calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales, transporte público de viajeros), puede extenderse a otros, siempre que se apruebe una ley –se trata de una forma exigida por la propia Constitución, es una materia sometida a reserva de ley por el art.128.2 CE-, ya sea una ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, dependiendo del ámbito competencial de que se trate.

La enumeración de servicios públicos obligatorios que realiza la LRBRL (art. 26) entre los que se encuentra el alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, pavimentación, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos, prestación de servicios sociales, transporte colectivo urbano de viajeros, etc...pone de manifiesto que la implantación de servicios públicos en el ámbito local hunde sus raíces en las exigencias propias del Estado social y persigue la consecución de un claro fin de interés general, que es, en concordancia con el art. 10 de la Constitución, el de garantizar de modo efectivo al ciudadano una existencia vital adecuada, que permita su desarrollo como persona.

Por ello, lo que caracteriza a este tipo de servicios, al margen de la presencia de la Administración, que lo gestionará directa o indirectamente, es que haya de ser prestado al público con las notas de regularidad y continuidad a fin de garantizar su obligada recepción, como recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo la sentencia de 16 de Mayo 1997 (Ar. 4371), que relaciona la prestación de los servicios públicos locales de carácter obligatorio con el derecho reconocido en la ley (art. 18.1.g) LRBRL), de todo vecino a exigir su efectiva ejecución²⁶.

En el ámbito local podría parecer, *prima facie*, que se ha venido dando también cabida a una noción muy amplia de servicio público que se identificaría con competencia local, en sintonía con el artículo 85.1 LRBRL, que consideraba servicios públicos a «*cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales*» (la versión actual de este precepto es distinta, se ha modificado a efectos, supongo, de corregir esta identificación, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, conforme a la cual «*son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias*»). No obstante existen pronunciamientos, dentro de la

²⁶ La formulación en el art. 18.1.g) LRBRL como un derecho subjetivo de todo vecino de la posibilidad de exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio, permitió que en el ámbito local pudiera impugnarse la inactividad de la Administración, lo que, como es sabido no fue posible con carácter general frente a cualquier Administración hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 25.2 y 29).

jurisprudencia del TS –así la sentencia de 18 de octubre de 1994 (Ar. 7538), siguiendo a la de 24 octubre 1989 (Ar. 8390)-, que se adscriben a una noción estricta de servicio público, considerándolo «*como una actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua*».

Con esta definición jurisprudencial se aportan ciertas notas tradicionales de este concepto, predicables del servicio público en su sentido más restringido, ordinariamente utilizado a nivel estatal en el que aparecía íntimamente vinculado a la idea de exclusión del mercado y reserva de la actividad, junto a la referida exigencia de Ley formal. Cualquier servicio público local de los enumerados en el art. 26 LRBRL resultaría ser, conforme a la citada jurisprudencia, una actividad de prestación de titularidad local reconocida por la Ley y que comportaría un derecho que excluye su prestación por particulares.

Me pregunto si esta corriente jurisprudencial resulta congruente con el movimiento liberalizador y privatizador al que hemos asistido en Europa, y que, ha traído consigo la reducción de la actividad económica estatal. Parece que no. A no ser que sostengamos que este movimiento liberalizador no resulta tan claro en el ámbito local y que a este nivel está justificado seguir hablando de servicio público como actividad reservada a los Ayuntamientos²⁷.

En relación con esta cuestión la jurisprudencia es, sin embargo, oscilante. Las dificultades en su definición, a las que he aludido antes desde una perspectiva general, se perciben también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la noción de servicio público local. En este sentido, encontramos sentencias, que contradicen la corriente antes referida. Así, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1997 (Ar. 4065), afirma que este concepto de servicio público como *servicio público reservado* no puede ser completamente extrapolado a la esfera local, por cuanto en este ámbito se atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente Ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de los particulares.

²⁷ En el primer borrador del Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España, Art. 2, apartado segundo, de la Orden APU/2648/2004, de 27 de julio (BOE de 4 de agosto), se sostiene al respecto que este proceso liberalizador comporta una reducción de la actividad local de prestación de servicios, y por tanto, una disminución global de las competencias locales, que puede compensarse, -y esto es lo que este borrador en este marco de la segunda descentralización propone-, por medio de una nueva y más potente atribución a las Administraciones locales de funciones reguladoras y de control y supervisión sobre las actividades económicas y prestacionales de los particulares.

Para esta segunda corriente jurisprudencial los servicios locales están únicamente caracterizados por la declaración formal, la naturaleza prestacional, y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local. De esta manera, pueden considerarse servicios públicos locales también aquellas actividades que presten los Entes locales sin necesidad de que se hayan reservado o sean inmediatamente susceptibles de serlo. Desde esta perspectiva, por ejemplo, el abastecimiento de aguas como servicio público ejercido como atribución propia de la Entidad local es una competencia específica y cualificada que han de realizar todos los Municipios que no comporta necesariamente la existencia de un monopolio -en el sentido de actividad reservada²⁸-, de la que se excluya la concurrencia de los particulares.

Esta última interpretación es la que parece resultar conforme al Derecho positivo²⁹. De la LRBRL se deriva literalmente que no todas las actividades económicas de los Municipios enumeradas en el art. 25 LRBRL (abastos, mataderos, ferias, mercados, suministro de agua y alumbrado público, recogida y tratamiento de residuos, transporte público de viajeros, y servicios funerarios), ni siquiera los considerados como servicios públicos y enumerados como tales por el art. 26 LRBRL han sido declarados como servicios reservados a favor de la Administración³⁰.

²⁸ En este ámbito existen dos acepciones distintas del término "monopolio". Por un lado, monopolio como actividad que se ejerce en exclusiva por la Administración y en la que está prohibida la entrada de particulares salvo concesión. En este sentido se utiliza por la legislación de régimen local autonómica («los servicios esenciales que fuesen reservados por ley a las entidades locales podrán prestarse en régimen de libre concurrencia o en régimen de monopolio» -art. 228 de la ley catalana 8/1987, de 15 de abril, de Régimen local, art. 208 de la ley gallega 5/1997, de 22 de julio, de la Administración local, y art. 204.2 de la ley aragonesa 7/1999, de 9 de abril, de la Administración local-). Y, por otro, monopolio como actividad reservada ejercida por la Administración directamente o por un sólo concesionario de la Administración, que se distinguiría de la actividad reservada «ejercida en competencia por varios concesionarios de la Administración». Esta última noción de "monopolio" en Gallego Anabitarte, A., y otros, *Derecho de aguas en España*, Madrid, MOPU, 1986, p. 404.

²⁹ De Fernández González, F. J., *La intervención del Municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Madrid, Ayuntamiento de Gijón-Civitas, 1995, pp. 159. De esta misma opinión son quienes han abordado esta cuestión desde la perspectiva de los residuos urbanos Lliset Borrel, F., *Derecho local especial*, t. I, Madrid, *El consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, 1997, pp. 373; Alenza García, J. F., *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español*, Madrid, MAP, 1997, pp. 93.

³⁰ Ballesteros Fernández, A., *Manual de Derecho local*, 4ª. ed., Granada, Comares, 1998, pp. 252, va más allá de lo que se sostiene supra en el texto, pues mantiene que no todos los "servicios obligatorios" son siempre servicios públicos, sino ámbitos competenciales, sujetos a la delimitación o concreción de la legislación sectorial, y que podrán desarrollarse mediante "intervención administrativa" en la actividad de los ciudadanos (art. 84.1 LRBRL) sin necesidad, en todos los casos, de prestación de servicios a los usuarios. Así, ocurre, por ejemplo con el control de alimentos y bebidas y la protección del medio ambiente.

La reserva es un plus que se añade a ciertos servicios locales por obra del artículo 86.3 de la ley básica de régimen local. Sólo ha sido declarada la reserva sobre una cierta parte de los mismos (abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios). Y además en la actualidad se ha suprimido en relación con el suministro de gas por la Ley 38/1998, de 7 de octubre, de hidrocarburos (disposición derogatoria única)³¹, y con respecto a los servicios mortuorios por medio de la Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que los liberalizó a partir de enero de 1997³².

De este modo los servicios enunciados en el art. 86.3, revisten por su "esencialidad" de una característica adicional: que la entidad local puede excluir la posible concurrencia de particulares de esta concreta actividad³³.

En conclusión, puede decirse que en el ámbito local han venido existiendo tradicionalmente servicios públicos que se prestan en concurrencia con la iniciativa privada. Esto es propio y específico del ámbito de los servicios públicos locales y distinto de lo que venía ocurriendo en el ámbito estatal.

³¹ Esta declaración de liberalización se entiende en el sentido de que dicha actividad se somete a la libre concurrencia en el mercado, excluyéndose pues la gestión exclusiva por los Municipios. Un estudio de la nueva situación jurídica tras la aprobación de esta norma con respecto al suministro del gas en Gallego Anabitarte, A., Rodríguez de Santiago, J. M., "La nueva regulación del mercado del gas natural", *RAP*, No. 148, (1999), pp. 42 y ss. Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho económico*, Granada, Comares, 1999 pp. 634-652. Y en Gallego Anabitarte, A., "El sector del gas en la ley de hidrocarburos de 1998. Algunas notas...", op. cit., pp. 11 y ss.

³² En el art. 22 del Decreto-Ley se dice expresamente que la liberalización no excluye el sometimiento de los servicios funerarios a la autorización municipal, que tendrá carácter reglado, con lo cual hay que deducir que con anterioridad al Decreto-Ley este servicio se prestaba exclusivamente por el Ayuntamiento o por un particular, por ejemplo tras una concesión no estrictamente reglada, y no por una autorización industrial reglada, como es el caso tras la liberalización. Un análisis del régimen jurídico que se establece a partir de esta norma en García de Coca, J. A., *Liberalización de la actividad funeraria*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, concretamente en pp. 134-142.

³³ No obstante, tampoco esto es siempre así. En ocasiones, es la propia legislación sectorial la que utiliza el término "servicio público" en su sentido más restringido, como sinónimo de actividad reservada a la Administración local, de *publicatio* en el sentido del art. 128 CE. Así sucede con los art. 12.3 y 4.3 de la ley 10/1998, estatal, de residuos, a cuyo análisis dediqué bastantes páginas en *Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

2. Servicios públicos y reserva o exclusión de la iniciativa privada. Diversas interpretaciones de la reserva del art. 86.3 LRBRL

Así para saber si cuando se habla de una actividad de servicio público se trata una actividad reservada, esto es, de una competencia que se ha de ejercer en exclusiva por parte de las Administraciones públicas sin que sea posible su prestación por particulares salvo concesión, hay que acudir, en primer lugar, al art. 86.3 LRBRL. No obstante la interpretación del art. 86.3 ha sido objeto de numerosas discrepancias³⁴. Siguiendo la postura mantenida por el profesor Díaz Lema³⁵, entiendo que la reserva efectuada en el mismo significa que el legislador estatal de régimen local ha declarado que estas actividades "pueden" ser asumidas en exclusiva por las Administraciones locales. De este modo la reserva significa que los Entes locales "pueden excluir" la intervención de los particulares en la prestación de este servicio salvo que la propia Administración se la otorgue en virtud de concesión. Todo ello desde el entendimiento de que la declaración de reserva establecida por el art. 86.3 no tiene un efecto jurídico inmediato, sino que implica un proceso escalonado en dos momentos sucesivos. En primer lugar, la Ley define un ámbito o campo de actividades y servicios dentro del cual es lícito a las entidades locales efectuar dichas reservas. A continuación corresponde a las propias entidades locales implantar efectivamente la reserva o monopolio local, siempre que así lo deseen y cuenten con la autorización de la respectiva Comunidad Autónoma³⁶.

³⁴ Para gran parte de la doctrina española, la declaración de reserva contenida en el art. 86.3 LRBRL no añade nada nuevo a las actividades conceptuadas como servicio público en el art. 26 de la LRBRL. «En definitiva, para una parte significativa de la doctrina española la inclusión entre las actividades reservadas en el art. 86.3 de un buen número de servicios mínimos (obligatorios) es innecesaria. Es suficiente la declaración legal de su naturaleza de competencias locales (servicios públicos locales)». Díaz Lema, J. M., *Los monopolios locales*, Madrid, Montecorvo, 1994, pp. 58. Para otros autores este precepto aunque aparentemente concreta el art. 128 de la Constitución, en realidad lo desvirtúa y contradice. Salas Hernández, J., "La provincialización de servicios (Iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)", en *La provincia en el Sistema Consitucional*, (Gómez Ferrer Morant, R., dtor.), 1991, pp. 208.

³⁵ Díaz Lema, J. M., *Los monopolios...*, op. cit.

³⁶ Totalmente opuesta es la interpretación que del art. 86.3 realiza Gómez Ferrer Morant, R., "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. V, Madrid, Civitas, 1991, pp. 3281, quien considera la reserva efectuada por la LRBRL "inmediatamente efectiva" para las actividades que pretendan iniciarse con posterioridad, pero que, debido a los problemas expropiatorios que implica, su eficacia queda demorada respecto a las actividades en curso hasta que la Corporación no adopte el acuerdo correspondiente. Por su parte Martín Retortillo Baquer, S., *Derecho administrativo económico*, vol. I, Madrid, La Ley, 1998, pp. 318, si bien entiende que «las posibilidades que contempla el art. 86.3 se enuncian como hipótesis establecidas genéricamente, remitiéndose su concreción, es decir, la específica actualización de la reserva a dos acuerdos administrativos: el del Pleno de la Corporación y el del órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma», considera que tal previsión genérica resulta discutible toda vez que, a su juicio, la puesta en

Considero que esta tesis que defiende que para la efectiva materialización de la reserva se requiere, además de la declaración legal, la voluntad de la propia Corporación local encargada de implantar el servicio, es la que interpreta adecuadamente lo que establece a este respecto nuestro ordenamiento jurídico y resulta congruente con la realidad económica y social de los Municipios españoles. No se tiene porqué necesitar en todos ellos la efectiva implantación de la reserva y la consiguiente exclusión del mercado para cada una de las actividades que enumera la legislación de régimen local (art. 86.3 LRBRL).

a. La interpretación jurisprudencial del art. 86.3 LRBRL

Así lo interpreta también la jurisprudencia. Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1997 (Ar. 8457) -en la que se le niega a un Municipio la facultad de prohibir la actividad de una empresa privada que presta servicios funerarios dentro del término municipal, toda vez que el Pleno del Ayuntamiento no ha llegado a aprobar el régimen de monopolio o exclusiva para la prestación de este servicio-; la de 22 de septiembre de 1994 (Ar. 7137) -en ella se considera que el suministro de agua potable es un servicio público esencial de titularidad municipal y que mientras su ejercicio no se haya asumido efectivamente en régimen de monopolio, se realiza transitoriamente como un “servicio público impropio”, esto es, como una actividad desarrollada por el sector privado que sirve para satisfacer un interés público-. La misma doctrina jurisprudencial se reitera en la sentencia de 31 de

práctica de la reserva, debería ser, conforme a la Constitución, obra directa de la ley. Tampoco convence la interpretación que se ofrece *supra* en el texto a Gallego Anabitarte, A., *Estudio preliminar a Ortega Bernardo, J., Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 18-22. No obstante, en el mismo sentido que Díaz Lema también lo entendieron Ballesteros Fernández, A, op. cit., p. 441; Villar Rojas, F., “Los servicios esenciales reservados a las entidades locales”, en *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, De la Cuétara Martínez, J. M., Madrid, MAP, 1991, p. 184; Menéndez, P., “Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades locales (especial referencia al abastecimiento de aguas y suministro de gas)”, *REDA*, No. 89, 1996, pp. 49 y ss.; De la Cuadra Salcedo, T., *Corporaciones locales y actividad económica*, op. cit., pp. 43, y lo mismo se deduce del libro de Sosa Wagner, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 3ª. ed. Madrid, Civitas, 1997, pp. 41 y ss (y en especial nota 23) quien se refiere a la reserva como mera “legitimación” del sector público para asumir la gestión empresarial del recurso o servicio sustrayéndolo al régimen de libre empresa y no como una asunción directa, lo que comporta que sea posible la existencia de servicios sobre los cuales haya recaído declaración de reserva y que sean gestionados en régimen de libre concurrencia. También son de esta opinión los autores que se han ocupado de esta cuestión estudiando el servicio de recogida y tratamiento de residuos: se infiere del trabajo de Montoro Chiner, M. J., “Residuos sólidos”, en *Derecho del medio ambiente y administración local*, Esteve Pardo, (coord.), Civitas, Madrid, 1996, p. 189, y expresamente así lo reconocen Santamaría Arinas, R. J., *Administración local y gestión de residuos*, Barcelona, Cedecs, 2000, pp.59-62 y Alenza García, J. F., *El sistema de la gestión...*, op.cit., p. 595.

mayo de 1991 (Ar. 4384), y en la de 7 de mayo de 1987 (Ar. 5246) -en esta última se considera que la Administración carece de respaldo legal para denegar la adjudicación de un puesto de mayorista en una lonja central, dado que mientras no se implante efectivamente el monopolio, el principio general de nuestro ordenamiento jurídico es el de libre concurrencia, tal y como se desprende de la Constitución y de la legislación local (se cita el art. 47 RSCL, que viene a ser un trasunto del art. 86.3 LRBRL). Por último, también se recoge en la sentencia de 21 de diciembre de 2000 (Ar. 524), en la que se sistematiza desde una perspectiva temporal los distintos acuerdos que puede adoptar la Entidad local sobre la base de la reserva (F.j. 2: «De todo lo expuesto se deduce que, tratándose del ejercicio por una Entidad local del derecho de reserva par la prestación de un servicio público, nos encontramos con actos administrativos distintos y sucesivos como son: 1) el acuerdo de hacer uso de la reserva; 2) el acuerdo relativo a la forma de gestión y, en el caso de ser ésta la concesión, la convocatoria de concurso; 3) el acuerdo de adjudicación de la concesión del servicio público; 4) las autorizaciones exigidas para la realización de las obras e instalaciones necesarias para la prestación del servicio»).

b. Interpretación del art. 86.3 LRBRL en la legislación autonómica de régimen local

Esta es la explicación que mejor se acomoda al tenor literal del art. 86.3 LRBRL, que en su párrafo 2 requiere para la "efectiva" ejecución de la actividad en monopolio o exclusiva el acuerdo del Pleno de la Corporación; resulta además lógica, por cuanto en algunos casos pudiera resultar irrazonable la "imposición" de estas reservas en todos los Municipios y al mismo tiempo representa una continuidad con el régimen local anterior (con el art. 166 de la antigua Ley de Régimen Local aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955, en interpretación de Albi³⁷).

Por último esta interpretación del art. 86.3 resulta compatible con el desarrollo normativo que de este art. 86.3 LRBRL han realizado las Comunidades Autónomas. De la ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña -art. 229- y su Reglamento de 1995 de obras y servicios (art. 182.1), y de las últimas leyes de Administración local de Galicia, ley 5/997, de 22 de julio,-art. 296- y Aragón, ley 7/1999, de 9 de abril -art. 204.3 y 4- se deriva expresamente que los servicios reservados por ley a los entes locales pueden prestarse tanto en régimen de libre concurrencia como en régimen de monopolio o exclusiva. Lógicamente esta legislación resultaría incorrecta a todos aquellos autores que entienden que la reserva legal se identifica con la inmediata exclusión de la directa realización -aquella que se lleva a cabo sin necesidad de concesión- de las actividades reservadas por parte de los

³⁷ Albi Cholbi, F., Tratados de los modos de gestión de las Corporaciones locales, Madrid, 1968, pp. 59.

particulares, de los empresarios privados, con lo que huelga la opción entre régimen de libre competencia o de monopolio³⁸.

c. Conclusiones sobre el art. 86.3 LRBRL y su compatibilidad con el Derecho comunitario

Ciertamente éste es el efecto del art. 86.3 LRBRL: con él se autoriza a las Entidades locales a excluir la libre competencia en el ejercicio de las actividades que en el mismo se enumeran. Este apartado no legitima por sí mismo la intervención de las Corporaciones Locales, ni les atribuye la titularidad sobre estas actividades³⁹. En este sentido, la competencia para realizar cualquiera de las actividades y servicios esenciales que enumera el art. 86 procede de otras previsiones legales: bien de la propia LRBRL, de los servicios mínimos obligatorios que enumera el art. 26, bien de la legislación sectorial o bien, en el caso de que la asunción de la concreta competencia no esté legalmente prevista, de que los Entes locales hayan optado por ejercer la iniciativa pública en la actividad, si esta tiene naturaleza económica, a lo que les autoriza el art. 86 LRBRL, que en su apartado primero reproduce para el ámbito local el contenido del art. 128.2 primera frase de la Constitución.

Este artículo 86.3 sólo autoriza a los Entes Locales a prohibir a los particulares, salvo concesión, la realización de tales actividades y a expropiarles en caso de que ya las estuvieran realizando⁴⁰.

³⁸ Como Salas Hernández, J., “La provincialización de servicios...”, op. cit., p. 213.

³⁹ Entendemos con Díaz Lema, J. M., op. cit., p. 37 que el art. 86.3 LRBRL no añade nada nuevo al sistema de competencias establecido en los artículos 25 y 26 LRBRL. De esta misma opinión ya era Tornos Mas, J., “Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos”, *REALA*, No. 245, 1990, pp. 27: «El otro precepto en el que se menciona un servicio público de nuestro interés, es el art. 86.3 Pero tampoco aquí la delimitación de un ámbito material tiene como objetivo directo la determinación de una competencia local. El art. 86.3 debe vincularse al art. 128.2 de la Constitución, pues el mismo trata de dar la cobertura legal exigida por aquel precepto constitucional a la reserva de una actividad económica al sector público». Lo contrario es lo que sostienen Gómez Ferrer Morant, R., op. cit., p. 3821; Rivero Isern, J. L., *Manual de Derecho local*, 3ª. ed. Madrid, Civitas, 1997, pp. 334; Cazorla Prieto, L. Mª., “Artículo 128”, en *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla, (dtor.), t. I, Madrid, Civitas, 1985; Fernández González, F. J., *La intervención del Municipio...*, op. cit., p.323; para quienes la declaración de determinadas actividades y servicios como reservados supone atribuir la titularidad sobre los mismos a los Entes en favor de los cuales se lleva a cabo la reserva.

⁴⁰ Por esta razón el TRRL prevé que todo acuerdo por el que se disponga la efectiva ejecución en régimen de monopolio de alguna de las actividades a las que se refiere el art. 86.3 LRBRL llevará aneja, cuando lo requiera, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación. Previsión que se reitera en la ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de régimen local de Cataluña (art. 229.4), y en la ley 7/1999, de 9 de Abril, de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 205.5).

Por último, hay que tener en cuenta que si bien del art. 86.3 LRBRL se deriva fundamentalmente la posibilidad de que las Entidades locales puedan impedir la iniciativa privada, este precepto sirve además para constatar que las actividades en él enumeradas constituyen típicas actividades económicas susceptibles de ser prestada en régimen de mercado y de libre competencia por los particulares⁴¹, -de ahí el sentido de la reserva- y permite asimismo concluir que el ordenamiento jurídico las considera servicios “esenciales” para la sociedad. La reserva puede ser global, referirse a un sector económico completo o afectar sólo a una o varias fases de un determinado proceso productivo o de una actividad o servicio. Para ello sólo se exige que sea técnicamente posible⁴².

En síntesis, se mantiene que la reserva del art. 86.3 LRBRL es sólo un presupuesto para ejercer determinadas actividades en exclusiva o monopolio por parte del Ayuntamiento, lo que tiene un claro apoyo en los textos legales estatales y autonómicos, y en la jurisprudencia de los tribunales.

Si nos preguntamos por la compatibilidad de este precepto con el derecho comunitario⁴³, tenemos que tener en cuenta que, en conformidad con el Tratado de la Unión Europea para determinados casos, los Estados miembros pueden conceder derechos especiales o exclusivos para asegurar la viabilidad de un servicio de interés económico general. En principio, la concesión de estos derechos de reserva a favor de las Corporaciones locales no resulta incompatible con el Tratado. En este sentido se ha pronunciado además el Tribunal de Justicia de la Comunidad europea admitiendo que los derechos exclusivos o especiales (sentencia de 17 de mayo de 1993, asunto *Corbeau*, (C-230-91)) pueden establecerse y limitar la competencia en ciertos mercados, con base en el apartado 2 del art. 86 del Tratado, esto es, en la medida en que sean necesarios para cumplir una misión concreta de servicio. Y además esto sólo será viable cuando la legislación comunitaria sectorial no haya eliminado esta posibilidad, liberalizando la concreta actividad.

⁴¹ El hecho de que sean reservados estos servicios nos facilita un importante dato: que son en la práctica, y también desde el punto de vista jurídico, una actividad económica, lo que la derogada legislación local denominaba "servicios económicos", (estudiados por Clavero Arévalo, *Municipalización y provincialización de servicios en la ley de Régimen local*, Madrid, IEAL, 1952, pp. 76.), de modo que lo que explica su reserva es que se trata de un servicio de naturaleza industrial, que es susceptible de concurrencia empresarial. Díaz Lema, J. M., op. cit., pp. 55.

⁴² Cfr. Sosa Wagner, F., *La gestión de los servicios...*, op. cit., p. 39.

⁴³ Sobre esta cuestión a Santamaría Arinas, R. J., *Administración local...*, op. cit., pp. 66-67. Le surgen dudas al valorar la proporcionalidad de dicha opción, ya que el Derecho comunitario sólo admite tales excepciones como el monopolio local en la medida de lo imprescindible para el cumplimiento de tales misiones. Pero finalmente cree en su compatibilidad al no representar una monopolización directa de las actividades reservadas y al proyectarse sobre una escala territorial más reducida, todo ello, sin perjuicio de que también el concreto ejercicio de las facultades reconocidas en el art. 86.3 pueda y deba ser objeto de control desde esta perspectiva en cada caso.

d. Intervención de la Comunidad Autónoma en la efectiva implantación de la reserva a favor de los Entes locales

En España, las Entidades locales puedan acordar, al amparo del art. 86.3 LRBR, el ejercicio de los servicios públicos en régimen de monopolio o exclusiva. Para ello simplemente se requiere un acuerdo adoptado por la mayoría absoluta del número legal de miembros del Pleno de la Corporación (art. 97.2 Texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en adelante TRRL) y su posterior aprobación por el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Este último requisito procedimental, consistente en la aprobación por el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, implica que la efectividad de la reserva dependerá asimismo de la voluntad de la Comunidad Autónoma, sin transformarse por ello en una actividad cuyo ejercicio sea posteriormente objeto de control autonómico.

Los tribunales no se han pronunciado sobre el alcance de esta aprobación autonómica, encontrándose tan sólo sentencias en las que esta competencia se define como un “*requisito sine quae non*” para la efectividad del monopolio -Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1997 (Ar. 8457)-, y «*sin que ello signifique que la actividad deje de ser municipal. Su prestación en régimen de monopolio no la transforma en una actividad tutelada por la Comunidad Autónoma*», según las Sentencias del mismo tribunal de 26 de junio de 1996 (Ar. 7244) y 21 de diciembre de 2000 (Ar. 2001/524).

Por parte de la doctrina se ha dicho que el control que ejerce en este caso la Comunidad Autónoma sólo puede ser de legalidad como reflejo de la garantía constitucional de la autonomía local⁴⁴. Sin embargo también se sostiene que puede verificarse un control de oportunidad, cuando se trate de asuntos supralocales, es decir, en la medida en que el monopolio pueda ser inconveniente desde el

⁴⁴ Villar Rojas, F., “Los servicios esenciales reservados...”, op. cit., p. 190, sostiene a este respecto que, si bien en el régimen anterior, a la hora de autorizar la implantación del monopolio, el Estado examinaba tanto los aspectos de legalidad como de oportunidad (art. 65 RSCL), en la actualidad la autorización prevista por parte de las Comunidades Autónomas ha de depender exclusivamente del examen de los aspectos de legalidad incorporados al expediente y de la corrección formal de la tramitación del mismo, sin que pueda ir más allá. Villar trata de fundamentar su postura en la jurisprudencia del TC, en concreto en la STC de 2 de febrero de 1981, en la que se eliminaron todos los controles de tutela procedentes del régimen anterior por considerarlos incompatibles con el principio de autonomía local constitucionalmente reconocido. De la misma opinión Sosa Wagner, F., *La gestión de los servicios...*, op. cit., p. 49; y Fernández González, F. J., *La intervención del Municipio...*, op. cit., pp. 395 y ss. García de Coca, J. A., *Liberalización de la actividad...*, op. cit., p. 61.

punto de vista de una adecuada estructuración de un sector de actividad autonómica (Díaz Lema y De la Cuadra Salcedo)⁴⁵. Igualmente creen que la aprobación autonómica puede traducirse en un control de oportunidad Santamaría Arinas⁴⁶ y Alenza García⁴⁷. Este último, en su análisis jurídico de la gestión de los residuos urbanos, intenta relativizar la intensidad de esta tutela afirmando que el control que implica no puede interpretarse como una potestad fiscalizadora absoluta e incondicionada sino que los criterios -de legalidad o de oportunidad- con que se realiza dependerán de los aspectos -reglados o discrecionales- que son objeto de control y de los intereses comunitarios implicados. En definitiva, lo que este autor sostiene es la aplicación en el ámbito de la monopolización local (concretamente de la actividad de gestión de los residuos urbanos) de la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la intervención autonómica en la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico municipal⁴⁸, lo que le lleva a no establecer una solución *a priori*, sino a postular que se verifique caso por caso en qué medida la monopolización de los servicios afecta a intereses supralocales.

En definitiva, la intervención autonómica aprobando la efectiva ejecución del monopolio local de una actividad de servicio público podría implicar tanto un control de legalidad como de oportunidad⁴⁹, hoy en día su alcance está estrechamente vinculado a la función de coordinación que sobre las materias de competencia local el ordenamiento jurídico atribuye a las Comunidades Autónomas cuando entran en juego intereses supralocales (prevista en el art. 10 LRBRL en relación con el art. 59 LRBRL).

⁴⁵ A este respecto dice Díaz Lema, J. M., op. cit., p. 98: «Pero el monopolio puede trascender del ámbito local -y así sucederá con cierta frecuencia-. Al implantar el monopolio local se está decidiendo la exclusión de la concurrencia en un sector de la actividad económica. En una estructura caracterizada por el fuerte entrelazamiento del tejido económico, puede ser profundamente perturbador que una Corporación local monopolice una actividad, creando una especie de isla dentro de un territorio más amplio». En el mismo sentido, De La Cuadra Salcedo, T., *Corporaciones locales...*, op. cit., p. 59.

⁴⁶ Santamaría Arinas, R. J., *Administración local...*, op. cit., pp. 61-62.

⁴⁷ Cfr. Alenza García, J. F., *El sistema de la gestión...*, op. cit., pp. 593-595.

⁴⁸ A ella se refirió igualmente Díaz Lema, J. M., op. cit., pp. 106, en concreto en nota 106, citando como ejemplos de la misma las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Ar. 614) y de 18 de mayo de 1992 (Ar. 4219).

⁴⁹ Corroborar esta afirmación la ley aragonesa sobre Administración local, ley 7/1999, de 9 de abril, cuyo artículo 205.4, al concretar el alcance de la intervención autónoma en la aprobación del monopolio municipal, permite identificarla con una tutela de oportunidad: «Cuando los servicios reservados se presten en régimen de monopolio el acuerdo del Pleno (...) Requerirá la aprobación del Gobierno de Aragón, que se otorgará si concurren las circunstancias de interés público legitimadoras de la exclusión de la iniciativa privada, tales como la imposibilidad física o económica de establecer más de una infraestructura de red para el servicio, o lo aconsejen razones de seguridad, salubridad u orden público, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea. La resolución del Gobierno de Aragón deberá adoptarse en el plazo de tres meses desde la recepción del expediente completo, entendiéndose aprobada si no hay resolución expresa en dicho plazo».

C. Diferencias entre el servicio público local y otro tipo de competencias locales

1. Distinción entre servicio público y funciones públicas o actividades que implican ejercicio de autoridad

Parece clara la distinción entre el servicio público y las actividades que entrañan ejercicio de autoridad o función pública, que se prestan fundamentalmente con coacción y limitaciones y técnicas de policía. Es evidente, a juicio del profesor Gallego Anabitarte⁵⁰, que alguna de estas materias, atribuidas a los Municipios entrañan ejercicio de autoridad o función pública: a) seguridad, b) ordenación del tráfico, c) protección civil, d) planeamiento, e) patrimonio histórico y protección del medio ambiente, f) defensa de los usuarios y consumidores, g) protección de la salubridad pública. En estos servicios de carácter público pueden diferenciarse varias funciones, entre ellas algunas que entrañan ejercicio de autoridad y que en esa medida sólo pueden ser prestadas por el Municipio, aunque cabría la colaboración con particulares. Junto con la función que entraña ejercicio de poder público, o *imperium*, actuación de policía y autoridad o limitación en la actividad de los particulares, que es ejercida por el Ayuntamiento en exclusiva, es asimismo posible que el Ayuntamiento lleve a cabo otras funciones dentro de la misma materia que no comportan este ejercicio de poder público. Esto es propio de las materias configuradas como servicios públicos sociales y económicos; (por ejemplo, en el ámbito de la protección del medio ambiente, el Municipio al tiempo que presta servicios públicos y lleva a cabo su iniciativa pública en la actividad económica, ejerce ciertas funciones que entrañan ejercicio de autoridad, como la regulación de infracciones y sanciones y su imposición)⁵¹.

En puridad, en nuestro ordenamiento jurídico, existirían dos tipos de prohibiciones con respecto a las funciones soberanas, o que implican ejercicio de autoridad. Por un lado, la prohibición de que estas funciones sean ejercidas por empresas privadas, tanto se trate de empresas pertenecientes a particulares, como propiedad de las Administraciones públicas. Así está establecido en la disposición adicional 12 LOFAGE, aplicable exclusivamente a la Administración General del Estado (*«las sociedades mercantiles se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública»*), que ahora se reitera para el ámbito local en el art. 85.3

⁵⁰ Gallego Anabitarte, A., *Estudio preliminar*, op. cit., p. 13.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 13 y 14.

LRBRL –en la nueva redacción dada al mismo por la Ley 572/2003, de 16 de diciembre– que prohíbe expresamente la gestión, mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. Esta prohibición resulta en parte coincidente con la previsión del art. 92.2 LRBRL (*«Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas, que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función»*) y del art. 69.1 RSCL (*«Serán ejercidos necesariamente por gestión directa sin órgano especial los servicios que impliquen ejercicio de autoridad»*), aunque de estos dos últimos preceptos, aplicables únicamente a la Administración local, se deriva implícitamente una prohibición adicional: la de utilizar organizaciones jurídico-públicas dependientes de la organización territorial para el ejercicio de funciones que impliquen poder público.

El segundo tipo de prohibición, establecido como regla general en nuestro ordenamiento jurídico para la contratación pública, y por tanto, aplicable a todas las Administraciones públicas, también a las de las distintas Comunidades Autónomas, es el principio de que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Lo que viene a significar simplemente que no cabe recurrir a la contratación de empresas privadas, (arts. 155.1 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), que se reproducía anteriormente para el ámbito local en el art. 85.2 LRBRL (*«En ningún caso podrá prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad»*), -hoy dicha prohibición se encuentra recogida en el propio art. 85.3 junto con la de utilizar empresas públicas locales– y en el art. 43.1 RSCL. (*«Serán atendidas necesariamente por gestión directa las funciones que impliquen ejercicio de autoridad»*).

En el fondo de estas prohibiciones se encuentra un prejuicio o un tópico que consiste en entender que para el ejercicio de poder público hay que garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia, características éstas que el ordenamiento presume sólo concurren en el caso de los funcionarios públicos –con respecto al ámbito local– y también en las organizaciones jurídico públicas –por lo que respecta al ámbito estatal-. Este prejuicio, como se deriva de lo expuesto, no se impone a las Comunidades Autónomas, salvo el referido al ámbito de la contratación, con lo que se deja en sus manos que ellas decidan lo que estimen conveniente en relación con sus personificaciones jurídico-públicas.

En la práctica este principio no ha impedido la encomienda a terceros de ciertos servicios que implicaban ejercicio de autoridad. Como recoge la propia jurisprudencia⁵², «*el orden público se encuentra en un proceso de privatización ante la impotencia de aquélla* (se refiere a la Administración) *para una gestión eficaz de las funciones soberanas, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada*». Se ha obligado para ello a separar la gestión material del ejercicio de prerrogativas (es el caso de ciertas funciones de gestión tributaria como la de liquidación y recaudación de impuestos, o la gestión de expropiaciones). En estas ocasiones la actividad privada viene a ser considerada a una simple “colaboración privada” en el ejercicio de funciones públicas. Esto puede claramente observarse en relación con la inspección técnica de vehículos⁵³.

2. Distinción entre servicio público de carácter económico y servicios públicos sociales

Frente a los servicios públicos económicos habría un grupo de actividades, que son los servicios públicos sociales y educacionales⁵⁴, en los que no hay desde luego ejercicio de autoridad. Se trata de actividades culturales –museos, teatros, bibliotecas- deportivas, y de prestación de servicios sociales y asistenciales –SAMUR, oficinas municipales de atención a mujeres maltratadas, narcosalas de atención al drogodependiente, oficinas de atención al inmigrante, residencias para la tercera edad, servicios de empleo y promoción de vivienda social-, así como participación de la enseñanza. La

⁵² STS de 24 de noviembre de 2004, Ar. 1225, y STS de 13 de octubre de 1997, Ar. 1225.

⁵³ La inspección técnica de vehículos, ha sido objeto de la citada STS de 24 de noviembre de 2004 (Ar. 1225), que sigue a la STS de 13 de octubre de 1997 (Ar. 7439). En esta sentencia lo que en realidad se cuestionaba era el régimen jurídico al que se sometía la actividad privada de ITV. El Tribunal sostiene que la Administración, tratándose de una actividad con naturaleza de función pública puede regular por reglamento su organización y que su régimen es análogo al de una relación contractual. En la STS de 24 de noviembre de 2004 se alude a que la ITV «*es una función vinculada a la seguridad ciudadana*», concretamente a la seguridad vial, que hoy en día constituye una de las máximas preocupaciones en muchos países, dado el alto porcentaje de accidentes de tráfico que se producen. Conforme, reconoce la citada sentencia, «*a la Administración corresponde establecer las medidas para que la circulación por calles y carreteras se realice en condiciones adecuadas. Una de estas condiciones es sin duda la de que los vehículos que las transiten se encuentren en correcto funcionamiento, pues sus deficiencias mecánicas o estructurales pueden incidir, y de hecho inciden, en la producción de accidentes, con las consiguientes secuelas que ello comporta. La inspección técnica de vehículos, en cuanto que es un medio para lograr aquella finalidad, participa de la naturaleza de función pública y corresponde ejercerla al Estado -en sentido amplio- por razón de su soberanía. Por tanto, no se trataría de una actividad de servicio público dirigida a proporcionar prestaciones a los ciudadanos, ya sean asistenciales o económicas, sino de una función pública soberana*».

⁵⁴ Un estudio y análisis general de los mismos en Vaquer Caballería, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

prestación de estos servicios sociales, cada vez más regulados por las Comunidades Autónomas⁵⁵, concurre junto con los de iniciativa privada. Tradicionalmente estas actividades de servicios sociales se han venido prestando por los particulares y por instituciones como la Iglesia.

Los Municipios tienen expresamente atribuida por ley la competencia para implantar estos servicios en el art. 25.2.k) LRRL: «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social». Por esta razón, y por no tratarse en puridad del ejercicio de actividades económicas, aunque en ocasiones puedan obtenerse beneficios de este tipo, no resulta necesario que el Municipio proceda a justificar la conveniencia y oportunidad de su prestación a través del correspondiente expediente administrativo (art. 86.1 LRRL y art. 97.1 TRRL a *sensu contrario*). Basta con un acuerdo del Pleno de la Corporación⁵⁶. Como forma de gestión es tradicional en España la indirecta a través del contrato de concierto, que es una forma de gestionar servicios públicos que supone el recurrir a una organización privada ya existente que desarrolla actividades análogas.

A mi juicio, se trata de servicios públicos que presentan unas características específicas por razón de su contenido, al tratarse de servicios especialmente centrados en las personas destinatarias de los mismos, a las que sirven de forma inmediata⁵⁷. Asimismo se constituyen para dar respuesta a necesidades no cubiertas por la propia sociedad con el fin de favorecer la cohesión social⁵⁸. En este

⁵⁵ Entre otras se han aprobado recientemente las siguientes leyes autonómicas sobre servicios sociales: Ley 6/2003, de 8 de Julio, de Baleares; Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Asturias; Ley 3/2003, de 10 de abril de Murcia; Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Madrid.

⁵⁶ Según Malaret García, E., “Servicio público, actividad económica y competencia ¿Presenta especificidades la esfera local?”, *REAL*, No. 291, pp. 584-585, que estos servicios sin carácter económico requieran únicamente para su creación de la voluntad del Pleno de la Corporación local, sin ni siquiera ser necesario seguir procedimiento específico alguno a pesar de tratarse de una decisión relevante desde el punto de vista de los intereses de la comunidad – financieros y sociales-, es debido a la lógica de la subsidiariedad, sobre todo en referencia a instituciones religiosas, tanto ayer como hoy presentes aún en la escuela y en los servicios sociales; si bien en estos últimos, afirma Malaret, se ha sufrido un claro proceso de laicización.

⁵⁷ Vaquer Caballería, M., op. cit., pp. 113-114, distingue entre servicios atinentes a la persona y servicios atinentes al territorio, para distinguir los servicios sociales de los demás servicios públicos. Considera que mientras los servicios sociales sirven inmediatamente a la persona (educación, sanidad, cultura, deportes, acción social, empleo y defensa de consumidores y usuarios), los demás servicios sirven a la persona de manera mediata, es decir territorialmente porque el territorio es el medio de la persona, (así, cita como ejemplo los transportes y gestión de infraestructuras, telecomunicaciones, abastecimiento, evacuación y depuración de aguas, transporte, distribución y suministro energéticos). Reconoce, sin embargo, que en la tradición española es más común la distinción doctrinal entre servicios económicos y servicios asistenciales o sociales.

⁵⁸ Tornos Mas, J., “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público”, *QDL*, No. 6, 2004, pp. 12.

sentido parece que este tipo de actividad que prestan los Municipios es la típica del servicio público, de cuyo régimen jurídico específico, (de existir en realidad éste), difieren, si lo comparamos con los tradicionales servicios públicos locales (que tienen un carácter económico). Esto es así porque los servicios sociales revisten unas características intrínsecas: especial vinculación a los derechos y libertades fundamentales (a los arts. 16, 27, 20.1.b) y c) CE en lo que respecta a la educación y cultura, y a los arts. 15, 16 y 18 CE, en lo que respecta a la asistencia sanitaria) y en general, a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y una función exclusivamente social, o de solidaridad, que les han convertido en servicios excluidos del mercado. Por estos motivos en España su prestación no ha sido objeto de reserva a favor de las organizaciones jurídico-públicas⁵⁹. Por las mismas razones no se ve como necesario someter su prestación a las reglas de la competencia, y por lo tanto, tampoco ha sido necesario introducir excepciones a su aplicación.

Estos servicios sociales tienen un régimen especial, como ha reconocido la Comisión Europea –en el Libro Verde sobre los servicios de interés general (COM (2003) 270, de 21 de mayo de 2003): punto 43-. No les resultan de aplicación las normas del Tratado relativas a libre prestación de servicios, derecho de establecimiento, normas en materia de competencia y ayudas estatales⁶⁰. Por esta razón resulta de especial importancia su delimitación, aunque ésta es, sin embargo, muy complicada. De hecho la distinción entre servicios económicos y no económicos (educación y servicios sociales), no es estática, sino que se encuentra en constante evolución. El criterio de diferenciación, por tanto, no radica tanto en la naturaleza de la actividad (sea o no económica) como en los objetivos de política legislativa que se persiguen con su regulación⁶¹, a fin de determinar si es posible la realización de los mismos sin excluir al mercado. Esta previa indefinición supone dejar en manos de la sociedad, y de la conciencia que ésta tenga para dar satisfacción a sus necesidades sociales en cada momento⁶². Ahora

⁵⁹ La misma constatación en Fernández Rodríguez, T. R., “Del servicio público a la...”, *RAP*, No. 150, 1999, pp. 60-61.

⁶⁰ Sí rigen para estos servicios las disposiciones del Tratado relativas a los principios de no discriminación y libre circulación de personas. Así como las normas en materia de contratación pública que son aplicables a los bienes servicios y obras adquiridos por organismos públicos o sus empresas, con independencia de la naturaleza de los servicios que se presten. Lo aclara el punto 43 del Libro Verde sobre los servicios de interés general (COM (2003) 270).

⁶¹ Se desprende además del Dictamen del Comité de las Regiones al “Libro verde sobre los servicios de interés general”, DO C 2004/C73/7 de 23.3.2004, en sus apartados 2.5.2 y 2.5.3. De este Dictamen puede resultar criticable que, aun cuando están en juego libertades fundamentales e importantes necesidades sociales, se utilice un criterio puramente economicista para calificar un servicio como social o “no económico: «El Comité estima que una actividad sólo puede ser calificada de no económica si los ingresos que reporta la comercialización de bienes o servicios prestados en aras del interés general en el mercado relevante sólo son suficientes para cubrir gastos sin producir ningún beneficio».

⁶² De momento tanto la jurisprudencia comunitaria, - SSTJCE de 17 de febrero de 1993, asunto *Poucet* (C-158/91 y C-160-91), y sentencia de 16 de noviembre de 1995, asunto *Federation française des sociétés d'assurance* (C-244/94), y STJC de 17 de junio

bien, el legislador deberá ser muy preciso a la hora de delimitar estos servicios, pues calificar una determinada actividad como tal supondrá huir del mercado y de sus garantías, como por ejemplo, la del principio de igualdad, al excluir la aplicación del Derecho de la competencia.

3. Distinción entre servicio público y actividad económica

Llegamos a la cuestión central, se trata de aclarar las principales consecuencias jurídicas que tiene considerar una actividad local como servicio público, que el legislador declare como servicio público ciertas actividades municipales y no lo haga con respecto a otras. Hemos visto que la consecuencia no es desde luego la de reservarlo en favor de los Entes locales, y excluir necesariamente la concurrencia de particulares.

Es posible que existan servicios públicos económicos prestados en concurrencia con los privados. Es claro, por otra parte, que las actividades económicas emprendidas por las Administraciones públicas no sólo pueden prestarse en concurrencia sino que deben prestarse en concurrencia y en igualdad de condiciones que las realizadas por los particulares. Así se desprende del art. 38 CE, del 128.2 CE y art. 86.1 LRRL, de los que se deriva asimismo la cláusula de no subsidiariedad de la iniciativa pública en la actividad económica.

La distinción entre servicio público y actividad económica será útil si de ella se extraen consecuencias jurídicas y económicas. Y así es en efecto. La distinción entre servicio público y actividad económica comporta importantes consecuencias. Y fundamentalmente trae consigo una fundamental, que se refiere a si la concurrencia entre los particulares y la Administración se produce en pie de igualdad, con respeto a las reglas de competencia, lo que ocurre con cualquier actividad económica, o si por el contrario, la Administración en su actuación puede llegar a “falsear” las reglas del mercado, se puede, –no está obligada a hacerlo-, sustraer a las reglas de mercado estando además legitimada para ello desde un punto de vista jurídico, por permitirlo así el Derecho –fundamentalmente el derecho comunitario, que sería en este sentido una de las primeras barreras que las Entidades locales tienen

de 1997, *Sodemare* (C 70-95)-, comentadas por Tornos Mas, J., “Significación...”, op. cit., pp. 13-14, como determinadas Decisiones de la Comisión (DO C 17 de 19.1.2001, p.4 (puntos 28 a 30) han ido reconociendo una serie de actividades como típicamente no económicas, aunque su calificación como tal se hace depender de las circunstancias concretas, dado que se ha rechazado elaborar una lista definitiva (COMO (2001), 598 DE 17.10.2001 (punto 30). También alude a esta cuestión Sendín García, M., *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*, Granada, Comares, 20003, pp. 290-293, que además pone de manifiesto como los sectores sociales implicados exigen por razones de seguridad jurídica una determinación más clara de la situación de cada uno de estos servicios.

que superar en su actuación-. El servicio público permite en ocasiones la realización de determinadas actividades prestacionales sin sujetarse a las reglas de la competencia, a fin de garantizar el cumplimiento –en el sentido del funcionamiento correcto- de la actividad de servicio público. (Esto es así conforme al art. 86.2 TCE, que se refiere expresamente no a los servicios públicos sino a los servicios de interés económico general⁶³: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad»).

Esta distinción entre servicio público -ya sea prestado en concurrencia como reservado en exclusiva a las Administraciones públicas- e iniciativa pública en la actividad económica existe en otros ordenamientos europeos. Así, en Derecho alemán esta distinción se realiza entre "actividad no económica" (*nicht wirtschaftliche Betätigung*) y "actividad económica" (*wirtschaftliche Betätigung*). La "actividad no económica" presupone la existencia de una competencia administrativa y coincide generalmente con el ejercicio de una competencia en el ámbito de los servicios de asistencia vital (*Daseinvorsorge*)⁶⁴.

Por su parte, el ejercicio de una "actividad económica" está condicionado a que esté justificado en un interés público, a que la actividad resulte proporcionada con respecto a la capacidad de gestión del Ente local, sirva a una necesidad existente, y, por último, -y sólo en la legislación municipal de algunos *Länder*-, a que no pueda resultar mejor satisfecha de otra manera⁶⁵. No obstante, esta última previsión del Derecho local alemán, cláusula de subsidiariedad de la iniciativa económica de las Entidades locales con respecto a la actividad empresarial de los particulares, es en todo opuesta con la libre concurrencia que para la actividad empresarial de las Administraciones públicas prescribe nuestro texto constitucional (art. 128.2 CE).

⁶³ Que como se ha expuesto *supra* en el apartado A no son en todo caso expresiones sinónimas, dada la ambivalencia del término servicio público, pero sí pueden resultar coincidentes en alguna de las acepciones del mismo (*Vid.* Al respecto el apartado A.4).

⁶⁴ Sobre esta distinción Gönnerwein, *Derecho municipal alemán*, Madrid, IEAL, 1967, pp. 685 y ss.; Schmidt-Jortzig, *Kommunalrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1982, pp. 217; Seewald, O., "Komunalrecht", en *Besonderes Verwaltungsrecht*, Arndt, W., Köpp, K. y Oldiges, M., 4ª. ed., 1992, pp. 102 y ss.

⁶⁵ Recogen y comentan estas previsiones normativas, Schmidt-Jortzig, E., op. cit., pp. 229 y ss.; Seewald, O., op. cit., pp. 103 ss.; Schoch, F., "Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben", *Die öffentliche Verwaltung*, 1993, pp. 379 ss.

Esta cuestión no ha sido muy estudiada en España porque los servicios o actividades económicas más importantes, por ejemplo, los de abastecimiento –(gas, electricidad, calefacción)- han sido monopolios del Estado concedidos a particulares y ahora actividades meramente reguladas, con libertad de empresa⁶⁶. Sí en Alemania, donde los Ayuntamientos tienen una gran actividad económica, se incluyen en este grupo las canteras, producción de leche, salinas, explotaciones mineras, explotaciones de lignito, graveras, fábricas de cerveza y de hielo. En España la actividad relevante de los Ayuntamientos se centra en los servicios públicos, como la distribución y depuración de aguas, recogida y tratamiento de residuos, transporte público de viajeros, ferias, servicios funerarios, mataderos⁶⁷, mercados y lonjas centrales⁶⁸.

A diferencia de los servicios del Ayuntamiento que implican ejercicio de autoridad, que sólo pueden ser gestionados bajo formas de gestión directa jurídico- públicas, hay libertad de formas de gestión tanto para la prestación de un servicio público como para el ejercicio de actividades económicas⁶⁹ (como se deriva del art. 95 TRRL y de los arts. 85 y ss. LRBRL, modificados por ley 57/2003, de 16 de diciembre, para adaptarse a las diversas formas de gestión previstas en la LOFAGE, e incorporar así al ámbito

⁶⁶ Gallego Anabitarte, A., *Estudio...*, op. cit., p. 14.

⁶⁷ Resulta curioso saber que en la práctica los mataderos son unos del Municipio, y otros autorizados por el Municipio pero propiedad de empresas particulares, lo que es posible salvo que la actividad sea monopolizada por los Ayuntamientos. Si la reserva se efectúa conforme a lo previsto en el art. 86.3 LRBRL, entonces el Ayuntamiento puede obligar a sacrificar sus reses en el matadero municipal. Los mataderos privados de importancia suelen ser los “industriales” que son gestionados por las grandes empresas que comercializan productos cárnicos. Suelen estar ubicados en “origen”, ya que es mucho más barato y fácil transportar animales muertos y abiertos en canal, que reses o animales vivos. *Cfr.* Gallego Anabitarte, A., *Estudio...*, op. cit., pp. 19-20.

⁶⁸ Por lo visto esta actividad no debe confundirse con las lonjas de pescado –las lonjas de pescado se refieren al recinto del puerto correspondiente, donde se realizan una actividad comercial, del mercados de subasta y mercados mayoristas, prevista en la Ley 27/1992, Puertos del Estado (art. 59)- sino que se trata de mercados de mayoristas, que antes se llamaban lonjas también. Estos mercados municipales conviven con los mercados privados. Las lonjas o mercados centrales de mayoristas de frutas, pescados y carnes –hay un total de 22 en España– se llaman MERCAS y son gestionados por empresas mixtas, esto es, Ayuntamiento correspondiente, MERCASA y gremios. Parece ser que se consideran como servicio público que puede ser monopolizado o reservado conforme al art. 86.3 LRBRL. Sin embargo, en la práctica en algunos MERCAS «se ha dejado sin efecto la municipalización en monopolio, liberando la gestión que ahora corresponde a una sociedad privada, que la realiza sin más autorizaciones o licencias que las normales para cualquier privado». *Cfr.* Gallego Anabitarte, A., *Estudio...*, op. cit., pp. 19-20.

⁶⁹ Dice Malaret García, E., “Servicio público, actividad económica...”, op. cit., p. 583: «ello no es óbice para que en el ámbito del Derecho nacional la legislación establezca una cierta correlación entre el tipo de función encomendada a una organización pública y el tipo de organismo creado al efecto. Parece una opción coherente con el principio de eficacia que ha sancionado la Constitución (art. 103.1). Pero nuestro Derecho administrativo no ha ido tan allá, si bien algunos tímidos intentos podemos encontrar en el Estatuto de la empresa pública de Catalunya y la más reciente LOFAGE. La especificidad de ciertos servicios públicos ha hallado también correspondencia en características de tipo organizativo».

local la entidades públicas empresariales, y para regular el régimen de las sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo parcialmente reguladas en normas reglamentarias).

El ejercicio de esa actividad de servicio público puede realizarse mediante gestión directa o indirecta - en este último caso lo normal es que su gestión material la lleven a cabo particulares que la desarrollarán normalmente en calidad de concesionarios-. Esto se traduce en la utilización de formas jurídico-públicas y jurídico-privadas, mientras que en el caso de la actividad empresarial la Administración normalmente recurre a las formas jurídico-privadas, aunque se admiten ambas (art. 95 TRRL).

Esta libertad de la Administración local sobre la elección de formas jurídico-públicas o privadas para desarrollar tanto una actividad de servicio público, como una actividad económica, contrasta con el sistema establecido en el Derecho local alemán⁷⁰. En éste las Administraciones locales sólo pueden elegir con total discrecionalidad cuando se trata de ejercer una actividad económica, -aunque en ella normalmente se emplean formas jurídico-privadas-, pues si se configura como una "actividad no económica" (para nosotros de "servicio público") la legislación de régimen local de los *Länder* exigirá la utilización de formas jurídico-públicas y sólo excepcionalmente y, sometidas a ciertos requisitos, las jurídico-privadas: se requiere la presencia de relevantes intereses públicos que justifiquen o hagan necesaria esta forma de organización, o que se cumplan los presupuestos que ordinariamente la legislación local viene exigiendo para el ejercicio de actividades económicas.

a. La declaración por ley del servicio público frente a la exigencia de un procedimiento administrativo municipal para el ejercicio de una actividad económica

En nuestro ordenamiento jurídico la declaración legal de una actividad como servicio público local significa reconocer la competencia de la Corporación local y, en su caso, imponerle la realización de dicha actividad (art. 26 LRBRL), de manera que la misma se ejercerá, *prima facie*, en régimen de concurrencia con los particulares, salvo que haya sido, en la misma ley de atribución competencial o posteriormente en otro texto legal, reservada a la Corporación Local en cumplimiento de la reserva de ley exigida por el art. 128.2.

⁷⁰ Von Unruh, G. C., "Gemeinderecht, en *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14^a. ed., 1976, p. 124, y la doctrina citada en nota 65.

Conforme a nuestra tradición jurídica, la declaración de servicio público local venía haciéndose expresamente por un acto de poder público –así el art. 166 de la antigua Ley de Régimen Local aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955 exigía acuerdo de la Corporación Local para la municipalización de actividades (asunción por el Municipio), y si se trataba de municipalización con monopolio, se requería además la autorización del Consejo de Ministros-. En la actualidad, como se ha expuesto, la declaración de servicio público sólo se debe realizar por ley, conforme al art. 128.2 CE, cuando supone la exclusión de la libertad de empresa (art. 38 CE). Un ejemplo ya estudiado: el art. 86.3 LRBRL.

No obstante, en el régimen local se ha percibido tradicionalmente la necesidad de que se adopte un acto expreso para declarar una actividad como “servicio público”, aunque no se tratará de un servicio público en sentido estricto, que excluyera la iniciativa particular. Se ha venido utilizando un procedimiento formal que en este sentido permitía garantizar la seguridad jurídica y la transparencia con respecto a los ciudadanos de una decisión con importantes consecuencias sociales y económicas.

En el ordenamiento jurídico español esta formalidad se exige desde luego cuando los Municipios deciden ejercer la iniciativa pública en la actividad económica (posibilidad garantizada constitucionalmente en el art. 128.2 que tienen los poderes públicos de intervenir directamente en la economía y cuyo reconocimiento supone la supresión del principio de subsidiariedad con respecto a los privados). De este modo, cuando los Entes locales quieren ejercer una actividad económica, en pie de igualdad con los particulares, se requiere un expediente administrativo que justifique la intervención. Concretamente es el art. 86.1 LRBRL, en el que se reitera el reconocimiento de la iniciativa pública de las Entidades locales para el ejercicio de la actividad económica, el que impone además este requisito procedimental.

Desde *un punto de vista procedimental* la Corporación local debe aprobar en el Pleno de la Corporación el ejercicio de esta actividad (art. 86.2 LRBRL), y previamente debe elaborar un expediente que acredite la conveniencia y oportunidad de la medida con los requisitos formales establecidos en el art. 97.1 TRRL, que se traducen en un reforzamiento de las formalidades del expediente administrativo. Estas formalidades consisten en el acuerdo inicial de la Corporación, en la designación de una Comisión que redacte la Memoria relativa a los aspectos sociales, jurídicos, técnicos y financieros de la actividad en la que se precisará la forma de gestión; la toma de consideración de la Memoria por la Corporación, la exposición pública de la misma para alegaciones; y la aprobación del proyecto por la Entidad local.

Este expediente para acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida resulta ser, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, -STS de 23 de mayo de 1997 (Ar. 4065), relativa a la gestión del servicio de aguas por órgano especial sin personalidad jurídica- y una gran parte de la doctrina⁷¹, un requisito que se exige a las entidades locales exclusivamente para el ejercicio de la actividad económica.

Según esta tesis, para los supuestos de actividades declaradas como servicio público la Corporación local quedaría exonerada seguir los requisitos formales establecidos en el art. 97.1 TRRL. Esto parece lógico cuando la declaración de servicio público ya se ha realizado por medio de una ley. De este modo no se requiere justificar la actividad administrativa para prestar un servicio público, dado que la propia ley, debido al interés público prevalente que se encuentra presente en ese ámbito, autoriza o impone (esto último en el caso de que se haya declarado servicio obligatorio) desarrollar dicha actividad⁷².

En contra de esta tesis se pronuncia la **STS de 1 de febrero de 2002**, (Ar. 1590), que anula la creación por el Ayuntamiento de Marbella de una sociedad mercantil para la prestación del servicio público de recogida de residuos sólidos. Considera el Tribunal que la constitución de esta empresa privada municipal es contraria a derecho al no haberse seguido el procedimiento previsto en el art. 86.1 LRRL para acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida. Lo determinante entonces para la aplicación del procedimiento del art. 86.1 LRRL es que se emplee una forma jurídico-privada, - en este caso gestión directa por sociedad mercantil -, por lo que resulta indiferente que la ley haya declarado la actividad de recogida de residuos como servicio esencial. Se sostiene así en esta sentencia la necesidad de aplicar los requisitos procedimentales necesarios para intervenir en la economía a la gestión directa con persona jurídico-privada de un servicio público debido *“al carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación*

⁷¹ Así lo interpreta también Díaz Lema, J. M., *Los monopolios locales*, Madrid, 1994, pp. 105 y Quintana López, T., *Las mancomunidades en nuestro Derecho local*, 1990, pp. 54. Entienden, por el contrario, que es necesario dicho expediente en todas las iniciativas municipales con contenido económico, sean o no servicios públicos Lliset Borrel, F., *La actividad empresarial...*, op. cit., p. 26, Fernández González, F. J., op. cit., p. 57, Alenza García, J. F., *El sistema de gestión...*, op. cit., p. 535. González Varas, S., “Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración local”, *REALA*, Nos. 274-275, 1997, pp. 364.

⁷² Además este estado de cosas resulta congruente con el dato de que para la doctrina (por todos, Fernández González, F. J., op. cit., pp. 323 y ss.) El establecimiento de un servicio suponía, sobre todo, la implantación de un determinado régimen jurídico, en virtud del cual se le atribuía a la Administración la competencia para intervenir en la actividad, prestando efectivamente el servicio y organizándolo -potestad de organización- y ejerciendo en todo caso determinados poderes - potestad reglamentaria o de planificación, aunque esto no resulta decisivo: no hay obstáculo en admitir que este régimen jurídico también pudiera resultar de aplicación, en ocasiones, a la iniciativa económica local.

de las actividades de interés público, a que dedique la actividad”. Este argumento de que toda intervención local en la economía debe quedar claramente motivada, en la medida que puede suponer restricciones o, al menos afectar, a la libertad de empresa y de mercado puede parecer acertado. Además es similar al que se utiliza en derecho alemán, en el que, como se expone *supra* al inicio de este epígrafe 3, se exige la formalización de un expediente que sirva de justificación racional a la decisión municipal cuando se opta utilizar formas jurídico-privadas en la gestión de los servicios públicos. A pesar de todo, esta solución jurisprudencial no es correcta⁷³. No está previsto así en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco creo que resulte necesaria, teniendo en cuenta que la intervención municipal en cualquiera de las formas de gestión previstas en Derecho positivo, (de la actividad de recogida de residuos), es una decisión que en nuestro sistema adopta el legislador, que ha declarado dicha actividad como servicio público (art. 26.1.a) y b) LRBRL en relación con el art. 85.2 LRBRL) y además susceptible de reserva (art. 86.3 LRBRL).

Sigue esta doctrina la STSJ del País Vasco de diciembre de 2003 (Ar. 278), que por lo mismo anula la constitución de una empresa funeraria de capital íntegramente público del Ayuntamiento de San Sebastián. Por el contrario la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre (Ar. 70235), viene a exonerar del citado procedimiento a un consorcio constituido por la Diputación de Alicante y nueve Municipios para la recogida de residuos, por considerar que se trata de un servicio público, -aunque sobre todo lo justifica en que el servicio en este caso es de carácter obligatorio-. También la STSJ de Canarias de 9 de noviembre de 2004, sostiene que no le es aplicable a la prestación municipal del servicio público de suministro de aguas, el expediente previsto en la LRBRL por el que se acredita la conveniencia y oportunidad de la medida.

Esta diferencia en cuanto al tipo de exigencia formal –necesidad de un acuerdo del Pleno de la Corporación, precedido de una Memoria justificativa en el caso de intervención en la actividad económica o necesidad de una declaración por ley en el caso de la implantación de un servicio público- no puede significar en ningún caso que en la actividad económica de las Administraciones locales no sea necesaria la existencia de un interés general que justifique la intervención administrativa (ex art.

⁷³ Arana García, E., “El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local”, *REAL*, No. 291, 2003, pp. 79-80, comenta el fallo de la citada STS de 1 de febrero de 2002, y lo considera también erróneo. Seguidamente este autor analiza (pp. 81-84) jurisprudencia del Tribunal Supremo (STTS de 30 de enero de 1995 Ar. 3010, de 17 de junio de 1998 Ar. 4770, y de 2 de octubre de 2000 Ar. 8853) que asimismo critica porque exime del cumplimiento de los requisitos procedimentales del expediente del art. 86 LRBRL y 97 TRRL a sociedades municipales de gestión urbanística. Estas sentencias sostienen que para estos casos de sociedades dedicadas a la edificación y rehabilitación urbana resulta de aplicación especial la normativa urbanística y de la misma se deriva una exoneración de dicho expediente por el que se acredita la conveniencia y oportunidad de su creación.

103.1 CE y art. 25 LRBRL)⁷⁴. Pero sí puede implicar el reconocimiento de que éste interés público es de menor grado o simplemente no prevalece en todos los Municipios o sobre otras consideraciones: de tal manera que sólo es necesario que sea percibido por el Pleno del Ayuntamiento en el caso concreto, es decir, cuando se aprecie la “conveniencia y oportunidad de la medida”. En este sentido ex art. 97 TRRL deben valorarse los riesgos, los costes, los gastos de mantenimiento y, también los gastos financieros.

Esta exigencia formal sobre la intervención municipal en la actividad económica viene a garantizar que la concreta actividad económica de la Entidad local no sirve a la persecución exclusivamente de objetivos económicos o lucrativos, lo que estaría vedado por la propia Constitución en el art. 103.1 (*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*). También permite ponderar los efectos económicos y sociales que tendrá la intervención pública con respecto a la iniciativa privada, sobre la libertad de empresa (art. 38 CE). No se trata de reconducir esta exigencia de conveniencia y oportunidad de la medida al respeto del principio de subsidiariedad, aunque cualquier medida limitativa de los derechos y libertades fundamentales ha de resultar admisible desde el principio de proporcionalidad⁷⁵.

En resumidas cuentas, de nuestra tradición jurídica se deriva que es una exigencia constitucional aprobar una ley para que la Administración municipal preste un servicio público si se pretende excluir la libertad de empresa (art. 128.2 CE, de lo que es ejemplo el art. 86.3 LRBRL), que es costumbre que los

⁷⁴ La omisión de este requisito produce la nulidad de la actuación municipal. De este modo se anula la constitución por parte del Ayuntamiento de Barcelona de una sociedad anónima municipal para emprender una actividad económica en la conocida STS de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7352) en la medida que se considera que su objeto social era tan ambiguo y amplio que no permitía acreditar la oportunidad y conveniencia de la creación de la misma, tal y como exige el art. 86.1 LRBRL, y los arts. 96 y 97 TRRL. Como dice Arana García, E., “El procedimiento administrativo necesario...”, op. cit., pp. 85, la absoluta ambigüedad del objeto social equivale en la práctica a un incumplimiento del procedimiento administrativo exigido por la legislación local. Siguiendo esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en STSJ de 22 de abril de 1997 Ar. 861, ha anulado la constitución de una sociedad por el Ayuntamiento de Cabrera del Mar (F. D. 3: «*La definición de un objeto social tan amplio e indeterminado supone, en realidad, la habilitación para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, sin que, paralelamente, se examinen las repercusiones que ello supondrá en el presupuesto municipal, ni siquiera de forma aproximativa, ni la rentabilidad prevista ni el balance costes-beneficios...*»). Con un resultado opuesto, la STSJ de Aragón de 7 de diciembre de 2002, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en STS de 10 de octubre de 1989, declara conforme a Derecho la creación por el Ayuntamiento de Alhama de una sociedad privada municipal.

⁷⁵ Para Arana García, E., “El procedimiento administrativo necesario...”, op. cit., p. 81, el expediente administrativo a que se refiere el artículo 97 del Texto Refundido, desarrolla en el ámbito local la necesidad de motivación que el art. 54.1.f) de la LRJPAC exige para el ejercicio por parte de la Administración de cualquier potestad discrecional, y no supone en ningún caso (p. 84) «reeditar el viejo principio de subsidiariedad».

servicios públicos locales sean declarados por ley aunque no se vaya a reservar en exclusiva su prestación a la Administración local y a sus concesionarios (art. 26 LRBRL), pero que simplemente es necesario un expediente administrativo que justifique la “oportunidad y conveniencia” de la actuación para que la Administración intervenga en la economía.

Sobre esta cuestión, se plantea entonces un interrogante:

b. ¿Es necesario seguir declarando por ley las actividades susceptibles en la actualidad de ser consideradas servicios públicos locales?

La cuestión que ahora se nos plantea es si ésta dualidad de formas (declaración legal para el servicio público, y acuerdo municipal precedido de un procedimiento administrativo para la simple actividad económica), debe seguir vigente en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta las consecuencias y el distinto régimen jurídico que se derivan en este momento de uno y otro tipo de actividad.

Hay que tener en cuenta que la declaración de servicio público ya no tiene necesariamente que comportar la exclusión de competidores privados. En la actualidad esta reserva legal (art. 128.2 CE) para atribuir en exclusiva al sector público servicios esenciales carece de efectividad. No se trata de una inaplicación coyuntural. Su aplicación deja prácticamente de tener sentido en el ámbito económico-social comunitario en el que han quedado jurídicamente garantizadas las libertades de establecimiento y de servicios y liberalizados importantes sectores de actividad económica, antes monopolizados⁷⁶. Al Estado, a las organizaciones jurídico-públicas a través de las que actúa, ni les interesa ni buscan reservarse en exclusiva determinadas actividades económicas. Al menos si interpretamos la “reserva al sector público” como hasta ahora.

Si anteriormente la exigencia de ley formal para declarar un servicio público era un requisito material y procedimental derivado de la “supresión” de la libertad de empresa (art. 128.2 CE en relación con el art. 38 CE y 53.1 CE), como garantía de que los límites a los derechos fundamentales son establecidos por el legislador; en la actualidad esta reserva de ley no se fundamenta en la completa eliminación de esta libertad. Como se ha expuesto, la prestación de un servicio público por parte de las

⁷⁶ Así lo advierte y analiza, en un tono muy crítico, Cancio Melía, J., “La Constitución económica: promesas incumplibles”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 7, pp. 49 y ss., en especial p. 86, en la que sostiene que se ha producido una sustitución o desplazamiento de la Constitución económica española por obra del Derecho comunitario.

Administraciones públicas se realiza ahora frecuentemente en concurrencia con particulares, que ejercen su libertad de empresa, y resultan simultáneamente obligados a garantizar el cumplimiento de ciertas condiciones relativas a la igualdad de acceso, la calidad y continuidad de la prestación y otro tipo de exigencias “sociales” –precio asequible para ciertos segmentos de población-, lo que se conoce hoy en día como “obligaciones de servicio público”, que, sin embargo, producen restricciones en las reglas de la competencia y pueden ocasionar desigualdad.

Por ello, la declaración de una actividad como servicio público puede significar la imposición de un régimen exorbitante, no derivado del sujeto que presta la actividad ni de sus facultades de organización o planificación, ya que puede tratarse de una prestación de la que no resulte directamente responsable (*titular*) la Administración, sino derivado de la especial intervención pública, esto es, de los controles que la organización jurídico-pública como garante del servicio debe realizar la actividad prestada por particulares, que pueden traducirse en importantes modulaciones en el ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 CE). Concretamente, en un principio estructurante de la misma como es la libre competencia, -así en la consideración del TC, STC 208/1999, F.j. 1-. Es claro que del reconocimiento de la libertad de empresa se deriva la necesidad de proteger la libre competencia⁷⁷.

Por supuesto que en aras de una mayor seguridad jurídica podría exigirse que las actividades consideradas en la actualidad como servicios públicos tuvieran que ser declaradas, como en el pasado, por ley. Pero, en realidad, esta atribución al legislador –estatal o autonómico- de la competencia para declarar los servicios públicos con el fin de asegurar su prestación en condiciones de calidad a todos los ciudadanos, sigue encontrando hoy su fundamento en Constitución. Se trata de la reserva de ley para la regulación del ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de empresa (art. 53.1 CE y art. 38 CE).

Se podría objetar que no todas las regulaciones que inciden sobre la libertad de empresa están reservadas a la ley, y que el ejercicio de esta libertad es regulado por reglamentos⁷⁸, lo mismo que en relación con el derecho de propiedad (art. 33.2 CE). Siendo esto es así, al menos será necesaria una ley para declarar servicio público cuando se incide en la igualdad sustancial de las condiciones básicas para el ejercicio de un derecho fundamental como el de empresa, es decir, cuando se afecta a la libre

⁷⁷ Así se señala por la doctrina, por todos: Ariño Ortiz, *Principios...*, op. cit., pp. 215-217. Y en la jurisprudencia constitucional, concretamente en las SSTC 88/86, 1 de julio (F.j. 4), STC 8 de julio de 1993 (F.j. 3) y STC 64/1990, 5 de abril y STC 208/199, 11 de noviembre, F.j. 6.

⁷⁸ El TC admite el «ejercicio disciplinado por normas de diverso orden» desde la temprana STC 83/84, de 24 de julio, (F.j. 3).

competencia. Pero, desde luego, esto no se identifica con la reserva legal establecida en el art. 128.2 CE⁷⁹.

De lo que tampoco parece que hay duda es que esta nueva reserva de ley para seguir declarando en el ámbito local determinadas actividades prestacionales como servicios públicos -que pueden realizarse, desde el punto de vista jurídico, en concurrencia con empresarios particulares, y a las que se imponen ciertas cargas a fin de que su ejecución sea realizada en condiciones de igualdad, continuidad, calidad y precio asequible- nos introduce en un nuevo concepto de servicio público, más acorde con el derecho comunitario.

En síntesis, el Municipio decide, sometido a la ley y al derecho, qué actividades económicas quiere emprender en régimen de mercado; pero debe estar previa y expresamente autorizado por ley si decide prestar un servicio público, en la medida que puede suponer cierta derogación o excepción justificada a las reglas del mercado, concretamente al Derecho de la competencia, -por ejemplo, si se introducen precios políticos para la financiación del servicio público o si se imponen determinadas obligaciones o controles a los particulares que realizan la prestación (obligaciones de servicio público), distintos a los que se someten los particulares que ejercen una actividad sujeta a las reglas del libre mercado-.

No hay que dejar de advertir que esta competencia de legislador supone asimismo una limitación al margen de decisión de los Municipios, y por consiguiente, a la autonomía local (art. 137 CE), por lo que su ámbito de aplicación debe interpretarse en todo caso restrictivamente.

c. Competencia genérica o competencia universal del Municipio para emprender actividades económicas

Como se ha expuesto, la posible implantación de servicios públicos locales es algo previo a la decisión municipal. De esta manera los servicios públicos locales existen, no por naturaleza⁸⁰, pero sí por

⁷⁹ De todas formas conviene recordar que para una parte de la doctrina, como para Sendín García, M. A., *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*, Granada, Comares, 2003, pp. 145, no resultan ser términos equivalentes el art. 128.2 CE y la reserva de titularidad del servicio público en su sentido tradicional. Sendín sostiene además que toda constitución de una actividad o una prestación como servicio público -sin necesidad de que implique reserva a favor de la Administración- debe llevarse a cabo con sujeción a los requisitos del art. 128.2 CE. A mi juicio, esta aplicación de la reserva de ley exigida por el art. 128.2 a toda actividad de servicio público, y no sólo al reservado, no tiene fundamento. Sí, lo tiene extender la reserva de ley a toda la actividad del servicio público con base en los arts. 38 y 53 CE cuando con la declaración de servicio público se restringe la libre competencia.

exigencias reales que se producen en la práctica, y existen por decisión legal. Por el contrario, para que el Municipio ejerza una actividad empresarial en determinado sector económico en libre concurrencia con los particulares no es necesario que la ley de manera expresa lo prevea. Para estos casos el art. 25.1 LRBRL reconoce que «el Municipio, para la gestión de sus intereses, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal». Este precepto se encuentra en conexión con el art. 86.1 CE, en el que se realiza una declaración genérica de competencia municipal para ejercer actividades económicas.

En este sentido el Municipio no puede optar entre prestar servicios públicos económicos o ejercer la iniciativa pública en la economía, porque la necesidad colectiva configurada por el legislador como servicio público se impone al Municipio.

A la hora de delimitar la competencia del Municipio para emprender por decisión propia actividades económicas al amparo de los citados preceptos (art. 25.1 y art. 86. 1 LRBRL), no hay más remedio que reconocer que el Municipio tiene una competencia genérica, esto es, con base legal, pero no en virtud de una ley específica⁸¹, ¿significa esto que el Municipio español tiene una competencia universal, como se ha venido considerando en Alemania?

En Alemania se mantiene el principio de universalidad de la competencia municipal, lo que significa que el Municipio puede ejercer todos los asuntos de la comunidad local los pueden ejercer sin necesidad de un título especial. La Constitución alemana sólo prevé (art. 28.2 Ley fundamental de Bonn) que la competencia municipal se ejerce «en el marco de las leyes».

Parece, por el contrario que en España la tradición jurídica es la de atribución legal de las competencias locales⁸². Desde luego los Municipios españoles adoptan iniciativas que pueden considerarse innovadoras, con respecto a las otras Administraciones públicas, sin ampararse en autorizaciones legales expresas. Se trata de actuaciones que no tienen nada que ver con la iniciativa empresarial. Es el caso de ciertas Ordenanzas relacionadas con la protección del medio ambiente:

⁸⁰ Afirma con respecto al art. 85.1 LRBRL, Malaret García, E., "Servicio público, actividad económica...", op. cit., p. 583, «parece entenderse como si los servicios públicos existieran *ex ante, por naturaleza*, al margen de la decisión municipal».

⁸¹ No obstante la diferencia entre los dos sistemas constitucionales, alemán y español, en los que se garantiza la institución de la autonomía local en la Constitución, no es en la práctica muy perceptible. En ambos sistemas existe una jurisdicción constitucional encargada de fiscalizar la constitucionalidad de las leyes, por lo que se planteará siempre la posibilidad de declarar inconstitucional una ley que regule una materia que afecte a la gestión de los intereses de los Municipios.

⁸² Se desprende también del análisis de Gallego Anabitarte, A., *Estudio preliminar*, op. cit., p. 25.

durante años, los Municipios han aprobado reglamentos municipales para luchar contra la contaminación acústica sin que existiera un reconocimiento legal expreso –que se ha producido finalmente en la Ley 37/2003, de 17 de diciembre, de ruido-. En la actualidad, esto mismo está sucediendo en relación con las medidas contra la contaminación lumínica, y en el ámbito de la utilización de energías renovables, como la energía solar para el calentamiento de agua caliente sanitaria⁸³. Se puede entender que estas normas han sido dictadas al amparo del art. 25.2. f) LRBRL “protección del medio ambiente”, sobre la base de una interpretación amplia de su contenido y tomando en consideración el carácter transversal de las cuestiones medioambientales. También cabría sostener que estas normas han sido dictadas al amparo del art. 28 LRBRL que permite una actuación complementaria a la que realizan otras Administraciones públicas. Aunque esto último me parece bastante alejado de la realidad –ninguna de estas normas ha sido aprobada invocando como base el citado precepto– y jurídica, a pesar de que el TC haya interpretado este precepto (en STC 219/1988, de 21 de diciembre), considerándolo, sin mucho énfasis, como otra cláusula de competencia genérica⁸⁴. (Con ella ya tenemos dos en la LRBRL, lo que cada vez nos aleja más de la concepción de la competencia local como un ámbito “tasado por ley”).

A pesar de todo, creo que lo más correcto es reconocer que, al menos en el ámbito económico, los Municipios tienen una competencia genérica, y no una competencia expresamente atribuida por Ley, diferenciando así el presupuesto básico para ejercer actividades económicas frente a la prestación de servicios públicos.

Finalmente, el Municipio, ya asuma la prestación de un servicio público ya ejerza una actividad económica, y sobre todo en este último supuesto, debe limitarse el ámbito material de sus

⁸³ Sobre el número creciente de Ordenanzas municipales de este tipo aprobadas o en estado de elaboración puede consultarse la página del Instituto para la diversificación y ahorro de la energía (www.idae.es).

⁸⁴ F.j. 12.a) : «En realidad, el art. 28 no viene a ampliar notablemente el ámbito competencial de los Municipios, tal como queda ya delimitado por el art. 25 de la L.R.B.R.L.. El art. 25, en efecto, en su párrafo 1.º, precisa que los Municipios pueden promover «toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la Comunidad vecinal», especificando en el listado de materias sobre las que los Municipios deben, en todo caso, ejercer competencias, las relativas a vivienda, educación, cultura, protección del medio ambiente, sanidad y prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social [art. 25.2.º, d), n), m), f), h), i), k)]. La correlación de materias es, por tanto, evidente, si bien este art. 28 se configura como una cláusula competencial genérica que, más allá de las competencias que por imperativo de los arts. 2.1.º y 25 de la Ley, el legislador sectorial debe reconocer a las entidades municipales, habilita a los Municipios para que puedan desarrollar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones. Quiere decirse, pues, que esas «actividades complementarias» en forma alguna menoscaban o se configuran como un obstáculo a las competencias que corresponden al Estado o a las Comunidades Autónomas...».

competencias (aunque esta limitación por razón del ámbito competencial tiene más sentido cuando se aplica a la actividad empresarial del Estado o de las Comunidades Autónomas)⁸⁵. Y lo mismo cabe decir del ámbito territorial, no puede exceder de aquel que corresponde al círculo de intereses de una determinada localidad (art. 137 CE, art. 25.1 LRBRL)⁸⁶.

d. Los servicios públicos locales y su compatibilidad con el Derecho de la competencia: la cuestión de la financiación de los servicios públicos en el Derecho comunitario

Desde una perspectiva no sólo jurídica sino también económica, la caracterización de una actividad como servicio público significará que, -incluso en los casos, que serán en realidad la mayoría, en los que el monopolio que autoriza el art. 86.3 LRBRL no se hubiera efectivamente implantado y pudiera de hecho y de Derecho ser asumida por particulares-, no se trata de una actividad que se presta siempre con absoluto respeto de las reglas de la competencia. Frente a la estricta aplicación del Derecho de la competencia caben excepciones derivadas de la misión de interés general que se cumple con el desarrollo de dicha actividad de servicio ex art. 86.2. TUE.

En otras palabras, como se infiere de lo ya expuesto, la intervención de las Administraciones públicas o de los particulares -ya la presten como concesionarios o simplemente como particulares autorizados por la Administración - calificada como servicio público y regida, al menos en parte, por derecho público puede llegar a derogar las reglas de competencia, aun sin necesidad de que se implante el monopolio público. Esto se debe a que cuando se presta el servicio, aunque se haga en concurrencia con los particulares, no se lleva cabo en pie de igualdad, toda vez que la prestación no está sometida a las mismas cargas y obligaciones a las que están sometidos los particulares que actúan libremente en el mercado, concretamente no es aplicable en estos casos el mismo control en defensa de la

⁸⁵ En todo caso la Administración del Estado debe ejercer su iniciativa empresarial dentro de su ámbito competencial conforme dispone el art. 2.2 LOFAGE: «*Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros*»). En este sentido se ha pronunciado el TC, STC 52/1994, de 24 de febrero, en la que declara que la utilización de formas de actuación jurídico-privadas por parte de una organización pública debe realizarse dentro del respeto a las reglas de distribución de competencias. La misma idea en Rodríguez de Santiago, J. M., *Los convenios entre Administraciones públicas*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 322-326.

⁸⁶ Como límites a la actividad económica de las Administraciones locales González Varas, S., "Levantamiento del velo y Derecho administrativo...", op. cit., p. 363, señala además de la presencia de "utilidad pública" y al "desarrollo en beneficio de los habitantes", y del respeto a los criterios de distribución de competencias, el de "evitar la duplicidad de servicios por otros Organismos públicos con competencia especialmente instituida para el desarrollo de los mismos" (art. 31.2 RSCL), y que exista la "solventía suficiente".

competencia. Es posible pues que en la actividad de servicio público la Administración o los particulares, se prevalezcan de las reglas exorbitantes de derecho público, por el contrario, la actuación empresarial de la Administración siempre sujeta al interés público, - como se puso de manifiesto en la conocida STS de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7352) sobre la iniciativa privada económica de los entes locales-, no puede restringir el juego de la libre competencia del mercado.

Con esto no quiero decir que sea posible la prestación de un servicio público económico en el ámbito local sin respetar el derecho comunitario, y las normas relativas al mercado interior ni al derecho de la competencia. El Derecho comunitario exige el respeto al derecho de la competencia, con independencia del carácter local de los servicios prestados, o de la importancia o ámbito de la actividad, pero, también excepcionalmente y sometido a ciertas condiciones, permite la existencia de servicios públicos locales que no respetan las reglas de la competencia⁸⁷. Así, conforme a la doctrina jurisprudencial del TJCE que se inició en el asunto *Ferring* (C-53/00, en 2001), y concretada en la Sentencia de 24 de julio de 2003, en el asunto *Altmark Trans* (C-280/00, en 2003), y en la Sentencia de 24 de noviembre de 2003, en los asuntos acumulados C-34/01 a 38/01, *Enirisorse SpA*, es posible una financiación extra y pública de las actividades consideradas como servicio público cuando sirve de compensación económica a las obligaciones de servicio público.

En el asunto *Altmark Trans* se trataba de analizar la compatibilidad con el tratado de subvenciones públicas concedidas a empresas privadas para la explotación de una actividad de transporte público (de viajeros) urbano, de cercanías o regional, cuya prestación le había sido concedida por licencia otorgada en Alemania por los órganos de la Administración competente –órganos de un *Land*-. Se trataba de un actividad que no podía llevarse a cabo de manera rentable con los ingresos obtenidos del transporte y que, por tanto, dependía ineludiblemente de las subvenciones públicas. En definitiva se trataba de garantizar la prestación de suficientes servicios de transporte teniendo en cuenta, en particular, los factores sociales, medioambientales y de ordenación del territorio o con objeto de ofrecer condiciones tarifarias especiales a favor de determinadas categorías de viajeros.

No obstante esta sentencia tiene una importancia y un alcance que van mucho más allá del asunto concreto. En primer lugar, esta jurisprudencia pone de manifiesto que las subvenciones públicas a servicios públicos locales pueden tener incidencia en los intercambios comerciales entre Estados

⁸⁷ Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en la utilización de precios políticos por las Administraciones públicas a la hora de fijar la contraprestación de sus servicios de recogida y tratamiento de basuras, pues aunque, en buenos principios de gestión, los servicios públicos no han de ocasionar déficits que hayan de ser sufragados por los presupuestos (principio de autofinanciación del art. 142 CE), lo cierto es que la imposición de precios políticos, frecuente en ámbitos como el de las basuras, contradice tales principios.

miembros (apartado 69 de la STJCE de 24 de julio de 2003, asunto *Atlmark Trans*)⁸⁸, en la medida que existen ejemplos de empresas de servicios –en este caso se trataba de transportistas- de un Estado miembro que ejercen actividades en otro Estado. De este modo, se afirma, una ayuda pública aumentará o mantendrá las posibilidades de una empresa, lo que disminuirá las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados europeos de prestar sus servicios de transporte en dicho Estado miembro.

El TJCE permite la financiación pública a las empresas que prestan servicios públicos en la medida que la misma se limita a compensar el coste derivado de la implantación de ciertas actividades o prestaciones que en realidad consisten en obligaciones propias de los servicios públicos –y que se llevan a cabo, por tanto, en unas condiciones “desfavorables” desde una perspectiva del mercado–, de modo que con la concesión de esa ayuda no se proporciona ventaja efectiva alguna a la empresa beneficiaria. De ello se deriva que como presupuesto para poder aplicar esta jurisprudencia se requiera la relación directa y manifiesta entre la financiación estatal y determinadas obligaciones de servicio público claramente definidas.

Se considera así que este tipo de intervención pública no es contraria al Tratado. En primer lugar, porque no infringe el régimen de ayudas públicas, dado que no constituye una ayuda en el sentido del art. 87 del Tratado de la Comunidad Europea, –que se refiere a la prohibición de una financiación estatal de los servicios públicos que constituya una ventaja financiera, es decir, que exceda del coste generado por la prestación de las obligaciones de servicio público-. Y, en segundo lugar, porque no se falsea la competencia debido que toda empresa puede beneficiarse de la subvención pública siempre que preste los servicios públicos impuestos por el Estado. Al no considerarse una ayuda, conforme al derecho comunitario, no es necesario que sea comunicada y autorizada previamente por la Comisión europea.

Las Administraciones locales van a poder, con base en esta jurisprudencia, financiar las actividades consideradas servicios públicos, con la finalidad exclusivamente de garantizar que éstas se prestan en condiciones de accesibilidad, continuidad, igualdad y asequibilidad, de modo que su funcionamiento cumpla unos objetivos de cohesión social y territorial.

Esta financiación, –aunque puede tratarse de una intervención pública de cualquier naturaleza siempre que produzca unos efectos económicos-, tiene un carácter excepcional y resulta sólo admisible si se

⁸⁸ En este sentido en esta sentencia también se refirió a que la cuantía de la ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen *a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros.

realiza en unas condiciones objetivas, previamente establecidas y públicamente conocidas⁸⁹, a fin de garantizar la igualdad, y servir exclusivamente para conseguir concretos objetivos de interés general, – de correcto funcionamiento del servicio o de cohesión social, territorial, o de interés medioambiental-, que de otro modo no serían alcanzados, si la actividad se realizara conforme a las simples reglas de la libre competencia.

A nivel local esta jurisprudencia significa, por tanto, que son las Entidades locales las que van a asumir la decisión, -en el ámbito de sus competencias y previa habilitación legislativa-, en última instancia, u sin necesidad de estar además previamente autorizadas por la Comisión europea, de si es necesaria esta financiación pública que sirve para compensar las cargas inherentes a la actividad de servicio público que se realiza y que exceden, en un contexto histórico y social determinado, de las que se asumirían en una situación de libre mercado. Se trata de un paso más en la descentralización del Derecho comunitario.

⁸⁹ La STJE *Altmark*, apartados 89-83, establece los siguientes requisitos para permitir la financiación pública de una actividad empresarial de servicio público:

- 1) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
- 2) El cálculo de la compensación debe realizarse con arreglo a parámetros previamente establecidos de forma objetiva y transparente, de forma que se evite conceder una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria con respecto a sus competidoras.(Consecuencia de lo anterior: es ayuda prohibida la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, incluso cuando se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones del servicio público no ha sido económicamente viable).
- 3) Alcance de la compensación: no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución. (el cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia).
- 4) Procedimiento para calcular el nivel de la compensación económica necesaria: si la elección de la empresa no se ha realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de compensación debe calcularse sobre la base de un *análisis de los costes* que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte podría satisfacer las exigencias de un servicio público requeridas.

Acierno, S. y Baquero, J., “La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos”, *REDE*, No. 9, 2004, pp. 185, consideran que esta solución jurisprudencial traerá nuevos problemas. El cuarto criterio, por ejemplo, cómo se aplica, cuando no hay elemento de comparación, cuando no es posible comparar los efectos de si hay o no ayuda del Estado, cuando se trata de una empresa que opera en un sector reservado.

Resulta necesario que estas actividades sometidas a un régimen singular de financiación sean previamente conocidas, resulten previamente definidas por el poder público, en este caso, por el Municipio. Se exige su previa y pública definición en la medida que son servicios que restringen el juego del mercado y la libre competencia. Por lo mismo, parece lógico exigir en nuestro sistema su predeterminación por ley, como ya se ha expuesto, (*supra* epígrafe C.3.b).

La doctrina jurisprudencial mencionada que permite “compensaciones por las obligaciones impuestas a la prestación de servicios públicos locales” resulta lógicamente de aplicación cuando se trata de servicios públicos susceptibles de ser ejercidos en concurrencia. Se tratará así de la prestación de servicios “en concurrencia” aunque no “en competencia”.

Esto no supone la desaparición de los monopolios locales o de la reserva a favor de las Entidades locales de determinados servicios esenciales. Estas reservas siguen siendo posibles. De hecho, las reservas (o en terminología de Derecho comunitario: los derechos de exclusión) son también una forma de compensar las obligaciones de servicio público impuestas a determinadas actividades. Son conceptuados asimismo como un mecanismo de financiación, de los admitidos por las instituciones comunitarias⁹⁰, para mantener el equilibrio financiero del servicio. De esta manera, y en conformidad con el Derecho comunitario, no todos los servicios públicos locales tienen que estar liberalizados. Según nuestro ordenamiento jurídico, es posible aún implantar monopolios locales en importantes sectores, por ejemplo: en materia de distribución y depuración de aguas o en gestión de residuos, a los que por sus especiales características no ha llegado la corriente liberalizadora europea⁹¹, (no existe

⁹⁰ La Comisión, en el “Libro verde sobre los servicios de interés general”, (COM (2003) 270, de 21 de mayo de 2003) considera que existen varios sistemas o mecanismos específicos para financiar los servicios de interés general a fin de garantizar su viabilidad, y entre ellos (compensación directa con cargo al presupuesto de un Estado, contribuciones de las empresas que actúan en ese mercado, fijación de tarifas uniformes para todo el territorio del servicio, etcétera) se encuentra el establecimiento de derechos especiales y exclusivos.

⁹¹ El Comité de las Regiones se opone a que se aprueben Directivas que liberalicen ámbitos como el agua y los servicios de basuras en los que los entes regionales y locales desempeñan un papel fundamental. Considera este Comité que la Unión Europea tiene competencias para armonizar las normas de calidad y los principios económicos de estos servicios, para asegurar la protección jurídica del medioambiente y con la finalidad de lograr su eficacia económica y social. Los argumentos a favor de esta postura se exponen en su Dictamen al “Libro verde sobre los servicios de interés general”, DOC 2004/C73/7 de 23.3.2004, en sus apartado 2.7.3: «También se discute la liberalización de sectores como el agua, el alcantarillado, los desechos y la calefacción. No obstante, estos sectores no funcionan de la misma manera que el sector eléctrico y no están sujetos a los mismos requisitos. No sólo las condiciones medioambientales que tienen que cumplir sino también su infraestructura es distinta de la del sector de la energía. Por ejemplo, la electricidad puede transportarse largas distancias y más allá de las fronteras nacionales, mientras que para la calefacción y el agua no se utilizan grandes redes nacionales o internacionales. Ello constituye una limitación natural para la

legislación comunitaria derivada que impida que los Estados miembros concedan un derecho exclusivo a un único operador, y la jurisprudencia comunitaria sobre financiación de los servicios públicos comentada puede interpretarse en la misma línea).

venta de calefacción y agua a un mercado más amplio. En consecuencia, en muchos países estos servicios están organizados y gestionados por entes locales y regionales, financiados exclusivamente por los usuarios y con un sistema de precios mutuamente beneficioso, de tal forma que todos los ciudadanos reciben el mismo servicio vivan donde vivan (ciudad/campo)».