

LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN LA LEY 27/2013.

Dra. Ana Lucas Tobajas.

Profesora de Derecho Administrativo UEX.

- I. Introducción.
- II. Breve referencia histórica: Los orígenes del municipalismo.
- III. La iniciativa económica de las Entidades Locales.
 1. Los servicios públicos locales como modo de intervención en la LRBRL de 1985.
 - A. La confusa regulación de los artículos 25, 26 y 86 de la LRBRL. Planteamiento.
 - B. Alcance y contenido de los servicios públicos locales. Integración de teorías.
 2. La aprobación de la Ley 27/2013: Novedades.
- IV. La gestión de los servicios públicos locales.
 1. Consideraciones previas.
 2. Formas de gestión de los servicios públicos locales.
 - A. Gestión Directa.
 - a) Gestión por la propia entidad local.
 - b) Organismo Autónomo Local.
 - c) Entidad Pública empresarial local.
 - d) Sociedad mercantil local.
 - B. Gestión Indirecta.
 - a) Gestión interesada.
 - b) El Concierto.
 - c) Sociedad mercantil de economía mixta.
 - d) Breve referencia a la figura del arrendamiento.
 - e) La concesión.

Resumen:

La delimitación y alcance de los servicios públicos locales parecían cuestiones superadas, sin embargo, diversas circunstancias han provocado que pasen de nuevo a la primera línea de debate. El impacto de la crisis sobre las políticas sociales ha sido indiscutible y ha exigido una revisión de los límites que deben establecerse en la prestación de los servicios públicos, así como de su titularidad. En este trabajo se realiza un análisis de los servicios públicos en el ámbito local, desde sus orígenes, fundamentalmente unidos a la Revolución Industrial, pasando por la regulación confusa e inconexa que se contiene en la LRBRL, hasta las novedades introducidas por la Ley 27/2013 que, lejos de afrontar una profunda reforma de la legislación local, simplemente realiza revisiones puntuales de la LRBRL dirigidas al cumplimiento de las

directrices establecidas en el artículo 135 de la Constitución Española. Por este motivo, delimita con precisión las competencias municipales y pone coto al principio fundamental de autonomía local que, hasta ahora, amparaba casi cualquier actuación municipal.

Abstract:

The extent and scope of local public services was deemed to be a resolved issue, however, diverse circumstances have provoked that they are again at the forefront of debate. The impact of the crisis in social politics has been indisputable and has demanded a revision of the limits in provisions in public services, as well as, in their running. In this report an analysis has been made of public services on a local level, from their origins, fundamentally linked to the Industrial Revolution, passing for regulation confuses what the LRBRL stands for, even the new regulations introduced in the Law 27/2013 that, are far from addressing a widespread reform in local legislation, simply make periodical reviews of the LRBRL, directed to the compliance of the established framework in Article 135 of the Spanish Constitution.

Palabras Clave: Servicios Públicos locales; derecho local; Administración local; gestión de servicios públicos; actividad económica.

Keywords: Local public Services; local legislation; local administration; management of public services; economic activities.

I. INTRODUCCIÓN.

Si de algo está sirviendo la crisis económica que continuamos padeciendo, es que nos está obligando a replantearnos el sentido de instituciones económicas que, hasta ahora, se encontraban plenamente asentadas. Eso ha ocurrido en el ámbito de los servicios públicos locales pues, a pesar de ser una materia amplísimamente tratada por la doctrina, la reforma operada por el Gobierno mediante la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local¹, exige afrontar de nuevo un análisis detallado del alcance y consecuencias de esta

¹ BOE núm. 312, de 30 de Diciembre de 2013. Esta Ley, como veremos más adelante, en ningún caso pretende una reforma estructural de la Administración Local en nuestro país, sino más bien corregir aquellos aspectos que dificultan la estabilidad presupuestaria tan perseguida por las Administraciones Públicas en nuestros días. Frente a la misma se interpusieron diversos Recursos de Inconstitucionalidad. Así, el Recurso núm. 1792-2014, promovido por la Asamblea de Extremadura contra diversos artículos de la Ley, Recurso de Inconstitucionalidad núm. 1959-2014, interpuesto por el Gobierno de Andalucía y el Recurso de Inconstitucionalidad 2001-2014 promovido por el Parlamento de Navarra, que han finalizado

regulación, en un momento, en el que la doctrina va más allá y se pregunta por el verdadero alcance de los servicios públicos en general². Así, se modifica en gran medida el sistema competencial de las Administraciones Públicas, en particular de las Administraciones Locales, eliminando Mancomunidades y Entidades Locales Menores, y devolviendo el protagonismo perdido a las Diputaciones, de manera que *“la baremación de los servicios públicos quedará en manos de Hacienda”* y se vigilará a los municipios de menos de 20.000 habitantes³ de forma que, si no cumplen con la calidad de sus servicios públicos, éstos pasarán a ser gestionados por las Diputaciones⁴.

Ello, sin duda alguna, supondrá una ralentización en los objetivos marcados por la Carta Europea de Autonomía Local, en la que se reconocía al Ente Local *“el derecho y la capacidad....para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos....”* y *“las competencias encomendadas a las Entidades Locales, deben ser normalmente plenas y completas. No pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la Ley”*⁵, incluso, algunas normas autonómicas, como la andaluza⁶, han llegado a constituir la categoría de *“servicios locales de interés general”* que, conforme a su artículo 26.1, son los que se *“prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía”*. Con ello, no sólo se

con varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, nos referimos a la STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016 y la STC 111/2016, de 9 de junio de 2016.

² En este sentido, ha habido autores que ya han apuntado a la idea de remunicipalizar o reinternalizar los servicios pues, en origen, su titularidad pertenecía a la Administración. El proceso, que no sólo se plantea como una cuestión ideológica sino también como una cuestión técnica, no resulta sencillo porque supone transformar el régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos desde la gestión privada hasta la pública. Para lograrlo se han apuntado tres vías, la primera, esperar a la finalización de los contratos originarios, la segunda, la resolución del contrato por incumplimiento del contratista y, la tercera, el rescate de las concesiones, cualquiera de ellas supondría un aumento de costes para la propia Administración. Por ello, no debe despreciarse la experiencia que ha supuesto la privatización o al menos la gestión indirecta de los servicios públicos en el ámbito y local, y con ello, someter la cuestión a un análisis detallado para determinar la forma de prestación más eficiente, sin olvidar su naturaleza jurídica de servicio público. Disponible en <https://globalpoliticsandlaw.com/2016/12/02/remunicipalizacion-de-servicios/>

³ Alrededor de 7.714 municipios en el momento en que se aprueba la Ley. Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística. Disponible en www.ine.es

⁴ “Montoro anuncia que se definirán las competencias de las Diputaciones” Madrid. 29/02/2012. Europa Press disponible en www.europapress.es. “Cristobal Montoro considera que la reforma reducirá las estructuras burocráticas y políticas de España” 13/07/2012. EFE Disponible en www.eleconomista.es

⁵ Artículos 3.1 y 4.4 del Instrumento de Ratificación, de 20 de enero de 1988, de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo.

⁶ Ley 5/2010, de 11 de Junio, de Autonomía Local de Andalucía.

produce la quiebra de la norma de referencia, pues supone un fracaso al no realizar un examen profundo de las consecuencias concretas que suponía el reconocimiento de un determinado nivel de autonomía, sino de otras en el ámbito autonómico como la denominada Carta de Servicios⁷ en la Comunidad extremeña, en la que se refuerzan los derechos de los ciudadanos en relación con la prestación y gestión de los servicios públicos. Advertido esto procedemos, a continuación, a iniciar su análisis.

Resulta conveniente que asentemos nuestro estudio sobre dos importantes pilares que, a buen seguro, condicionarán nuestras afirmaciones. Por un lado, acudir al concepto de servicio público no es una cuestión manida a pesar de los procesos de privatización-liberalización-regulación⁸ que han experimentado distintos sectores durante los últimos años en nuestra economía, todo lo contrario, actualmente, se configuran como garantía de un modelo europeo de sociedad en constante transformación. Por este motivo, es necesario realizar una labor de encaje de los servicios públicos en un nuevo entorno económico y por qué no, también social. Ello ha provocado que el Derecho Local se encuentre inmerso en un proceso de renovación, impulsado, por un lado, por la Directiva de Servicios⁹ que supone, en gran medida, transformar la “Administración de autorización” en una “Administración de supervisión y control”, mediante la reactivación de la liberalización de servicios en el ámbito local con una repercusión también económica. Esto es una tarea compleja porque no sólo depende del proceso de adaptación que se efectúe desde la sede estatal y autonómica, sino también de la asimilación de este derecho por las Ordenanzas locales¹⁰. Por otro lado, por la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, apoyada, fundamentalmente, en cuatro directrices básicas como son: a) la ampliación de supuestos en los que el control administrativo de las actividades privadas de carácter económico no requieran autorizaciones o licencias, b) la extensión de la eficacia de los actos administrativos o comunicaciones más allá del ámbito territorial en el que se hayan dictado, c) como principal instrumento de actuación se prevé “una cooperación

⁷ Aprobada mediante Decreto 149/2004, de 14 de octubre, por el que se aprueba la Carta de Derechos de los Ciudadanos, se regulan las Cartas de Servicios y se definen los sistemas de análisis y observación de la calidad en la Administración de la Comunidad Autónoma Extremeña.

⁸ Vid. Soriano García, J.E.: *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.

⁹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva de Servicios o Directiva Bolkenstein.

¹⁰ Jiménez Asencio, R.: “El impacto de la Transposición de la Directiva de Servicios en el Derecho Local”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 12, 2010, págs. 121-157.

administrativa reforzada”, d) un conjunto de garantías administrativas y jurisdiccionales para combatir la actuación de los poderes públicos contraria a las disposiciones incluidas en la Ley. Como ha afirmado el Profesor Muñoz Machado, aunque la Ley está repleta de buenas intenciones, cuenta con importantes obstáculos en su aplicación como es el reconocimiento de eficacia extraterritorial a los actos administrativos, lo que supondría por parte de la Administración que asume una disposición de otra, la eliminación de los límites territoriales sin renunciar a su competencia sobre la materia a que el acto se refiere. Los instrumentos previstos en la Ley también deben ser cuestionados, pues se estaría exigiendo a una Comunidad Autónoma, mediante una Ley estatal, el reconocimiento de disposiciones dictadas por otra entidad administrativa en base a la “confianza mutua” y al “reconocimiento implícito”, principios que de no asumirse de forma voluntaria por éstas podría suponer una quiebra del reparto competencial establecido¹¹.

Antes de abordar la cuestión de fondo, es inevitable echar la vista atrás para poner de manifiesto los aspectos esenciales que nos ayuden a comprender desde el origen del municipalismo hasta el régimen jurídico actual de los servicios públicos en el ámbito local.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA: LOS ORÍGENES DEL MUNICIPALISMO.

Son muchos los autores que hacen coincidir el origen del municipalismo con las grandes concentraciones urbanas que tienen lugar en nuestro país como consecuencia de la revolución industrial, y el éxodo masivo que ello supone desde el campo a la ciudad¹². Esto puso de manifiesto una “hipertrofia urbana”, exigiendo una intervención directa de los organismos locales en ámbitos absolutamente desconocidos para ellos

¹¹ Muñoz Machado, S.: “Prólogo” en Alonso Mas, M^a. J. (Dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, 2014, págs. 29-42.

¹² En este sentido, el Prof. Muñoz Machado apunta a la expulsión de los jesuitas y la ejecución de políticas contrarias a las vinculaciones y privilegios del Antiguo Régimen como principales causas de la asunción por parte de la Administración Pública de servicios sociales y económicos, pues tales circunstancias obligaron al Estado a asumir servicios de enseñanza y de beneficencia monopolizados, hasta ese momento, por las órdenes religiosas, con ello se inicia una política dirigida a disminuir la influencia de la Iglesia en todos los ámbitos. Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, Iustel, reimpresión 2009, pág. 52. Otros autores, como el Prof. Martín Retortillo, han apuntado a la imperiosa necesidad que tenían los municipios de gestionar su patrimonio municipal garantizando no sólo su mantenimiento, sino también la producción de rentas. Martín Retortillo Baquer, S.: *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, 1991, pág. 310.

hasta ese momento, como era el económico¹³. Efectivamente, como apunta Enterría¹⁴, el industrialismo fue la cara y la cruz de una misma situación, pues, por un lado, puso de manifiesto como consecuencia de las concentraciones urbanas la carencia absoluta de servicios, incluso de un modo dramático, mientras que, por otro lado, el propio fenómeno industrializador ofrecía por vez primera soluciones nuevas, como el suministro de agua por habitaciones, el transporte urbano, el gas o posteriormente la electricidad, presentándolas ante la sociedad como verdaderas necesidades públicas para el progreso de las ciudades. Y es que la industrialización llevó aparejada la modernización de la sociedad uniendo indisolublemente los conceptos de municipio con el de política social, es lo que Gascón denominó la “acción social del municipio”¹⁵, cuyos objetivos se centraban en dos aspectos; el primero, quitar de la mano privada el disfrute de determinadas industrias; el segundo, perseguir el bienestar general, afirmando con ello que sería más correcto referirse al socialismo municipal más que al industrialismo municipal. En cualquier caso, se trata más de una lucha ideológica que jurídica, pues dadas las condiciones actuales del mercado las palabras de este autor sólo servirán para inspirar y no perder la esencia de lo que debe representar el municipalismo en cuanto mejoras que revertirán de forma directa en la sociedad.

Así pues, las primeras intervenciones de la Administración Pública quedan justificadas debido a la trascendencia social, no sólo en la prestación de determinados servicios, sino también en la utilización de los medios técnicos empleados. Podemos citar como ejemplos las reservas demaniales o la vieja técnica de la concesión, con la que se llevaba operando desde la Edad Media en las denominadas daciones regalísticas o las Compañías de colonización¹⁶.

Con ello, podemos precisar que los primeros rasgos definidores del concepto de municipalización fueron, en primer lugar, el convencimiento general de que la Administración debía asumir la gestión de determinados servicios. En segundo lugar, estas actividades, además de tener un indudable carácter mercantil o industrial, debían ser esenciales para el desarrollo social, tales como agua, transporte urbano, gas o electricidad, y su gestión, en origen, debía realizarse por el Estado, produciéndose el

¹³ Albi, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, 1960, págs. 71 y ss.

¹⁴ García de Enterría, E.: “La actividad industrial y mercantil de los municipios”. *Revista de Administración Pública*, núm. 17, 1955, pág. 91.

¹⁵ Gascón y Marín, J.: *Municipalización de servicios*, Ed. V. Suárez, 1904, págs. 12 y ss.

¹⁶ García de Enterría, E.: “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, op cit., pág. 91.

fenómeno de la municipalización cuando estos servicios comienzan a prestarse de forma directa por la Administración Local. Esto resulta inaudito en el sistema anglosajón, en el que municipalizar es transformar la gestión desde el sector privado al público, no entregar la gestión de un ente público a otro ente público. Por este motivo, como ha afirmado Enterría, se obviaron otras formas de gestión como la indirecta, que sí han tenido aplicación en el Derecho administrativo europeo¹⁷.

Es evidente que el concepto ha sufrido una importante transformación desde los primeros servicios públicos consistentes en hornos, tablas, panaderías y similares, e incluso cuando fue utilizado “como medio de lucha contra la especulación desorbitada en materia de subsistencias”¹⁸, hasta su concepción actual. Esta evolución se debe, en gran medida, a las distintas normas que de forma lenta han ido conformando desde el ámbito jurídico y no meramente social los límites del término. En este sentido, la Ley Municipal de 1877 ya consideraba de competencia municipal “el arreglo y ornato de la vía pública, comodidad e higiene del vecindario, fomento de sus intereses materiales y morales, y seguridad de las personas y materiales” (artículo 72). Antes se habían realizado breves referencias en la Constitución de Cádiz de 1812, en la que se afirmaba que los Ayuntamientos asumirían el cuidado de hospitales, hospicios y demás establecimientos de beneficencia, así como de la función de policía de comodidad y salubridad (limpieza de calles, mercados, plazas públicas y de hospitales)¹⁹. Aún así, la regulación resultó ser fragmentaria pues las Disposiciones de 1905 afrontaron de manera separada la municipalización del servicio de mataderos o mercados, entre otros. Posteriormente, y como consecuencia del conflicto surgido por la municipalización del gas de agua puro en Valencia y los recursos interpuestos contra la misma, se dicta una Real Orden de 1907 por la que, a través de la Ley de 1877, se da vía libre para la municipalización de servicios. Este cúmulo de circunstancias dio lugar al surgimiento de multitud de proyectos y normas que exigieron la aprobación del Estatuto de 1924, considerado el primer cuerpo legal que realiza una regulación general y sistemática de la municipalización²⁰ exigiendo, para que ésta pudiera llevarse a efecto, que se tratase de un servicio general de primera necesidad para los habitantes del término municipal,

¹⁷ García de Enterría, E.: “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, op. cit., págs. 108 y ss.

¹⁸ Clavero Arévalo, M.F.: *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1952, pág. 26.

¹⁹ Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, op. cit., págs. 749-751.

²⁰ Clavero Arévalo, M.F.: *Municipalización y Provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, op. cit., págs. 27 y ss.

que podría ser gestionado bien de forma directa o bien mediante empresa privada adjudicataria. Estas formas de gestión fueron matizándose posteriormente con la Ley de Régimen Local de 1950. La existencia de un interés público se convierte en una condición esencial para la intervención de los poderes públicos en la economía, además dicho interés debe ser atendiendo a razones de eficiencia por la Administración más cercana, en este caso, la municipal. Si bien, debemos afirmar que, como expresión del reconocimiento de la autonomía local en todos los ámbitos, también en el de la gestión de servicios, no han estado carentes de tutela, en origen por la Administración estatal que era la que aprobaba el expediente municipalizador y, en la actualidad, por las Comunidades Autónomas restringiendo así la plena libertad de actuación preconizada por la autonomía municipal. Esta forma de actuar nos lleva a pensar que, al menos durante aquellos primeros años de vigencia de la LRL de 1955, los Municipios se constituían como una prolongación de la Administración central que, de esta manera, controlaba las intervenciones en la actividad económica concurriendo así el sector público con el privado²¹.

En este sentido, si la municipalización supone traer al ámbito municipal actividades económicas típicas del sector privado, la pregunta que debemos realizar junto a la doctrina tradicional es si se trata simplemente de una mera asunción de competencias o si, por el contrario, conlleva también una forma concreta de gestión²².

Para García de Enterría se trata de una asunción de actividades por parte del municipio, caracterizada por:

1. Actividades que en origen habían sido calificadas como servicios públicos y gestionadas por el Estado.
2. Actividades que se encuentran en el tráfico mercantil que serán elevadas a la categoría de servicio público, y asumidas por el municipio sin cambiar su categoría jurídica, prestándose en concierto con la actividad privada²³.

Otros autores, como Sosa Wagner, también han entendido el concepto de municipalización como asunción de competencias e incluso, siguiendo la tradicional

²¹ Martín-Retortillo Baquer, S.: *Derecho Administrativo Económico I*, op. cit., págs. 89 y ss.

²² Sosa Wagner, F.: *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, 2008, pág. 435.

²³ García de Enterría, E.: “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, op. cit., págs. 112-113.

obra de Albi, han considerado que no se trata de una institución extraordinaria pues la iniciativa económica del municipio es una cuestión reconocida por todos²⁴.

De todo ello podemos extraer dos importantes conclusiones:

1. Que, en definitiva, municipalizar supone sustraer al Estado servicios con un inequívoco carácter local no sólo por las personas a las que afecta, sino también porque sus formas de gestión, administración o ejecución se encuentran fuertemente vinculadas al municipio, de ahí incluso que se haya defendido un “*númerus apertus*” a la hora de establecer un posible elenco de servicios que pudieran tener tal carácter, permitiendo al municipio como máxima expresión de su autonomía decidir sobre los mismos.
2. Nos planteamos un nuevo interrogante, cómo se ha realizado el traspaso de poderes desde el Estado hasta el municipio, es decir, ¿dónde se encuentran los fundamentos jurídicos de la iniciativa pública económica en el ámbito municipal? Lo abordamos a continuación.

III. LA INICIATIVA ECONÓMICA DE LAS ENTIDADES LOCALES.

Plantearnos en la actualidad el análisis de la iniciativa económica en el ámbito local, es una cuestión que puede resultar mucho más trascendental de lo que en principio aparenta, y ello en base a que los procesos de privatización, liberalización y desregulación de los denominados servicios públicos económicos han conformado el nacimiento del Estado regulador, transformando su intervención en los mismos, desde la producción de bienes y servicios hasta convertirse en el garante de su efectiva prestación. Tampoco es menos cierto que tales procesos han servido para introducir una normalidad en la intervención de los poderes públicos en la economía, sin que tenga que vincularse tal intervención con una situación excepcional. Sin embargo, las circunstancias económicas actuales, nos están obligando a replantearnos los principios sobre los que se asienta el sistema económico descrito en la Constitución alcanzando, como no podía ser de otro modo, a la configuración jurídica de los servicios públicos. En este sentido, el pronóstico realizado apunta en una doble dirección; la primera, puesto que las Administraciones Públicas, pese a la liberalización, no abandonaron

²⁴ Sosa Wagner, F.: *Manual de Derecho Local*, op. cit., pág. 435 y Albi, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, op. cit., págs. 261 y ss.

nunca sus posiciones gestoras, las técnicas de regulación confluirán con el mantenimiento de un sector público al que se le impondrán reglas específicas de funcionamiento para garantizar la competencia en los mercados; la segunda, será necesario recuperar los instrumentos y técnicas de regulación económica que durante los últimos años se han abandonado en beneficio de la defensa de la libre competencia, perjudicando incluso los intereses generales y, de manera particular, a los consumidores. Todo ello unido a la necesidad de incrementar la supervisión de los operadores del mercado, mediante la creación de órganos supraestatales²⁵. Con ello, como decíamos al principio, la intervención de los poderes públicos en la economía vuelve a ser protagonista al tratar de configurar los nuevos límites de intervención del Estado que, en esta nueva etapa, aún están por definir.

Por lo que se refiere al estudio de los servicios públicos locales, resulta conveniente analizar los títulos habilitantes que legitiman la intervención municipal en la actividad económica. Por este motivo, debemos acudir a la Constitución Española, concretamente a su artículo 128, a los preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), sus Reglamentos de desarrollo y a la Ley 27/2013.

Efectivamente, nuestra Constitución consagra como modelo económico la economía de mercado, y ello en base a dos artículos que no hacen sino corregirse mutuamente sus excesos, como son el artículo 38 en el que se declara la libertad de empresa, condicionada o modulada, si se prefiere, por lo dispuesto en el artículo 128.2 en el que de forma particular, *“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general por las exigencias de la economía nacional y, en su caso, de la planificación”*. De la interpretación de este artículo se pueden extraer dos conclusiones; la primera, una habilitación expresa para la actuación de los poderes públicos en la regulación del proceso económico; la segunda, la distinción entre dos formas de intervención bien diferenciadas como son la posibilidad de realizar actividades económicas como podría hacerlo cualquier particular y actividades

²⁵ Muñoz Machado, S.: “Fundamentos e Instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (Dirs): *Derecho de la Regulación Económica. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, 2009, págs. 63 y 64.

cualificadas que deriven de una reserva del sector público, entendiendo por tal servicios de tipo económico. Con ello, se erradicará el principio de subsidiariedad que presidió el sistema económico a lo largo de todo el Estado Liberal, por el que la intervención del poder público quedaba excluida con la actuación de los operadores privados²⁶. Por lo que se refiere al alcance de la reserva no existe unanimidad en la doctrina, pues las posturas oscilan entre la consideración de la reserva como una *publicatio* de la actividad excluyendo a la iniciativa privada, o los que consideran que de la interpretación del artículo 128.2 en ningún caso puede suponer una exclusión del sector privado.

Esta habilitación general encuentra su aplicación en el ámbito local con la regulación establecida en el artículo 86 de la LRBRL, mediante la cual se reconoce la iniciativa pública local y la plena libertad del municipio para ejercerla, aunque esta última cuestión ha desaparecido con la aprobación de la Ley 27/2013, al condicionar el ejercicio de dicha iniciativa al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, con este fin resulta necesario acreditar en el expediente no sólo la conveniencia y oportunidad de la medida, sino también la inexistencia de riesgos para la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal, así como un análisis del mercado relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos sobre la competencia empresarial, independientemente de que tal iniciativa se lleve a efecto mediante el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre competencia, o bien mediante la realización de una reserva a favor de las entidades locales respecto de actividades o servicios esenciales. En este sentido, podemos afirmar que la regulación de esta cuestión realizada por la norma de cabecera del ámbito local, la LRBRL, no resulta clara induciendo al lector a continuas confusiones por la terminología empleada²⁷.

²⁶ Es lo que también se ha denominado “principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la iniciativa privada en el ámbito económico no publicado”. De Juan Asenjo, O.: *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984, pág. 97. Posteriormente, se desarrolla esta idea en la obra De la Cuétara Martínez, J.M. (Dir.), Villar Rojas, F., (Coord.) *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, INAP., 1991, págs. 150 y ss.

²⁷ Además, su naturaleza jurídica también ha sido objeto de estudio por la doctrina. El Profesor Álvarez García, ha abordado su análisis a propósito del fenómeno de interiorización del régimen local que se ha llevado a efecto con la aprobación de los denominados Estatutos de Autonomía de segunda generación. En este sentido, se ha planteado la verdadera naturaleza jurídica de esta Ley ya que, aunque desde un punto de vista formal se trata de una ley ordinaria con carácter básico, lo cierto es que logra desplazar el contenido en materia de régimen local incluido en los Estatutos. No se trata de una cuestión sencilla, pues hasta el propio Tribunal Constitucional ha llegado a plantear sus dudas en la STC 31/2010, de 28 de junio. Como Álvarez García afirma, dicha Sentencia ha reconocido que la LRBRL se trata de una norma desconocida para nuestro ordenamiento pues, por un lado, sigue siendo una ley ordinaria en sus relaciones

En efecto, cuando uno se propone el estudio de los servicios públicos en el ámbito local, se encuentra con un conjunto de preceptos, en algunos casos contradictorios en otros inconexos, que exigen ser analizados con detenimiento, tomando como referencia la doctrina, que, en no pocas ocasiones, ha tenido la oportunidad de enfrentarse al estudio y comprensión de los mismos.

1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES COMO MODO DE INTERVENCIÓN EN LA LRBRL DE 1985.

A. La confusa regulación de los artículos 25, 26 y 86 de la LRBRL. Planteamiento.

Básicamente tres son los preceptos de la LRBRL que conforman el régimen jurídico de los servicios públicos en el ámbito local, son los artículos 25, 26 y 86 de la LRBRL. De una lectura rápida de los mismos podemos observar la concurrencia de una pluralidad de conceptos como competencias locales, actividades, servicios, servicios públicos o servicios esenciales, separados por una delgada línea que exigen una correcta interpretación para su entendimiento. Aunque, en este sentido, advertimos que parte de la doctrina ya ha señalado que ha resultado imposible alcanzar una solución satisfactoria al entramado jurídico planteado en la legislación local.

El artículo 25 es el punto de partida, pues comienza con una habilitación general para “promover todo tipo de actividades y prestar cuantos servicios públicos” sean necesarios con el fin de satisfacer las necesidades de los vecinos, y continúa enumerando un conjunto de competencias que ejercerá “en cualquier caso”, como son: seguridad, ordenación del tráfico de vehículos y personas en vías urbanas, protección civil, prevención y extinción de incendios, ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, patrimonio histórico-artístico, protección del medio ambiente, abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores, protección contra la salud pública, cementerios y servicios funerarios, prestación de servicios sociales, suministro de agua y alumbrado público, alcantarillado, servicio de recogida y

con las normas estatales y, por otro, no debe negarse que se trata de una norma con un valor reforzado frente al ordenamiento autonómico, incluido su Estatuto de Autonomía, que está obligado a respetar, en todo caso, la reserva establecida en el artículo 149.1.18 de nuestra Constitución. Álvarez García, V.: “Las reglas constitucionales sobre la interiorización del Régimen Local en los Estatutos de Autonomía de Segunda Generación y la problemática naturaleza jurídica de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local”. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 99, septiembre-diciembre (2013), págs., 61-97.

tratamiento de residuos, transporte público de viajeros, actividades culturales, deportivas, turismo y participación en la programación de la enseñanza, cooperando con la Administración educativa²⁸. Ante este elenco de materias debemos preguntarnos, ¿qué describe este artículo? ¿debemos considerar que se trata de un conjunto de competencias que deben ser ejercidas en cualquier caso?, ¿las convierte en servicios públicos y, por tanto, de obligada prestación?

Siguiendo con nuestro planteamiento debemos señalar que el artículo siguiente, el 26, enumera un conjunto de servicios que el Municipio deberá prestar de forma obligada como son: el alumbrado, cementerio, recogida de residuos, limpieza de calles, alcantarillado, abastecimiento de agua, acceso a los núcleos de población, pavimentación de vías públicas y control de alimentos y bebidas. Posteriormente, incrementa estos servicios dependiendo de la población del mismo. Por su parte, el artículo 86.3 establece una reserva sobre una serie de servicios esenciales como son: abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de

²⁸Como se ha puesto de manifiesto en la STC 41/2016, el régimen básico de las competencias ha de interpretarse en el siguiente sentido: a) Las competencias “propias” se atribuirán a los municipios de modo específico y a través de normas (estatales o autonómicas) con rango de Ley (art. 25, ap. 3y 5 LBRL). Estas normas deben en cada caso: 1) evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; 2) prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales, sin que ello pueda conllevar en ningún caso un mayor gasto de las Administraciones Públicas»; 3) «ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad» y, si la ley es estatal, «de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios antes señalados»; 4) garantizar que «no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración pública» (apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LBRL).

b) La nueva redacción del art. 25.2 LBRL, en línea con la anterior, identifica las materias dentro las que el municipio debe tener «en todo caso» competencias «propias» (art. 25.2 LBRL). Este artículo no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiera. La atribución en sentido estricto sigue correspondiendo a la legislación sectorial estatal y a las Comunidades Autónomas, cada cual en el marco de sus competencias. El art. 25.2 LBRL sigue funcionando, por tanto, como una garantía legal (básica) de autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) a través de la cual el legislador básico identifica materias de interés local para que dentro de ellas las leyes atribuyan en todo caso competencias propias en función de ese interés local [STC 214/1989, FJ 3 a) y b)]. A este respecto, la novedad es la relativa constrictión de esa garantía legal como consecuencia de la reducción o supresión de algunas materias incluidas en el listado de la redacción anterior del art. 25.2; en especial la asistencia social y la atención primaria de la salud.

c) Las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL, quedando vinculadas en todo caso a las exigencias reseñadas (apartados 3, 4 y 5). Así resulta del tenor literal del art. 25.2 LBRL, conforme al que las materias enumeradas son solo un espacio dentro del cual los municipios deben disponer «en todo caso» de competencias «propias», sin prohibir que la ley atribuya otras en materias distintas.

recursos, suministro de calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales y transporte público de viajeros.

Así las cosas, como ya indicó Díaz Lema²⁹, contraponiendo el contenido de los artículos citados, nos encontramos varias situaciones:

1. Una misma actividad se encuentra incluida en el artículo de competencias (art. 25.2), en el de los servicios mínimos y obligatorios (art. 26.1) y en el de la reserva de servicios (art. 86.3), esto ocurre con los mercados, recogida y tratamiento de residuos, suministro de agua y el transporte público de viajeros utilizando tal expresión en los artículos 25.2 y 86.3 y refiriéndose al transporte colectivo urbano de viajeros en el 26.1.
2. La misma actividad se regula en el artículo 25.2 y se reserva mediante el 86.3, pero no se trata de un servicio mínimo u obligatorio, es el ejemplo de la depuración de aguas.
3. Actividades reservadas que no se encuentran en la enumeración de artículos 25.2 ni 26.1, es decir, ni se consideran competencias, ni servicios mínimos ni obligatorios, como son, lonjas, suministro de calefacción o aprovechamiento de residuos.

Antes de entrar en el fondo del asunto para tratar de aportar algo de luz sobre el mismo, debemos señalar que la doctrina se ha debatido en la clasificación de distintos conceptos en la convicción de que ello resultaría absolutamente necesario para entender la regulación jurídica que se realiza en la LRBRL sobre los servicios públicos. En este sentido, Díaz Lema considera que la actividad municipal o los denominados servicios municipales comprenden una serie de actividades básicas como son las competencias locales, los servicios mínimos y obligatorios, la reserva y la iniciativa pública. La correcta interpretación de estos conceptos, según este autor, ayudará sin duda a comprender el contenido de los artículos anteriormente citados. Por su parte, Fernández González³⁰, considera que las dos modalidades de intervención municipal en la economía, libre competencia y monopolio, se encuentran justificadas en los títulos que legitiman la intervención municipal como son la capacidad, competencia o titularidad. Estas tres formas de intervención sobre un asunto representan tres grados de intervención distintos dependiendo de la materia de que se trate. Así, si el municipio tiene reconocida capacidad, en base a los principios de autonomía junto con el de

²⁹ Díaz Lema, J.M.: *Los monopolios locales*, Montecorvo, 1994, págs. 51-52.

³⁰ Fernández González, F.J.: *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Civitas, 1995, págs. 408 y ss.

garantía institucional, puede participar en la gestión de cuantos asuntos les afecten a sus intereses, en lo referente a su intervención económica podrá concurrir con la de particulares o incluso con otras Administraciones Públicas. Si se trata de una materia sobre la que tiene reconocida competencia el grado de intervención se eleva, pues su actuación podrá excluir la de otras Administraciones Públicas, aunque no necesariamente la de los particulares, pues dicha actividad podrá ejercerse en régimen de libre competencia. Para Fernández González nos encontramos ante actividades económicas del municipio en estrecha conexión con el ámbito de los servicios públicos, pues se trata de una parte esencial de su actividad industrial y mercantil. Por último, si al municipio se le atribuyese la titularidad sobre una determinada actividad o servicio económico, lo que supondría la reserva a su favor de un conjunto de actividades o servicios, acarrearía dos importantes consecuencias; por un lado, la asunción por parte del municipio de la titularidad sobre la actividad objeto de reserva, por otro, la exclusión o prohibición de la iniciativa privada de operar en el sector reservado. En este sentido, debemos matizar que la reserva implica una titularidad pública del servicio, pero en modo alguno condiciona la gestión de la misma que podrá llevarse a cabo en régimen de libre competencia o bien si se considera necesario excluir la iniciativa de los particulares como la de otras Administraciones Públicas, podrá prestarse en régimen de monopolio³¹.

A continuación, analizaremos con detalle el contenido de los artículos citados, tratando de integrar las aportaciones realizadas por los autores anteriormente mencionados.

Por lo que se refiere al contenido del artículo 25, alude a un conjunto de competencias, sobre las que no se trata tanto de establecer un elenco cerrado, sino más bien una habilitación genérica sobre determinadas materias que el legislador sectorial deberá concretar, entonces sí podremos considerarlas competencias locales en sentido estricto asumidas por el Municipio. Es decir, la lista enumera un conjunto de competencias, en ningún caso servicios públicos, a pesar de que algunas de esas materias coinciden con algunos de los servicios públicos locales recogidos en artículos posteriores³².

³¹ Fernández González, F.J.: *La intervención del municipio en la actividad económica. Los Títulos que la legitiman*, op. cit., págs. 403 y ss.

³² Del Guayo Castiella, I.: "La gestión de los servicios públicos locales" en RAP, núm. 165, 2004, pág. 94.

De esta forma, la LRBRL continúa con la configuración de los servicios públicos locales, y utiliza el artículo 26 para concretar el contenido del artículo anterior. En este caso, detalla un conjunto de servicios mínimos y obligatorios que irán ampliándose en función de la población municipal, cumpliendo una doble finalidad, por un lado, representan el contenido esencial de la autonomía, y por otro, se pretende asegurar un régimen local común en todas las Comunidades Autónomas. Aunque Fernández González considera que ambos artículos describen y concretan un número mínimo de materias donde está presente el interés municipal, nosotros consideramos que, de una interpretación correcta de los artículos 25 y 26, debemos entender que los servicios descritos en el artículo 26, derivan del catálogo general de competencias previsto en el artículo anterior, es decir, no se trata de dos artículos genéricos que describen de la misma forma ámbitos en los que el Municipio pudiera llegar a invocar un determinado interés, todo lo contrario, se trata de normas complementarias puesto que de la descripción general de competencias, se derivan un conjunto de servicios cuya prestación es básica, para ir ampliando posteriormente los mismos en función de la población. Entendemos, por tanto, que el artículo 26 realiza dos importantes aportaciones al trazado de los servicios públicos, la primera, la enumeración de servicios mínimos obligatorios, y la segunda, la delimitación entre servicios municipales obligatorios y los facultativos. Los primeros, son aquellos exigibles a todos los municipios o bien a los municipios que superen la población prevista en los artículos 26.1.b.c y d (población superior a 5.000, 20.000 y 50.000 habitantes, respectivamente). Por el contrario, son servicios facultativos aquellos que el municipio tiene plena libertad para prestarlos al no superar los umbrales mínimos de población exigidos, por ejemplo, el transporte colectivo de viajeros en un municipio de 40.000 habitantes, en este caso, el municipio de forma discrecional decidirá sobre la prestación o no de dicho servicio.

Pero, ¿cuál será la forma de prestación de estos servicios? Efectivamente, el artículo 26 en ningún momento hace referencia a las distintas modalidades de prestación de los mismos, para dar cumplida respuesta a esta pregunta debemos acudir al artículo 86.3, en el que se recoge de nuevo una lista de actividades o servicios reservados a la titularidad del municipio, ello ha llevado a considerar incluso la innecesariedad de la reserva, pues ya los servicios obligatorios del artículo 26 deben ser considerados en sí una reserva³³, fundamentada en el artículo 128.2 de la Constitución Española que determina la

³³ Díaz Lema, J.M.: *Los monopolios locales*, op. cit., págs. 31 y 56.

publicatio de actividades y servicios³⁴. Esto supone el reconocimiento de una titularidad exclusiva de la actividad o del servicio en favor del municipio, excluyendo el régimen concurrencial en la prestación del mismo, sin que ello suponga necesariamente una gestión directa por parte del ente local. Así, la aportación de la reserva del artículo 86.3 sobre lo dispuesto en el 26 radica, efectivamente, en la publicación de las actividades descritas, pues sobre los servicios obligatorios del artículo 26 no se establece condicionante alguno en los modos de prestación³⁵.

Para Díaz Lema todas las materias recogidas en el 86.3 son competencias locales, es decir, son actividades sobre las que de una u otra forma el municipio tiene reconocido algún grado de intervención. En este sentido, se podría afirmar que todas las materias reservadas son competencias locales. Por el contrario, se observan dos cuestiones, la primera, que no todas las competencias locales son reservadas, nos referimos a aquellas competencias que impliquen ejercicio de autoridad, la segunda, que de forma sorprendente, no todos los servicios obligatorios descritos en el artículo 26 se encuentran reservados en el 86.3, lo cual nos lleva a plantearnos cuáles son los verdaderos servicios públicos locales. Para dar respuesta a esta cuestión, es necesario responder antes a otros interrogantes como son, qué actividades deben incluirse en el servicio público local, para acabar delimitando su contenido mediante la definición de tales servicios.

B. Alcance y contenido de los servicios públicos locales. Integración de teorías.

Hasta ahora la Ley de 1985 establecía que el elenco de los servicios públicos que debían existir en todos los municipios se concretaban en el alumbrado público, limpieza viaria, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de vías públicas y control de alimentos y bebidas. En municipios de más de 5.000 habitantes, parques públicos y biblioteca pública, en los de más de 20.000 protección civil, servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. Finalmente, en aquellos municipios de 50.000 habitantes la protección del medio ambiente. También ocurre al contrario, es decir, actividades reservadas que no se

³⁴ Del Guayo Castiella, I.: "La gestión de los servicios públicos locales", op. cit., pág. 93. Vid. también Carlón Ruiz, M.: "Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al universal" en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (Dir): *Derecho de la Regulación económica. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, op.cit., pág. 478.

³⁵ Parte de la doctrina ha considerado que los servicios públicos, por el mero hecho de serlos, ya estaban reservados, por ello no han encontrado sentido alguno a la reserva prevista en el artículo 86.3. Díaz Lema, J.M.: *Los monopolios locales*, op. cit., pág. 57.

encuentran incluidas entre los servicios obligatorios descritos en el artículo 26. Como ha afirmado Del Guayo, el lector puede pensar, tratando de encontrar una explicación lógica al galimatías planteado por la LRBRL, que nos encontramos ante un monumental error en la transcripción de los artículos, sin embargo, dicho autor ha confirmado que tanto los servicios descritos en el artículo 26 como los del 86.3 han de calificarse como servicios públicos en función de lo descrito en el artículo 128 de la CE, y que lo que subyace en este entramado no es más que la confusión entre los conceptos de actividad económica local y servicio público local, pues una cosa es la actividad económica que el municipio pueda desarrollar, siempre en concurrencia con los particulares, y otra bien distinta, son los servicios públicos cuya titularidad pertenece a las entidades locales, independientemente de que se retenga o no su gestión³⁶.

Así pues, la iniciativa pública en el ámbito económico contempla dos posibilidades, el ejercicio de la actividad en régimen de concurrencia, o la reserva en sentido estricto, cuya consecuencia inmediata sería la publicación de la titularidad del servicio, como ya hemos indicado. En cuanto al procedimiento, se describen dos momentos bien diferenciados, en primer lugar, la reserva, es decir la declaración legal, y en segundo lugar, la efectiva ejecución de la actividad sometida, por un lado, a acuerdo del Pleno de la Corporación, y por otro, a aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma. Esto ha obligado a referirnos a la existencia de una “reserva diferida”³⁷, pues se deja en manos de las Entidades Locales y de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, la decisión de excluir a los particulares de una determinada actividad económica, consideramos que esta afirmación, no sólo irrumpe el alcance del artículo 128.2 sino también de la propia LRBRL, que más que habilitar a los Entes locales parece esbozar un marco jurídico para que sean decisiones administrativas posteriores, las que determinen la existencia y el alcance de la reserva, desvirtuando así, el sistema previsto en la norma constitucional.

Una vez precisado el alcance y contenido de la LRBRL en lo que a servicios públicos locales se refiere, resulta necesario abordar su definición, advirtiendo al lector que el concepto ha recibido, como no podía ser de otra manera, la influencia de la confusa regulación que realiza la ley de cabecera. Ello ha tenido reflejo en la doctrina cuyas

³⁶ Del Guayo Castiella, I.: “La gestión de los servicios públicos locales”, op. cit., págs. 96 y 97.

³⁷ Fernández González, F.J.: *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, op. cit., pág. 423.

definiciones han resultado excesivamente imprecisas por ser demasiado amplias. Así, Del Guayo ha definido los servicios públicos locales como aquellos cuya titularidad es otorgada por Ley a las entidades locales³⁸. Por el contrario, para Fernández González existe una distinción clara entre los servicios de titularidad municipal y los servicios públicos municipales: los primeros son, a juicio de este autor, los servicios esenciales reservados que se contienen en el artículo 86.3; respecto de los segundos, el municipio no es titular y, por tanto, en ningún caso podrá excluir la iniciativa privada de la prestación del mismo. Así, para este autor, la definición más acertada es la contemplada en el artículo 85 de la LRBRL “son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales”³⁹. Conceptos ambos, que, como ya hemos indicado, por ser excesivamente genéricos realizan una aportación escasa a las cuestiones planteadas por la Ley, induciendo incluso al error, pues consideramos que dicha definición confunde la iniciativa económica reconocida en el artículo 86.1 a los entes locales que en ningún caso excepciona la aplicación del artículo 38 de la Constitución, con la titularidad pública en la prestación de determinados servicios, y deja sin contestar las dudas planteadas por el artículo 86.3 cuando permite a los poderes públicos reservar servicios de carácter facultativo, es decir, servicios que potestativamente el municipio decide prestar o no, pero que, en cualquier caso, la titularidad de los mismos será pública. Esta afirmación nos obliga a plantearnos el concepto de servicio público, y aquellos elementos a los que se encuentra indisolublemente unido como son *publicatio*, reserva o esencialidad. En este sentido, el artículo 128.2 de la CE condiciona la reserva a servicios esenciales, como respuesta al interés general, con ello puede afirmarse que no puede ser objeto de reserva cualquier actividad económica prestada por el Municipio, tan sólo las consideradas esenciales, y dentro de ellas, las que respondan al interés general⁴⁰. Es decir, no todo lo esencial se reserva, aunque sí todo lo que se reserva es esencial, resultando contradictorio reservar servicios considerados ya de por sí no obligatorios. Algunos autores han tratado de explicar esta contradicción afirmando que en los servicios calificados como esenciales el legislador ha incluido la imposición efectiva del monopolio a actividades económicas bien por su naturaleza, bien por una mera cuestión

³⁸ Del Guayo Castiella, I.: “La gestión de los servicios públicos locales”, op. cit., pág. 94.

³⁹ Fernández González, F.J.: *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, op. cit., pág. 150.

⁴⁰ Carlón Ruiz, M.: “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al universal” en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (Dirs): *Derecho de la Regulación económica. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, op. cit., pág. 481.

de voluntad política⁴¹. Ello nos parece una irresponsabilidad del legislador, pues se asume un elevadísimo riesgo, dada la delicadísima situación económica que actualmente padecen numerosos Municipios, ya que se otorga un amplio margen de actuación a la administración local y se logra poner en entredicho, sin quererlo, la construcción doctrinal sobre los servicios públicos iniciada con Duguit. Por ello, teniendo en cuenta sus elementos definidores, debemos considerar que son servicios públicos locales los descritos en el artículo 26 de la LRBRL, y los reservados en el art 86.3 realizando la salvedad descrita con anterioridad respecto de los servicios facultativos.

2. LA APROBACIÓN DE LA LEY 27/2013: NOVEDADES.

Una vez expuestas las particularidades de la regulación de los servicios públicos que realizaba la LRBRL, debemos abordar ahora las modificaciones propuestas por la nueva regulación aprobada por el Gobierno a finales del año 2013. En este sentido, aunque su Exposición de Motivos anuncia que *”.....ha llegado el momento de someter a una revisión profunda el conjunto de las disposiciones relativas al completo estatuto jurídico de la Administración Local”*, en realidad la Ley 27/2013 crea unas expectativas que, en ningún caso, son satisfechas pues no nos hallamos ante una revisión profunda de los postulados básicos del Derecho Local, más bien se trata de una modificación parcial, tan sólo preocupada por las cuestiones económicas, por ello, la mayoría de tales modificaciones se amparan en la introducción de los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, transformados desde la modificación del artículo 135 de la Constitución Española en principios rectores que deben presidir todas las actuaciones de las Administraciones Públicas, aunque ello suponga una limitación o control del principio de autonomía, en cuanto libertad plena para la gestión de los intereses. Con este objetivo se remiendan los distintos artículos de la modificada LRBRL, sin ofrecer una visión de conjunto y mucho menos renovada de la legislación local.

Por este motivo, los servicios públicos al tratarse de una actividad prestacional, sí van a sufrir importantes modificaciones pues las condiciones económicas van a resultar determinantes para su ejercicio.

⁴¹ De Juan Asenjo, O.: *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, op. cit., pág. 207.

Así, podemos afirmar que se delimitan con precisión el conjunto de competencias municipales para evitar que las duplicidades en la gestión de las mismas provoque la ruptura de los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera. Para lograrlo, y tomando como referente lo dispuesto en la LRBRL; en primer lugar, ha de elaborarse un listado de competencias que los municipios deben ejercer en todo caso estableciéndose una reserva formal de la Ley para su determinación, así como unas garantías para su concreción y ejercicio, para evitar que los entes locales vuelvan a asumir competencias que no les atribuya la Ley, ni para las que no cuentan con financiación suficiente; en segundo lugar, se refuerza el papel de las olvidadas Diputaciones Provinciales⁴², atribuyéndoles una función de coordinación en la prestación de determinados servicios mínimos en los municipios de población inferior a 20.000 habitantes, entre otras. Este, sin duda, puede suponer el aspecto más controvertido de la citada Ley. Pues, hasta ahora, la autonomía de las Administraciones Públicas se ha considerado un principio fundamental que legitimaba casi cualquier intervención de las Administraciones Locales, siempre que se demostrase la existencia de una competencia que afectase de manera directa a sus intereses. Ahora bien, a partir de la aprobación de la Ley 27/2013 la asunción de competencias por los municipios y, por tanto, la manifestación de la autonomía local, dependerá en gran medida de la capacidad económica de cada uno de ellos. Esto exigirá, sin duda, una regulación conjunta con el sistema fiscal, determinando en el ámbito de las Hacienda Locales no sólo qué impuestos serán gestionados directamente por éstos, sino también qué porcentaje de los mismos deberán ceder el Estado ó las Comunidades Autónomas. Todo ello ha exigido una ponderación del concepto de autonomía y la atribución de un valor relativo dependiente tan sólo de un factor, el económico, abriéndose así una brecha muy importante en la regulación de este principio, al quedar habilitadas posibles injerencias por parte del Estado o de las Comunidades Autónomas en el ámbito local. Esta cuestión ha sido objeto de estudio por el Tribunal Constitucional en los recientes pronunciamientos realizados desde la perspectiva de los artículos 25.2 y 26.2 en la

⁴² Algunos autores han destacado que la relación Diputación-Municipio se fundamenta en la asistencia o apoyo que la primera debe prestar a la segunda, siendo obligatoria dicha asistencia para la Diputación y potestativa para el Municipio, denominándolo el gobierno de la intermunicipalidad. Zafra Víctor, M.: “La Provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado Autonomo”. El Cronista, núm. 27, 2012, págs. 78-79. Sin embargo, la aprobación de la Ley 27/2013 ha dado un giro a esta afirmación, pues la intervención de la Diputación ha dejado de ser una cuestión potestativa dependiente de la voluntad del Municipio, para convertirse en una necesidad, en una imposición en atención al cumplimiento de los principios básicos de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

nueva redacción dada en la Ley de 2013, cuya interpretación será analizada a continuación.

Continuando con la reforma de los servicios públicos locales, de forma particular, debemos considerar que el artículo 25.1 limita el ámbito de actuación de los servicios públicos, pues si la legislación actual otorga potestad al mismo para promover “*toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*”, la nueva regulación suprime la expresión “*toda clase de actividades*”, sometiéndola a dos condiciones, la primera, que se trate de una competencia propia, expresamente reconocida en una Ley, y la segunda, que la prestación de dicha competencia se realice conforme a los principios de descentralización, eficiencia y estabilidad y sostenibilidad financiera⁴³. Además, la Ley que reconozca la competencia deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje los efectos sobre los recursos financieros de la Administración Local, asegurando con ello la sostenibilidad financiera de los Entes Locales, sin que suponga un mayor gasto para las Administraciones Públicas⁴⁴.

En este sentido, el TC ha afirmado que la desaparición de algunas materias de la redacción del artículo 25.2 de la LBRL no es contraria a la garantía constitucional de la autonomía local, pues tales exclusiones no suponen más que, en determinados ámbitos, el legislador básico ha dejado de ampliar el mínimo de autonomía local constitucionalmente garantizada, otorgando tanto a la Comunidad Autónoma, como al legislador sectorial estatal libertad para atribuir o no competencias propias municipales, eliminando la obligación de hacerlo “en todo caso”. El Tribunal Constitucional va más allá y asevera que la Ley 27/2013, no contiene una prohibición general que imposibilite la atribución de competencias municipales pues, en supuestos excepcionales “aisladamente considerados”, podría producirse, aunque entrañen un incremento del gasto⁴⁵.

En cuanto a la clasificación de servicios y actividades no se eliminan las contradicciones en que incurría la anterior legislación y que han quedado expuestas con anterioridad, aunque sí se agrupan en:

⁴³ Art. 24.3 de la Ley 27/2013.

⁴⁴ Art. 25.4 de la Ley 27/2013.

⁴⁵ STC 41/2016, FJ 12.

- a) urbanismo (planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística, protección y gestión del patrimonio histórico, entre otros).
- b) medio ambiente urbano (parques y jardines públicos, gestión de residuos sólidos urbanos, protección contra la contaminación acústica, etc).
- c) abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- d) infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.
- e) evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.
- f) policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.
- g) tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad, transporte colectivo urbano.
- h) Información y promoción de la actividad turística de interés y de ámbito local.
- i) ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.
- j) protección de la salubridad pública.
- k) cementerios y actividades funerarias.
- l) promoción del deporte y la cultura.
- m) vigilar el cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con la Administración educativa.
- n) promoción de las tecnologías de la información y las comunicaciones⁴⁶.

Así, las competencias se concretan para evitar que un enunciado genérico de las mismas pueda suponer una habilitación general para su ejercicio, desapareciendo el antiguo monopolio municipal de matadero favoreciendo, de esta manera, la iniciativa económica privada que también se postula como uno de los objetivos de la citada Ley. Los servicios públicos descritos en el artículo 26 también experimentan algún cambio, pues este precepto incorpora a su catálogo general “*el control de alimentos y bebidas*”. Se mantiene el catálogo de servicios en municipios de más de 5.000 habitantes y en los de

⁴⁶ Art. 25.2 de la Ley 27/2013.

más de 20.000 se concreta el genérico servicio de “*prestación de servicios sociales*” que pasa a denominarse “*evaluación e información de situación de necesidad social y atención inmediata a personas en situación de riesgo de exclusión social*”. En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación o entidad equivalente la que coordine la prestación de los siguientes servicios, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, acceso a los núcleos de población, tratamiento de residuos, competencias todas fundamentales para el desarrollo cotidiano de la vida local. Según los dictados de la Ley por coordinación debemos entender bien la prestación directa por la Diputación o bien la implantación de fórmulas de gestión compartidas a través de consorcios o mancomunidades. En cualquier caso, será la propia Diputación la encargada de proponérselo al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, adjuntando a la propuesta un informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera. Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la propuesta de la Diputación, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios siempre que la Diputación lo considere acreditado⁴⁷. Efectivamente, el contenido del artículo 26.2 puede poner en entredicho no solo la autonomía local, sino también competencias estatutarias y ello, en base al siguiente argumento⁴⁸, como acabamos de comprobar, la Diputación debe elaborar una propuesta para sustituir al municipio en la prestación de un servicio, que debe contar con la “conformidad del municipio afectado”, otorgando así una apariencia de independencia cuando realmente se encuentra sometido a una cuestión meramente financiera ya que, en la práctica, sólo tiene capacidad para oponerse si consigue acreditar que lo puede prestar a un menor coste. Teniendo en cuenta que el 96.19% de los municipios cuentan con menos de 20.000 habitantes se estaría vaciando de contenido la garantía local. Por su parte, la capacidad de gestión del ente autonómico también quedaría mermada con la intervención del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas al que se le otorga capacidad para decidir, atribuyéndose así el Estado una competencia ejecutiva propia del ámbito autonómico. Sin embargo, el TC no considera que la voluntad del municipio quede cercenada como consecuencia de la intervención de la Diputación, pues tiene capacidad para decidir sobre la gestión de sus

⁴⁷ Art. 26.2 de la Ley 27/2013.

⁴⁸ Se trata del argumento utilizado por la Junta de Andalucía en el Recurso de Inconstitucionalidad 1959/2014.

servicios, aunque sí aprecia una pequeña pérdida de autonomía pues el municipio quedará sujeto tanto a las técnicas de coordinación, como a la del menor coste efectivo. Aún así no la considera lesiva por dos factores fundamentales; el consentimiento del municipio y la eventualidad con la que se puede producir el supuesto, en cualquier caso, si al final se trata de una cuestión financiera han de tenerse en cuenta los Planes Provinciales, que son los que puede desvirtuar la “conformidad” con que deben actuar los municipios. Por todo ello, el TC no aborda frontalmente la inconstitucionalidad del artículo 26.1 sino de algunos “incisos”, que sí merecen una valoración distinta al cuestionarse la vulneración de competencias estatutarias reconocidas a las Comunidades Autónomas. En este caso, resulta palmario que las funciones reconocidas al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas no cuentan con legitimación competencial alguna, por este motivo, elimina la intervención del Estado en la prestación de servicios que debe realizarse de forma coordinada entre la Provincia y el municipio⁴⁹, en base al artículo 10.2 de la LRBRL *“procederá la coordinación de las competencias de las entidades locales entre sí y, especialmente, con las de las restantes Administraciones Públicas, cuando las actividades o servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes Entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas”*⁵⁰. De forma particular, es el artículo 31.2 de la citada Ley el que atribuye de forma expresa a la provincia, con la finalidad de garantizar la solidaridad y equilibrio intermunicipal, la competencia de asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal. Por ello, consideramos que lo establecido en la STC 27/1987, de 27 de febrero, respecto de las relaciones interadministrativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas con los Entes locales, en la que se afirmaba que la coordinación suponía la utilización de un conjunto de técnicas que permitía una acción conjunta para la persecución de una actividad

⁴⁹ Concretamente, han sido declarados inconstitucionales los siguientes incisos del artículo 26.2 «al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas» y «para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera».

⁵⁰ Este artículo ha de complementarse con lo dispuesto en el art 59.1 *“A fin de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas, en los supuestos previstos en el número 2 del artículo 10 y para el caso de que dicho fin no pueda alcanzarse por los procedimientos contemplados en los artículos anteriores o éstos resultaran manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate, las Leyes del Estado y las de las Comunidades, reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la Nación, o al Consejo de la Nación, la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las Diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias.”*

global, en la práctica, como ha afirmado Jiménez-Blanco, se trata de una coordinación más intensa, casi ya vertical⁵¹. Así, podemos considerar que dicha posición de supremacía, conforme a lo establecido en la Ley 27/2013, la ocupa la Diputación dado que sus intereses superan a los del municipio. Pasando así de ser una Institución olvidada, caracterizada por la residualidad en el ejercicio de sus competencias, a adquirir auténtico protagonismo.

Finalmente, respecto del contenido del artículo 86, aludido con anterioridad, debemos apuntar que reserva a favor de las entidades locales el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros, excluyendo respecto de la legislación anterior la calefacción, mataderos, las lonjas y los mercados. Además establece un límite sobre la implantación de nuevos servicios siempre en función de la sostenibilidad financiera. Dicha decisión deberá ir acompañada de una memoria económica, dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera, así como la no atribución simultánea de competencias a varias Administraciones Públicas⁵².

IV. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

1. Consideraciones previas.

Abordamos esta cuestión, advirtiendo al lector que, actualmente, esta materia está siendo objeto de revisión como consecuencia de la trasposición de un conjunto de Directivas comunitarias en materia de contratación pública⁵³ que cuentan entre sus objetivos con la transformación de los títulos de intervención de las Administraciones sobre el mercado de servicios lo que afectará, de forma particular, a la gestión de los servicios públicos. Tampoco debe olvidarse que la aplicación de la Ley 20/2013, a la

⁵¹ Jiménez-Blanco, A.: “Las relaciones interadministrativas de supervisión y control”, en Muñoz Machado, S. (Dir). : *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, 2011, pág. 437.

⁵² Así se dispone en el artículo 27 de la Ley 27/2013.

⁵³ Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (“Directiva de contratos”). Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (“Directiva de concesiones”). Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (“Directiva de sectores especiales”)

que ya hemos hecho referencia, también puede introducir modificaciones en el régimen previsto⁵⁴.

Analizamos, a continuación, las distintas formas de gestión de los servicios públicos recogidas en las normas reguladoras del ámbito local, es lo que García de Enterría definió como “*tipos instrumentales utilizados por la Administración en el ejercicio de su potestad discrecional organizativa*”, refiriéndose a la expropiación de técnicas privadas para la gestión industrial y mercantil, sin acoger los fines propios de ese tipo de gestión pues, independientemente de la técnica empleada, el fin es siempre público⁵⁵. En este sentido, ni la Ley de Régimen Local de 1955, ni siquiera el Reglamento de Servicios⁵⁶, aún vigente, incluían ninguna mención a los motivos o justificaciones de la existencia de diversos regímenes, tampoco sobre los criterios de elección entre cada uno de ellos en función de los objetivos planteados⁵⁷. La LRBRL recoge una clasificación entre las distintas formas de gestión que no se ha visto alterada con la aprobación de la Ley 27/2013, aunque sí ha limitado la utilización de determinadas formas de gestión directa. Así, realiza una primera clasificación diferenciando entre gestión directa y gestión indirecta, incluyendo entre las primeras la realizada por el ente local, por un organismo autónomo local o sociedad mercantil (artículo 85.2.A)⁵⁸. Por su parte, la gestión indirecta prevista en el artículo 85.2.B podrá realizarse mediante concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento o sociedad mercantil y cooperativa legalmente constituida. Esta clasificación resultó modificada con la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁵⁹ (en adelante, TRLCSP) en varios aspectos: por un lado, realiza una nueva clasificación de los contratos en los que

⁵⁴ Hasta ahora el balance de la aplicación de esta Ley no arroja un resultado positivo, pues tan sólo puede apreciarse una aplicación de la misma respecto de las Ordenanzas aprobadas por grandes municipios, donde sí se han constatado beneficios en pequeñas y medianas empresas, mientras que la aplicación en municipios de menor población ha resultado escasa. Rastrollo Suárez, J.J.: “Ordenanza municipal y unidad de mercado” en Alonso Mas, M^a. J. (Dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, op. cit., págs. 367-368.

⁵⁵ García de Enterría, E.: “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, op. cit., págs. 126-127.

⁵⁶ Decreto de 17 de Junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

⁵⁷ Mestre Delgado, J.F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos locales” en Muñoz Machado, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal, Tomo II*, Iustel, 2011, pág. 2069.

⁵⁸ Aunque Sosa Wagner, al tratar la gestión de los servicios públicos locales afirma que la figura de las Fundaciones Públicas desaparecieron en favor de los Organismos Autónomos Locales, considera que no debe existir obstáculo alguno a la utilización de las Fundaciones como instrumento para la prestación de servicios públicos, por ello, realiza un análisis de su régimen jurídico. Sosa Wagner, F.: *Los servicios públicos locales*, op. cit., págs. 100 y ss.

⁵⁹ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

no se aplicará la gestión directa, y por otro, incorporaba como forma de gestión las entidades de derecho público, la entidad pública empresarial y la sociedad mercantil, remitiendo la gestión indirecta a lo dispuesto por la Ley de Contratos del Sector Público⁶⁰.

Esta regulación, que será matizada a continuación, resulta en un primer momento contradictoria, pues utilizar el término de gestión directa para referirse a formas de administración en las que interviene un organismo autónomo local o entidad pública empresarial no deja de ser una paradoja, pues el término directo alude a una gestión en la que la Administración asume, bajo su propio riesgo, con sus propios órganos y personal, la administración del servicio, respondiendo así a la noción más clásica de la municipalización en cuanto actividad económica desarrollada sin intermediarios⁶¹. Y es que, para eliminar tales incongruencias, se ha debido acudir a ciertas fórmulas en las que se ha destacado como elemento esencial en la gestión directa la intervención de la Administración “*en la formación de voluntad del ente que lleva a cabo la gestión del servicio municipalizado*”⁶². En este sentido, García de Enterría realizó una clasificación de este tipo de gestión distinguiendo entre la diferenciada y la indiferenciada, definiendo esta última como la subsunción de determinadas actividades, incluidas entre ellas las funciones y servicios ordinarios, por parte de los órganos generales del Municipio, en clara contraposición a la diferenciada en la que destacan los órganos que llevarán a cabo tales servicios ordinarios, mediante una especialización en la gestión de la actividad, dentro de la cual pueden distinguirse la diferenciación meramente orgánica en la que se crea un órgano especial de gestión, la patrimonial en la que puede citarse como ejemplo una Hacienda especial, la orgánica y patrimonial a la vez cuyo máximo exponente es una Caja, y la de personificación que puede ser pública mediante la

⁶⁰ Artículo 85 en la redacción dada por la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público. En este sentido, la LRBRL se apartó de lo dispuesto, hasta ese momento, por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que preveía en su artículo 67, para el caso de la gestión directa la gestión por la Corporación, ésta a su vez podía efectuarse sin órgano especial de administración o con órgano especial de administración, en segundo lugar, mediante Fundación Pública del servicio, y en tercer lugar, mediante sociedad privada, municipal o provincial.

⁶¹ Y ello es así, porque tanto el Estatuto de 1924, como las Leyes de 1935 y 1950 recogen una conexión directa entre los conceptos de “municipalización de servicios” y la explotación y gestión directa de los mismos. Clavero Arévalo, M.F.: “Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local”, op. cit., págs. 129-130.

⁶² Clavero Arévalo, M.F.: *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, op. cit., pág. 131.

creación de una empresa de tal carácter, o privada con forma mercantil o de economía mixta⁶³.

También el carácter público del gestor ha representado una característica esencial en la prestación de determinados servicios públicos. En este sentido, Clavero Arévalo afirma que la característica esencial de la municipalización se refiere a la sustitución del control externo sobre la prestación del servicio, por el control interno en el que el Municipio interviene, en mayor o menor medida, como elemento fundamental en la voluntad del ente que gestione el servicio⁶⁴.

Veamos, a continuación, la clasificación que realiza la Ley.

2. Formas de gestión de los servicios públicos locales.

A. Gestión Directa.

a) Gestión por la propia entidad local.

Este tipo de gestión se encuentra ligado a un tipo de servicios concreto en el que las propias entidades ejercen de forma directa e inmediata la prestación de los mismos. Ello suponía que los órganos de gestión eran los propios del municipio, el personal adscrito tenía la condición de funcionario, siendo sus actos de carácter administrativo, así como la contabilidad y el régimen económico los propios en una gestión pública. Sin embargo, a pesar de la importancia que pudieran revestir este tipo de servicios, no es hasta la Ley de Régimen Local de 1950, cuando se especifican con claridad que el servicio de abastecimiento de agua, alcantarillado, mercados, mataderos, recogida y aprovechamiento de basuras y farmacias municipales, podrían prestarse utilizando este tipo de gestión. Pero, ¿se trata de una lista cerrada? La respuesta ha de ser negativa en un doble sentido, pues algunos de estos servicios municipalizables también podrían prestarse utilizando otras formas de gestión y además debían incluirse todos aquellos que implicasen ejercicio de autoridad⁶⁵ en cuanto manifestación de la soberanía, al tratarse de actividades jurídicas con una finalidad no económica. Entre tales servicios destaca la función de policía⁶⁶, en el más amplio sentido del concepto (inspecciones, licencias para garantizar la disciplina urbanística, gestión de las condiciones de

⁶³ García de Enterría, E.: "La actividad industrial y mercantil de los municipios", op. cit., págs. 130-131.

⁶⁴ Clavero Arévalo, M.F.: *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, op. cit., pág. 131.

⁶⁵ Clavero Arévalo, M.F.: *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, op. cit., págs. 133-140.

⁶⁶ Albi, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, op. cit., págs 119-120.

salubridad, etc). Posteriormente, no sólo la legislación local continuó evolucionando en esta línea al incluir estas cuestiones en sus artículos 85.2 de la LRBRL y 95 del Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL), sino también, de forma más reciente, el TRLCSP, en su artículo 301.1 incluye la siguiente prohibición expresa “*en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*”. De esta forma, se retiene la gestión de un conjunto de servicios en los que no se va a permitir ningún tipo de injerencia por parte del sector privado. Este veto o indisponibilidad de servicios para el sector privado, no se ha trasladado a determinadas legislaciones del ámbito autonómico. Así el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña no reserva ningún tipo de servicios para la gestión directa, aludiendo a su potestad organizadora para establecer libremente el sistema de gestión, con la única limitación referida al sistema de arrendamiento de instalaciones, excluyendo de forma expresa a los servicios que comporten el ejercicio de potestades de coacción administrativa⁶⁷.

Posteriormente, tanto el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL)⁶⁸, como el Texto Refundido de Régimen Local puntualizan que la gestión directa podrá realizarse sin órganos de especialización, previo acuerdo adoptado por el Pleno por mayoría absoluta. En este caso, la propia Administración Local asume bajo su propio riesgo la gestión del servicio, aglutinando todas las funciones relativas a la gestión y administración del servicio. También la gestión directa puede ser abordada mediante órgano especializado

b) Organismo Autónomo Local.

Esta forma de gestión, junto con la de los entes públicos empresariales, supuso una de las novedades introducidas con la Ley 57/2003⁶⁹, por un doble motivo: en primer lugar, porque se reconoce, por vez primera, como forma de gestión en el artículo 85.2.A.b de la LRBRL, pues el Reglamento de Servicios simplemente se refería de forma genérica a la gestión por la Corporación con órgano especial de la Administración; el segundo,

⁶⁷ Artículos 249.1, 252.1, 262.2 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

⁶⁸ Decreto de 17 de Junio de 1955, por el se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

⁶⁹ Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

porque remitía su regulación a la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), actualmente derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, pretendiendo, con ello, unificar el régimen aplicable con el de la Administración General del Estado, aunque la LBRL, con la regulación específica que en ella se contiene, crea un régimen jurídico especial en el ámbito local para ambos tipos de entes públicos⁷⁰.

Los organismos autónomos son entidades de derecho público, con personalidad jurídica, tesorería y patrimonios propios, en este caso creados por las entidades locales para la gestión descentralizada de actividades y servicios de naturaleza administrativa⁷¹. De forma particular, como reconoce el artículo 98.1 de la Ley 40/2015, “la realización de actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público”.

Efectivamente, como ya apuntó Albi, se trata de soluciones intermedias pues “lo cierto es que la gestión directa compleja no es más que una fórmula intermedia entre la simple y el Establecimiento público, guardando con ambas estrechas conexiones”⁷². Y es que, esta forma de gestión, heredera en gran medida de las Fundaciones Públicas⁷³, ha experimentado una importante evolución desde los primeros tiempos en los que carecía de personalidad jurídica, o a lo sumo se reconocía en ellos una “personalidad embrionaria” o una “cuasipersonalidad”⁷⁴, que le acercaban tímidamente a la figura del Ente Público Empresarial⁷⁵, aunque las reformas legislativas como la Ley 57/2003 se han propuesto de manera decidida acortar las distancias entre ambas formas de gestión. Ello, unido a otras cuestiones no resueltas por la Ley como los criterios de creación de tales entidades, las formas de control o la posibilidad de que éstas pudieran crear sociedades mercantiles locales, ha provocado que este tipo de gestión haya sido objeto de críticas por parte de la doctrina⁷⁶. Sin embargo, no deben obviarse los beneficios que puede aportar a la prestación de los servicios públicos locales, pues otorga flexibilidad,

⁷⁰ Del Guayo Castiella, I.: “La gestión de los servicios públicos locales”, op. cit., pág. 104.

⁷¹ Rivero Ysern, J.L.: *Manual de Derecho Local*, Civitas, 2010, pág. 443.

⁷² Albi, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, op. cit., pág. 285.

⁷³ Sosa Wagner, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, op. cit., pág. 95.

⁷⁴ En la actualidad no hay dudas en reconocer a estos entes personalidad jurídica, aunque Mestre Delgado ha matizado que se trata de una “personalidad jurídica fiduciaria (...) del ente matriz”, al no contar con fines propios. Mestre Delgado, J.F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos locales”, op. cit., pág. 2083.

⁷⁵ Albi, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, op. cit., págs. 286 y ss.

⁷⁶ Rivero Ysern, J.L.: *Manual de Derecho Local*, op. cit., págs. 442 y ss.

agilidad y eficacia a los mismos. Para lograrlo la Ley regula tres aspectos fundamentales:

1.Referido a su creación, modificación, refundición y supresión, que corresponderá al Pleno, encargado además de aprobar sus estatutos, debiendo quedar adscritos a una Concejalía, Área u órgano equivalente (artículo 85 bis.1.a).

2.Su estructura regulará los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, sus funciones y competencias, con indicación de las potestades administrativas que pueda ejercer y la distribución de sus competencias entre los órganos de dirección, el patrimonio que se asigne para el cumplimiento de sus fines, el régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación, el régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y contabilidad, eliminando la facultad de creación o participación en sociedades mercantiles cuando fuera imprescindible para la consecución de los fines asignados en la Ley 40/2015⁷⁷.En el caso del Organismo Autónomo Local, su organización se completará con la designación de un Consejo Rector. El titular del máximo órgano de dirección deberá ser un funcionario de carrera o empleado público con contrato laboral de las Administraciones Públicas o un profesional del sector privado, titulado superior en ambos casos, con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo. En los municipios que adopten el régimen de Municipio de gran población, tendrá la consideración de órgano directivo⁷⁸.

3. Referido a los controles a los que será sometido el organismo autónomo tanto en el ámbito la gestión de los recursos humanos, como en el patrimonial (inventario de bienes y derechos), en el económico (supervisión de contratos de determinadas cuantías), así como en el control de la eficacia en la gestión por parte de la Concejalía, área u órgano equivalente⁷⁹.

c) Entidad Pública Empresarial Local.

Como ya hemos indicado con anterioridad, la incorporación de este tipo de entes como forma de gestión supuso una novedad con la aprobación de la Ley 57/2003. Se definen

⁷⁷ Arts. 100 y 101 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y 85.bis.2 de la LBRL.

⁷⁸ Art. 85.bis.1.b.c

⁷⁹ Art. 85.bis.f.g.h.i

como entidades de Derecho público a las que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público que pudieran ser susceptibles de contraprestación⁸⁰. Se rigen por el derecho privado, a excepción de las cuestiones referidas a la formación de la voluntad de sus órganos, las relativas al ejercicio de las potestades administrativas, estatutos y legislación presupuestaria. En definitiva, el derecho público regula los aspectos esenciales de su configuración. En este sentido, se ha destacado su naturaleza dual, pues resulta innegable su condición de Administración Pública, junto a su importante carácter empresarial⁸¹, e incluso su condición de figura intermedia entre los Organismos Autónomos con una evidente naturaleza pública y las sociedades mercantiles reguladas por el derecho privado⁸², respondiendo así a un doble objetivo impuesto por la Ley 40/2015: la finalidad a la que sirven, esencialmente pública; y el régimen jurídico que les resulta aplicable, el derecho privado, con amplias licencias al derecho público. Su creación no ha estado exenta de polémica, no sólo por lo anteriormente expuesto sobre su naturaleza jurídica, sino también respecto de la delgada línea que, en el ámbito práctico, separa la actuación de dicha entidad del Organismo Autónomo, aunque desde la perspectiva teórica la Ley 40/2015 se ha encargado de atribuir funciones diferenciadas a cada uno de ellos. También han surgido dudas sobre la constitucionalidad de este tipo de entes, pues obligan a replantear, una vez más, los límites de la iniciativa pública en un entorno competitivo como el que defiende una economía de mercado cuestionando, de forma concreta, a las empresas que actúan en el mismo amparadas por una Administración Pública, ejerciendo funciones con un doble carácter de mercado y de autoridad, mezclando la aplicación de diversos regímenes jurídicos que puede provocar una enorme inseguridad jurídica⁸³, además de quebrantar las normas que reconocen su objeto y las propias del mercado.

Cierto es, que la creación de estos entes de naturaleza pública pero con una importante influencia del derecho privado, de forma similar a los Organismos autónomos ha supuesto importantes aportaciones a la gestión de los servicios públicos, fundamentalmente, la de ampliar las formas de municipalización de servicios mediante la creación de entes instrumentales como fórmulas intermedias, a caballo entre lo

⁸⁰ Art. 103 de la Ley 40/2015.

⁸¹ Montoya Martín, E.: *Las Entidades Públicas Empresariales en el ámbito local*, Iustel, 2006, pág. 61.

⁸² Mestre Delgado, J.F.: "Las formas de prestación de los servicios públicos locales". op. cit., pág. 2089.

⁸³ Montoya Martín, E.: *Las Entidades Públicas Empresariales en el ámbito local*, op. cit., págs. 64-66.

público y lo privado, cuyo único fin es retener los aspectos positivos que le aportan ambos sistemas, y despreciar aquellos que dificultan la consecución de sus objetivos.

Su regulación en la LRBRL resulta amplia, minuciosa y en muchas cuestiones corre pareja a la prevista para los Organismos Autónomos. Así, la creación, modificación, refundición y supresión corresponde al Pleno de la entidad local con la particularidad de que además de estar adscrito a una Concejalía, Área u órgano equivalente, también podrá estarlo a un Organismo Autónomo local e incluso de forma excepcional, podrán quedar dirigidas o coordinadas por otros entes de la misma o distinta naturaleza⁸⁴. Se deberán aprobar y publicar los correspondientes estatutos siempre antes de su entrada en funcionamiento⁸⁵. En ellos se preverá la existencia de un Consejo Rector, resaltando así su carácter empresarial, compuesto por miembros del Pleno o de la Junta de Gobierno Local, empleados públicos relacionados con el objeto de la entidad y por representantes de los usuarios, y estará asistido por un Secretario que deberá ser funcionario público con titulación superior al que se le asignarán funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados que compongan el ente. A su vez, dicho Consejo estará dirigido de la misma manera que los Organismos Autónomos, por funcionario de carrera o laboral o un profesional del sector privado, titulado superior en ambos casos y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo⁸⁶. También los estatutos deberán precisar el conjunto de potestades administrativas con que contarán tales entes, íntimamente conectadas con el conjunto de funciones que tengan atribuidas, sin olvidar que se trata de entes instrumentales incardinados en una Administración, aunque la legislación les ha reconocido un amplio elenco de potestades.

⁸⁴ Art. 85.bis.1

⁸⁵ Sobre el procedimiento de aprobación nada dice la legislación local al respecto, Montoya Martín ha llamado la atención sobre las distintas posturas doctrinales que se han mantenido en torno a esta cuestión, así Sosa Wagner remite a lo dispuesto para los Organismos Autónomos, Rebollo Puig, señala al Pleno como órgano encargado de aprobar los estatutos, mientras que Mestre Delgado apunta a que su aprobación deberá realizarse en el mismo momento del establecimiento del servicio. Finalmente, la autora, señala distintas alternativas, la primera, “seguir el mal llamado procedimiento de municipalización”, la segunda, al tratarse de un ente con personalidad jurídica y dado el carácter normativo de sus estatutos, seguir el procedimiento administrativo previsto en el artículo 49 de la LRBRL para las Ordenanzas locales aunque, finalmente, afirma que la solución más adecuada es la seguida por algunas normas autonómicas como la catalana y aragonesa, en las que someten el procedimiento de constitución y aprobación al trámite propio de los reglamentos locales, respondiendo así a su condición de norma jurídica, excepcionándolo cuando en unidad de acto se siga el procedimiento de establecimiento del servicio, junto con su gestión y los estatutos. Montoya Martín, E.: *Las Entidades Públicas empresariales en el ámbito local*, op. cit., págs. 85 y ss.

⁸⁶ En este sentido, Montoya Martín ha advertido la necesidad de distinguir entre el máximo responsable de dirección del órgano profesional o técnico, y el superior órgano del Consejo de Administración con funciones de dirección política. Montoya Martín, E.: *Las Entidades Públicas empresariales en el ámbito local*, op. cit., págs. 118 y ss.

En el resto de cuestiones se oscila radicalmente entre el régimen jurídico público y el privado. Así, por lo que se refiere al personal será aplicable el derecho laboral, en el ámbito patrimonial será de aplicación la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el régimen contractual quedará sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público, y de forma particular lo dispuesto por el derecho comunitario, finalmente, el procedimiento de revisión de actos, será el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

c) Sociedad Mercantil Local.

La Ley 40/2015 ha incorporado las sociedades mercantiles en la estructura del sector público institucional, y afirma que se trata de una sociedad sobre la que se ejerce control estatal⁸⁷. Por su parte, el artículo 85.ter de la LRBRL, añadido por la Ley 57/2003, reconoce como forma de gestión directa de los servicios públicos la sociedad mercantil local. Creada por la Administración Pública pero sujeta al derecho peculiar de las sociedades mercantiles⁸⁸, se establece su pleno sometimiento al derecho privado aunque, de nuevo, en su regulación jurídica confluyen un conglomerado de regímenes jurídicos, pues también les resultará de aplicación la legislación de contratos del sector público, las normas mercantiles tanto de responsabilidad limitada como sociedades anónimas, la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de control de eficacia⁸⁹. Además, dado que cumple con una misión de servicio público en un entorno competitivo, también le resultará de aplicación el derecho de la competencia. Así lo manifestó el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia⁹⁰, aplicando el derecho de la competencia sin ningún tipo de excepción, máxime, cuando la legislación local articula un procedimiento para excepcionar las reglas de mercado mediante la constitución de monopolios legales. Prueba de ello es la necesidad de elaborar un expediente previo que justifique la oportunidad y conveniencia de la creación de una empresa municipal pues, además de suponer una injerencia en las reglas de mercado, en

⁸⁷ Art. 111 de la Ley 40/2015.

⁸⁸ Sosa Wagner, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, op. cit., pág. 134.

⁸⁹ Del Guayo ha puesto de manifiesto la existencia de un defecto en el tenor del artículo 85.ter, al no existir una referencia normativa a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas puesto que, a pesar de que dicha Ley sujeta la gestión del patrimonio de las sociedades estatales al derecho privado, deja a salvo la aplicación de la misma de forma particular, además existen preceptos de la Ley que tienen carácter básico y resultarían de aplicación también a las sociedades mercantiles locales. Del Guayo Castiella, I. "La gestión de los servicios públicos locales", op. cit., págs. 109-111.

⁹⁰ Vid. Soriano García, J.E.: *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, 1998. Soriano García, J.E.: *Estudio sobre la nueva Ley de Defensa de la Competencia. (Ley15/2007, de 3 de Julio)*, Iustel, 2007.

alguna ocasión los Tribunales han reconocido la aplicación de las garantías propias del Derecho Público⁹¹.

La regulación local en este punto resulta imprecisa, pues tanto la LRBRL como su TRRL, declaran que mediante esta figura podrán constituirse sociedades de responsabilidad limitada e incluso no de la misma manera, pues mientras la LRBRL realiza ese reconocimiento de manera genérica, la norma de desarrollo lo circunscribe a “una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada”⁹², aunque el Reglamento de Servicios también abre las puertas a la creación de la sociedad anónima⁹³. Ello posee una importante trascendencia pues, en este último caso, su régimen aplicable no sería en exclusiva el del derecho privado, sino también el del Título VII de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aunque limitado a determinado tipo de actividades ó servicios, pues la Ley 27/2013 ha eliminado la prohibición, prevista en el artículo 85.3 de la LRBRL, de prestar servicios públicos que conlleven ejercicio de autoridad mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, excluyendo también la gestión indirecta.

Su organización se encuentra incluida en los Estatutos que se convierten así en la norma fundamental y básica del funcionamiento de la sociedad. El artículo 90 del RSCL establece que estará formada por una Junta General, compuesta por el Pleno de la Corporación que, a su vez, nombrará a los miembros del Consejo de Administración entre personas especialmente capacitadas y por periodos no inferiores a dos años ni superiores a seis, los miembros de la Corporación podrán ser miembros del mismo hasta un máximo de un tercio. Se atribuyen al Consejo plenas facultades de dirección, gestión y ejecución dentro de las normas estatutarias y la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reserven a la Corporación como Junta General y al gerente. Asimismo, también corresponderá a la Junta General fijar la remuneración de los Consejeros, modificar los Estatutos, aumentar o disminuir capital, emitir obligaciones y aprobar el

⁹¹STS 1/02/2002; STS 28/10/2002. Vid sobre esta cuestión, Rivero Ysern, J.L.: *Manual de Derecho Local*, op. cit., págs. 446-447.

⁹² Arts. 85.ter.2 de la LRBRL y 103.1 del TRRL. Ello, como explica Mestre Delgado, puede deberse a que tales referencias, más que referirse a una forma societaria concreta, se han referido a una limitación de la responsabilidad. Mestre Delgado, J.F.: “Formas de prestación de los servicios públicos locales”, op. cit., págs. 2091 y 2092.

⁹³ Art. 89.1 del RSCL.

inventario y balance anual⁹⁴, debiendo acudir de forma necesaria a las previsiones establecidas en las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada.

Tanto el capital que compone la sociedad, como las acciones de la misma son bienes patrimoniales, aplicándose hasta sus últimas consecuencias el régimen jurídico privado quedando expuestas, incluso, a la declaración de concurso de acreedores⁹⁵. Por último, la legislación local determina que la existencia de pérdidas, cuando excedan de la mitad del capital social, obligará a la disolución de la sociedad, y será la Corporación la encargada de asumir la continuidad y la forma de prestación del servicio, también se procederá a la disolución por imposibilidad material de realizar el fin, por quiebra o, en cualquier momento, por decisión de la Corporación interesada con acuerdo de las tres cuartas partes⁹⁶, deben añadirse los previstos en la LSA y la LSRL, por transcurso del tiempo, por finalización del objeto de la sociedad, por fusión o absorción, por reducción del capital social por debajo del mínimo legal⁹⁷.

B.GESTIÓN INDIRECTA.

a) Gestión Interesada.

Se trata de una de las formas de gestión indirecta enumeradas en el artículo 277 del TRLCSP, que la define como aquella “en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato”. Quizás por su escasa utilización, se ha considerado una modalidad de gestión “huérfana de regulación”⁹⁸. En este sentido, Albi apuntó que en nuestra legislación local tan sólo encontramos algún ejemplo disperso de lo que él mismo denominaba *régie intéressée*, refiriéndose a la recaudación de exacciones por el que un particular se encargaba durante un periodo de tiempo de recaudar una determinada exacción, garantizando un mínimo y previendo para el gestor un sueldo fijo

⁹⁴ Art. 90 a 94 del RSCL.

⁹⁵ Del Guayo ha analizado las consecuencias jurídicas que conllevaría para las sociedades mercantiles locales dicha declaración, sometida a enormes limitaciones en el caso de que dicha entidad gestione un servicio público, pues en este caso podemos afirmar junto a Mestre Delgado que el ánimo de lucro no parece ser una cualidad representativa del fin, entendiendo que prima en todo caso, el principio de suficiencia. Del Guayo Castiella, I.: “La gestión de los servicios públicos locales”, op. cit., págs. 111 y ss. Mestre Delgado, J.F.: “Formas de prestación de los servicios públicos locales”, op. cit., págs. 2092-2093.

⁹⁶ Arts. 103.2 del TRRL y 98 del RSCL.

⁹⁷ Art. 363.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLSC)

⁹⁸ Rivero Ysern, J.L.: *Manual de Derecho Local*, op. cit., pág. 447.

o una cantidad sobre lo recaudado⁹⁹. De esta forma, se utiliza la infraestructura propia de la Administración que también costea el servicio. Así pues, lo que se pretende con esta modalidad de gestión es incentivar una óptima prestación del servicio para que su calidad se posicione por encima de lo normal, sin embargo, su escasa utilización ha llevado a parte de la doctrina a defender su desaparición, incluyendo este objetivo como una cláusula más de los Pliegos de condiciones¹⁰⁰.

Como al resto de modalidades de gestión indirecta les resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 108 del TRRL, en el que se establece la necesidad de fijar las condiciones del acuerdo sobre la prestación del servicio sin que, en ningún caso, pueda exceder de cincuenta años, se fijarán los precios, plazos y condiciones de su revisión, se determinarán las garantías necesarias para que al final del convenio las instalaciones, bienes, etc, utilizados reviertan al patrimonio de la Entidad en condiciones de uso, la realización de mejoras exigirá la autorización de la Corporación, sin perjuicio de que puedan quedar compensadas con el reconocimiento de las correspondientes indemnizaciones, se especificarán las causas de rescisión de contratos y el canon que deba satisfacerse a la Corporación, con especificación de la participación de la misma en la empresa.

b) El Concierto.

Nos enfrentamos de nuevo a una figura con una escasa utilización práctica. Tan sólo el Derecho local se ha servido de ella para la prestación de servicios de su competencia, mediante un acuerdo con entidades públicas o privadas e incluso particulares, que desempeñen funciones de análogo contenido a las requeridas para la efectiva prestación del servicio. Como ha afirmado Mestre Delgado, se trata de servicios en los que la infraestructura constituye un elemento esencial en los que la prestación de un servicio público puede canalizarse, durante un periodo de tiempo, mediante instalaciones creadas por la iniciativa privada¹⁰¹. Así pues, como ha destacado Sosa Wagner, el concierto es un acuerdo o contrato que, en ningún caso, determina el nacimiento de una nueva personalidad jurídica, cuyo contenido esencial se refiere a la utilización de instalaciones ajenas que se encuentren en funcionamiento durante un periodo de tiempo determinado,

⁹⁹ Albi, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, op. cit., págs. 727-728

¹⁰⁰ Sosa Wagner, F.: *Manual de Derecho Local*, op. cit., págs. 308-310.

¹⁰¹ Mestre Delgado, J.F.: "Formas de prestación de los servicios públicos locales", op. cit., págs. 2095-2096.

en este caso, no superior a diez años, pues de lo contrario nos encontraríamos ante un supuesto de inactividad¹⁰², aunque el propio RSCL permite la autorización de sucesivas prórrogas de igual duración, siempre que la Corporación demuestre la imposibilidad de instalar el servicio o una mayor economía en este tipo de prestación¹⁰³.

c) Sociedad Mercantil de Economía Mixta.

De la misma manera que ocurría en el caso de las sociedades mercantiles locales, el artículo 85.ter de la LRBRL junto con los artículos 103 y 104 del RSCL, regulan el nacimiento de empresas de economía mixta, denominadas así y perfectamente diferenciadas de las anteriores por el origen de su capital social que tendrá una naturaleza mixta pues, tanto la Administración Pública, como el socio privado con el que se contrate, deberán realizar las aportaciones que se prevean en sus Estatutos. Se trata de una forma de gestión que comienza su andadura de forma tímida con el Estatuto Municipal, y que no es hasta la Ley de 1950 cuando comienzan a dibujarse los perfiles de esta forma de gestión, alejándose cada vez más de la figura de la concesión y otorgando mayor protagonismo a las aportaciones de capital por las que se adquiría la condición de socio con participación, tanto en las ganancias como en las pérdidas¹⁰⁴.

En la actualidad, es el artículo 277 del TRLCSP el que define este tipo de gestión como aquella que utiliza una sociedad mercantil en la que la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, siendo su objeto social la prestación conjunta de un servicio público.

El RSCL articula tres procedimientos distintos para la constitución de una empresa mixta como son:

1. La adquisición por parte de la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas.
2. La suscripción pública de acciones o concurso de iniciativas.
3. La realización de un convenio con una empresa ya existente.

¹⁰² Sosa Wagner, F.: *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*, op. cit., págs. 311 y ss.

¹⁰³ Art. 144.2 del RSCL.

¹⁰⁴ Clavero Arévalo, M.F.: *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, op. cit., págs. 187 y ss.

Algunos autores han señalado la existencia de un cuarto procedimiento, no previsto en la legislación, consistente en la constitución a partir de la privatización parcial de empresas públicas locales¹⁰⁵.

De esta forma, surgen este tipo de sociedades que, aunque reguladas por el derecho privado, no dejan de tener caracteres peculiares ya que surgen de un contrato público, siendo uno de sus socios una Administración Pública siempre que tenga encomendada la prestación de un servicio público. Por lo que se refiere al socio privado, nada exige la legislación local al respecto más que su condición de persona natural o jurídica. Ello ha llevado a cuestionar la legalidad del procedimiento de constitución antes descrito, pues la Administración podría escoger con plena libertad y sin sometimiento alguno a los requisitos de publicidad, transparencia o concurrencia a su socio, de la misma manera a cómo podría hacerlo cualquier particular olvidando, con ello, la transcendencia jurídico pública de la actuación administrativa¹⁰⁶.

Por lo que se refiere a su organización contará con los mismos órganos sociales que la sociedad mercantil local, por lo que nos remitimos en este punto a lo expuesto con anterioridad. Sí debe puntualizarse que, en este caso, la Corporación podrá nombrar a sus representantes en los órganos de gobierno en una proporción del 50%, repartida entre los que la constituyan y los técnicos¹⁰⁷. Respecto al régimen general de acuerdos podrá establecerse que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y Administración sea inferior a la proporción del capital con que participare la empresa, salvo en los cinco años anteriores a la finalización de la misma que deberá ser igual o superior, el régimen general será el de mayoría de votos, salvo cuando el acuerdo se refiera a modificación del acto de constitución o estatutos de la empresa, aprobación y modificación de los proyectos generales de servicios, operaciones de crédito y aprobación de balances¹⁰⁸.

El nacimiento de la sociedad estará marcado por la escritura fundacional, en la que se fijará el valor de la aportación que realiza la Corporación y en la que constará el efectivo desembolso de la misma, así como las formas de amortización durante el plazo

¹⁰⁵ Santiago Iglesias, D. “Gestión de servicios por sociedades de economía mixta” y Montoya Martín, E. “Gestión de servicios locales a través de empresas municipales y mixtas” ambos en Muñoz Machado, S (Dir) *Tratado de Derecho Municipal. Tomo III*, Iustel, 2011, págs. 2880 y 2974 respectivamente.

¹⁰⁶ Santiago Iglesias, D.: “Gestión de servicios por sociedades de economía mixta”, op. cit., págs. 2880 y 2881.

¹⁰⁷ Art. 108 del RSCL.

¹⁰⁸ Arts. 106 y 107 del RSCL.

de gestión del servicio¹⁰⁹. Por su parte, la duración de la misma no podrá exceder de veinte años conforme al artículo 314 de la TRLCSP, aunque estos plazos podrán excepcionarse en el caso de que se trate de un contrato de concesión de obra pública, transcurrido el cual revertirá a la entidad local tanto el activo como el pasivo de la misma. Esta reversión de bienes ha sido considerada necesaria para garantizar la continuidad de la prestación del servicio. Ello mismo delimita el contenido de la reversión en cada caso, resultando un exceso exigir la devolución de todo el activo y el pasivo con el que contará la sociedad en el momento de su disolución¹¹⁰.

Durante su vigencia, se permitirán los controles recíprocos por parte de ambos socios, con fines en parte contrapuestos, pues la Administración perseguirá la optimización en la prestación del servicio, mientras que el socio privado la rentabilización máxima de su inversión. Esta cuestión puede desencadenar conflictos que se resolverán con la fiscalización recíproca de las actuaciones de ambos. Además de los controles internos reconocidos de forma general en la Ley de Sociedades de Capital¹¹¹, existen controles extraordinarios que pueden ser utilizados en aras a la protección de un interés público, y que llevarían a reconocer al Ente Local facultades de inspección en el funcionamiento de la sociedad¹¹².

Finalmente, por lo que se refiere a su extinción, de forma similar a lo que ocurre con el resto de sociedades, la Ley de Sociedades de Capital prevé tres fases bien diferenciadas:

1. La disolución, cuyas causas fueron expuestas al tratar las sociedades mercantiles locales.
2. La liquidación en la que se procede a saldar deudas con los acreedores y a repartir el patrimonio resultante.
3. La extinción, formalizada mediante escritura pública de extinción¹¹³.

d) Breve referencia a la figura del Arrendamiento.

Se trata de una figura especialmente confusa debido, fundamentalmente, a dos motivos:

¹⁰⁹ Arts. 109 y 111.3 del RSCL.

¹¹⁰ Santiago Iglesias, D.: "Gestión de servicios por sociedades de economía mixta", op. cit., págs. 2917 y 2918.

¹¹¹ Derecho a la información, impugnación de acuerdos, auditorías internas, etc. Arts. 196, 197, 204 y ss del TRLSC.

¹¹² Santiago Iglesias, D.: "Gestión de servicios por sociedades de economía mixta", op. cit., pág. 2902.

¹¹³ Arts. 360 y ss del TRLSC.

a) Porque se ha suprimido cualquier tipo de referencia a la misma en la LRBRL, en el TRRL y en la Legislación de Contratos reguladora, como ya hemos expuesto, de las formas de gestión indirecta. Tan sólo queda una referencia en el RSCL (artículos 138 a 142) en el que en su artículo 138.1 establece: "las Corporaciones locales podrán disponer la prestación de los servicios mediante arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia". Es decir, la Corporación pone a disposición del particular sus propias instalaciones para que éste pueda prestar el servicio en cuestión.

b) Porque, como veremos a continuación al abordar las peculiaridades de la concesión como forma de gestión, su regulación jurídica puede extenderse hasta acoger la forma de arrendamiento descrita en el RSCL, provocando incluso debates doctrinales que han intentado delimitar el ámbito de actuación de ambas figuras, poniendo en entredicho su existencia aunque, en este sentido, las normas autonómicas como las de Cataluña, Aragón o Galicia no han tenido reparos en recoger en sus respectivas legislaciones la figura del "arrendamiento de instalaciones"¹¹⁴.

e) La Concesión.

Afrontamos, en último lugar, el análisis de la concesión como forma de gestión indirecta. Efectivamente, se trata de una figura muy utilizada en la prestación de los servicios públicos. Por esto mismo, su estudio exigiría un detenimiento mayor, con la finalidad de poder explicar de forma más pausada todas las particularidades que esta forma de gestión presenta. Sin embargo, debemos recordar al lector que esta no es la finalidad de este trabajo, por ello, cumpliendo con su objeto, nos limitaremos a exponer las cuestiones más relevantes de esta figura jurídica.

1. Objeto.

La concesión, como forma de gestión de los servicios públicos locales, se define como un contrato por el que los Entes Locales encomiendan a un particular, que adquirirá la condición de concesionario, la prestación de un servicio público por un período determinado, percibiendo como contraprestación el pago de la tarifa por parte de los usuarios¹¹⁵. Efectivamente, como afirma la doctrina, es un contrato, aunque no sólo es

¹¹⁴ El Profesor Sosa Wagner realiza un amplio estudio sobre esta figura. Sosa Wagner, F.: *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*, op. cit. págs. 314 y ss. Vid. también Rivero Ysern, J.L.: *Manual de Derecho Local*, op. cit. págs. 448 y 449.

¹¹⁵ Rivero Ysern, J.L.: *Manual de Derecho Local*, op. cit., pág. 452.

un contrato, pues a la concesión le acompaña toda una reglamentación de obligado cumplimiento para el concesionario¹¹⁶. Ello llevó a la técnica concesional a convertirse en un instrumento muy utilizado en determinados mercados que iniciaban su andadura hacia la liberalización¹¹⁷. En los últimos tiempos, dicha técnica se ha visto obligada a ir cediendo en beneficio de las autorizaciones, aunque en la Administración local, donde aún pervive la fórmula más tradicional del servicio público, la concesión continúa ejerciendo su protagonismo con una evidente renovación, pues esta figura ha adquirido perspectiva europea, quedando sometida a los ajustes procedentes desde el derecho comunitario¹¹⁸.

2. Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración.

Tanto la TRLCSP como el RSCL prevén todo un estatuto jurídico regulador de las relaciones que surgen entre concedente y concesionario.

Entre las obligaciones del concesionario el artículo 128 del RSCL enumera las siguientes:

1º Prestar el servicio en el modo previsto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de circunstancias sobrevenidas, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa.

2º Admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos exigidos reglamentariamente.

3º Indemnizar a terceros de los daños que les ocasione el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieran producido por actos exigidos por la Corporación.

4º No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieran de revertir a la Administración concedente, ni gravarlos salvo autorización expresa de la entidad local.

5º Ejercer la concesión y no cederla ni traspasarla a terceros sin el consentimiento de la Corporación.

¹¹⁶ Rivero Ysern, J.L.: *Manual de Derecho Local*, op. cit., pág. 453 y Sosa Wagner, F.: *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*, op. cit., pág. 221.

¹¹⁷ Vid Muñoz Machado, S.: *Servicio Público y Mercado. II Las Telecomunicaciones*, Civitas, 1998, págs. 209 y ss.

¹¹⁸ Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración pública-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02) DOUE C 91/4 de 12.04.2008.

Respecto de los derechos del concesionario, el RSCL prevé:

1º Percibir la retribución acordada por la prestación.

2º Obtener una compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión cuando, en primer lugar, hubiera de realizar modificaciones que le exigen aumentar costes o disminuir la retribución, en segundo lugar, revisar las tarifas y subvención cuando sin mediar modificaciones en el servicio, sean circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinen la ruptura de la economía de la concesión, en tercer lugar, indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio si se produjere por motivos de interés público ajenos a la culpa del concesionario, y en cuarto lugar, indemnizar al concesionario en caso de que sea necesario rescatar o suprimir el servicio. El concesionario también contará entre sus derechos con el de utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio y recabar de la Corporación los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo para la adquisición del dominio, derechos reales o uso de los bienes precisos para el funcionamiento del servicio. Finalmente, la Corporación puede otorgar al concesionario la facultad de utilizar la vía de apremio para recibir las prestaciones económicas de los usuarios.

Por lo que se refiere a las prerrogativas de la Administración se encuentran detalladas en el artículo 127 del RSCL:

1º. Ordenar discrecionalmente cómo podría ser si gestionase directamente el servicio, las modificaciones que aconsejare el interés público entre las que pueden encontrarse, variación de la calidad, cantidad, tiempo o lugar, así como alteración de tarifas y forma de retribución del concesionario.

2º Fiscalizar la gestión del concesionario, pudiendo con esta finalidad inspeccionar el servicio, obras, instalaciones, locales o documentación relacionada con el objeto de la concesión y dictar órdenes para mantener o restablecer la debida prestación.

3º Asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo prestare o no lo pudiese prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no al mismo.

4º Imponer al concesionario las correcciones pertinentes por razón de las infracciones que cometiere.

5º Rescatar la concesión.

6º Suprimir el servicio.

Estas facultades de la Administración forman parte del denominado *ius variandi* que, a pesar de reconocer un amplio margen de actuación a la misma, se encuentra sujeto a determinadas condiciones que aseguran el equilibrio económico de la concesión. Siempre que dichas alteraciones procedan de una actuación de la Administración concedente, como se deduce del tenor del artículo 128 del RSCL visto con anterioridad, será ésta misma la encargada de asumir dichas alteraciones, compensando íntegramente al concesionario, sin embargo, no existe unanimidad cuando tales modificaciones contractuales traigan causa en un acontecimiento imprevisible, pues una parte de la doctrina defiende un reparto de los perjuicios, mientras otros autores como Mestre Delgado, se muestran partidarios a la asunción en exclusiva de dichos riesgos por el contratista fundamentándose en el contenido del artículo 129.4 del RSCL, en el que se impide la utilización de la técnica de la subvención como garantía de rendimiento mínimo o cualquier otra medida de estímulo en caso de gestión deficiente¹¹⁹.

3. Procedimiento para la aprobación de la concesión.

La utilización de esta forma de gestión indirecta quedará sujeta a las normas generales de contratación, previstas en los artículos 109 y ss. del TRLCSP en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los contratos. De forma particular, el RSCL establece el contenido mínimo de las cláusulas concesionales, como son el servicio objeto de la concesión y características del mismo, obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo pero no incluidas en aquella, obras e instalaciones de la Corporación cuyo goce se entreguen al concesionario, plazo de la concesión, situación de la Corporación y del concesionario durante la concesión, tarifas que hubieren de percibirse del público, clase, cuantía, plazos y formas de entrega de la subvención al concesionario, canon o participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación, deber del

¹¹⁹ Rivero Ysern, J.L.: *Manual de Derecho Local*, op. cit., págs. 455 y ss. y Mestre Delgado, J.F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos locales”, op. cit., págs. 2098 y ss.

concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones, otras obligaciones y derechos recíprocos de la Corporación y el concesionario, relaciones con los usuarios, sanciones por incumplimiento de la concesión, régimen de transición, en el último período de la concesión en garantía de la debida reversión o devolución, en su caso, de las instalaciones, bienes y material integrantes del servicio y casos de resolución y caducidad.

4. Régimen económico.

De forma tradicional se han destacado, desde el punto de vista económico, dos elementos esenciales en la concesión; el primero, la retribución que el concesionario percibía a cargo de los usuarios; y el segundo, el principio de riesgo y ventura, en base al cual el concesionario asumía los riesgos derivados de la gestión en su totalidad, tanto los procedentes de la empresa como los de la explotación concreta del servicio. Estos fundamentos económicos de la concesión quebraron con las consecuencias devastadoras de la Primera Guerra Mundial, en las que los concesionarios se veían obligados a acudir de forma continua a la Administración Pública, fundamentalmente, por la imprevisión de los precios de las materias primas o las condiciones en las que se encontraban las infraestructuras. Ello, exigió la aplicación del principio de remuneración suficiente del concesionario, recogido por el RSCL en su artículo 129.3, que garantiza “el equilibrio financiero de la concesión”¹²⁰, cuestión que ha sido analizada con anterioridad.

5. Causas de extinción.

Debemos señalar como primera causa de extinción la denominada reversión, provocada por el transcurso del plazo para la que fue prevista, en este caso, el artículo 115.4 del RSCL prevé como período máximo el de cincuenta años, sin contemplarse posibilidad alguna de prórroga. En este sentido, Mestre Delgado, apoyado por jurisprudencia, ha apuntado a la posibilidad de concederse la prórroga tanto de forma expresa como tácita, siempre que se prevea en el pliego de condiciones y no se sobrepase los plazos máximos previstos en la legislación¹²¹. Además de la anterior, el artículo 286 del TRLCSP tipifica como causas de resolución imputables a la Administración, la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o

¹²⁰ Sosa Wagner, F.: *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*, op. cit., págs.268 y ss. y Mestre Delgado, J.F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos locales”, op. cit., págs. 2132 y ss.

¹²¹ Mestre Delgado, J.F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos locales”, op. cit., pág. 2164.

de los medios auxiliares a los que se obligó en el contrato, en segundo lugar, el rescate del servicio, en este caso la Administración siempre fundamentado en razones de interés general podrá, de forma unilateral, dar por finalizada la concesión antes de que expire el plazo para el que fue prevista, en tercer lugar, la supresión del servicio por razones de interés público, lo que llevaría a la Administración a no prestar este servicio al menos en la forma de concesión, y en último lugar, la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato¹²². La concesión quedará extinguida por dos causas imputables al concesionario, la primera de ellas se refiere a aquellos supuestos en los que del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, en este caso se podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca, en todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que le haya provocado. Esta forma de extinción, que también ha recibido la denominación de secuestro de la concesión, se trata de una suspensión temporal acordada por la Administración ante la realización de infracciones graves por el concesionario, pero que no dan lugar a la caducidad del servicio. Sus efectos son de especial trascendencia para el concesionario, pues la Administración asume la prestación del servicio durante un periodo de tiempo, por lo general establecido en el pliego de condiciones, pero por cuenta y riesgo del anterior¹²³. La segunda forma de extinción por causa imputable al concesionario, será la prevista en el artículo 136 del RSCL y se refiere a la caducidad, como forma de sanción ante un incumplimiento gravísimo de las obligaciones del concesionario, procederá su aplicación en todos los supuestos previstos en el pliego de condiciones y además, en los casos en los que si levantado el secuestro el concesionario volviera a incurrir en las infracciones que lo hubieran provocado o si cometiera una infracción gravísima de sus obligaciones esenciales. Dicha declaración, acordada por la Corporación, deberá ir precedida de una advertencia con plazo prudencial para la corrección de deficiencias y supondrá, en caso de llevarse a efecto, el cese de la gestión del concesionario, la incautación de los elementos de la empresa afectos al servicio y la convocatoria de una licitación para adjudicar nuevamente la concesión¹²⁴.

¹²² Arts. 127 del RSCL y 286 del TRLCSP.

¹²³ Art. 285 del TRLCSP.

¹²⁴ Arts. 135, 136 y 137 del RSCL.