

COMPETENCIAS, SERVICIOS PÚBLICOS Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS MUNICIPIOS (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)¹

JULIA ORTEGA BERNARDO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DISTINTOS CONCEPTOS DE SERVICIO PÚBLICO Y SUS INTENTOS DE REVISIÓN.—III. CONSIDERACIONES SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL: 1. *El servicio público en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y su interpretación jurisprudencial*. 2. *Servicios públicos y reserva o exclusión de la iniciativa privada. Diversas interpretaciones de la reserva del artículo 86.3 LRBRL y la cuestión de su compatibilidad con el Derecho comunitario*. 3. *Intervención de la Comunidad Autónoma en la efectiva implantación de la reserva a favor de los entes locales*.—IV. DIFERENCIAS ENTRE EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL Y OTRO TIPO DE COMPETENCIAS LOCALES: 1. *Distinción entre servicio público y funciones públicas o actividades que implican ejercicio de autoridad*. 2. *Distinción entre servicio público de carácter económico y servicios públicos sociales*. 3. *Distinción entre servicio público y actividad económica*: A) La declaración por ley del servicio público frente a la exigencia de un procedimiento administrativo municipal para el ejercicio de una actividad económica. B) ¿Es necesario seguir declarando por ley las actividades susceptibles en la actualidad de ser consideradas servicios públicos locales? C) Competencia genérica o competencia universal del municipio para emprender actividades económicas. D) Los servicios públicos locales y su compatibilidad con el Derecho comunitario: la financiación de los servicios públicos y el Derecho de la competencia: a) La reciente jurisprudencia comunitaria en materia de financiación de servicios públicos. b) Implicaciones sobre el régimen local español: especial referencia a los monopolios locales y a los servicios públicos ofrecidos bajo precios políticos (el caso de los servicios deportivos locales).—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En un intento de delimitar los distintos tipos de competencias que los entes locales ejercen, se asume la tradicional *distinción «servicio público»-«actividad económica»*, se profundiza en los presupuestos para su ejercicio, teniendo en cuenta «la crisis del concepto de servicio público» derivada de las transformaciones que ha sufrido la actuación estatal —de un Estado prestador de servicios a un Estado regulador y garante de los mismos—. Esta propuesta de clasificación de las *competencias locales* toma como referencia el *Derecho comunitario*; de esta manera se actualizan cuestiones tradicionales —que en nuestro Derecho habían sido objeto de discusión doctrinal y contrapuestas soluciones judiciales—. Se analizan las repercusiones del Derecho y la jurisprudencia europea relativa a la financiación de «servicios de interés general» sobre el régimen local español.

ABSTRACT

With the purpose of delimiting the different types of competencies performed by the Municipals, the traditional *difference between «Public Service»-«Economic Activity»* is

¹ El presente trabajo reproduce, con ligeras modificaciones, la ponencia que presenté en el «Primer Simposio Internacional de Derecho Administrativo y Municipal», organizado por la Universidad Autónoma de Chiapas, la Casa de la Cultura Jurídica de la SCJN de México y el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, y que tuvo lugar los días 25, 26 y 27 de mayo de 2005 en San Cristóbal de las Casas (Chiapas).

assumed, the budgets are studied in depth for its practice, taking into account «the crisis of the Public Service concept» due to transformations experimented in the state proceedings —from an State as an Administrative Duties Provider to a Services Regulator and Guarantor State. This proposal of classification of the *local competencies* updates traditional questions —that have produced doctrinal discussion in our Law and led to opposed judicial solutions—, as taking *reference of European law*. Consequences of the European jurisprudence and law related to the financing of the «Services of general interest» in the Spanish local regime are also analysed.

I. INTRODUCCIÓN

Con estas páginas he tratado de avanzar en el estudio y análisis de las competencias de los municipios españoles, en un intento de clarificar las distintas actividades que estos entes locales ejercen o podrían ejercer de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Para ello he intentado esbozar una clasificación aplicable a las actividades de competencia municipal. Esta propuesta de clasificación de los distintos tipos de competencias locales no tiene otro interés que proporcionar un marco conceptual que permita identificar, atendiendo a la realidad en el momento actual, la existencia en su caso de diversos regímenes jurídicos vinculados a cada tipo de actividad local². En la actualidad, cuando se elevan nuevas propuestas para definir el régimen básico de las competencias locales, no está de más reflexionar de nuevo sobre el sistema aún vigente, intentan-

² No es ésta una materia en la que se haya detenido con excesiva frecuencia la doctrina española. Bien porque se ha considerado como un ámbito carente en sí mismo de especial relevancia, bien porque el análisis se ha venido realizando desde otros puntos de vista, desde la perspectiva de los controles que sobre ellas se ejercen, o de sus relaciones con las demás organizaciones jurídico-públicas de carácter territorial, o desde una perspectiva sectorial. A excepción de obras, ya clásicas, como las de J. MIR I BAGÓ, *El sistema español de competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 1991; L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El régimen constitucional de competencias locales*, INAP, Madrid, 1988; L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981; y trabajos como los de J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, «Funciones, servicios y prestaciones de las entidades locales», en *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, MAP, Madrid, 1991, págs. 37 y ss.; R. ENTRENA CUESTA, «Las competencias de las Entidades locales», en *Organización territorial del Estado (Administración local)*, vol. I, IEF, Madrid, 1985, págs. 104 y ss.; A. CARRO MARTÍNEZ, «Las competencias locales», *Problemas Políticos de la Vida Local*, tomo XIV, Madrid, 1974; J. L. SANCHEZ DÍAZ, «Competencia y autonomía municipal», *REVL*, núm. 205, 1980, págs. 87 y ss.; L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Los principios constitucionales sobre el régimen local y su aplicación a las competencias locales», núm. 117 de esta REVISTA, 1988, págs. 177 y ss., y «Las competencias propias de las Corporaciones Locales», en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Tratado de Derecho municipal*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988. Más recientemente, T. FONT I LLOVET, «Las competencias locales», en *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP, Madrid, 1992, págs. 79 y ss.; F. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, «Las competencias locales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIX, CGPJ, 1995, págs. 151 y ss.; L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Las competencias como paradigma de la autonomía local», *JA*, número extraordinario de 2000 sobre «La Reforma del Régimen Local», págs. 34 y ss.; L. MORELL OCAÑA, «Los servicios de una Administración cercana», *REAL*, núms. 292-293, 2003, pág. 45 y ss.

do destacar sus potencialidades, y analizar los presupuestos para su ejercicio.

En cualquier caso, referirse a las competencias locales significa en gran medida, tanto ayer como hoy, hablar de los servicios públicos locales, que han constituido el núcleo central de las competencias municipales y que son la razón de ser, desde la perspectiva social, del municipio mismo. Por ello, antes de introducirme en el ámbito local, me parece obligado, aunque sea de forma sintética, aludir a las distintas concepciones aún existentes sobre la noción de «servicio público».

II. LOS DISTINTOS CONCEPTOS DE SERVICIO PÚBLICO Y SUS INTENTOS DE REVISIÓN

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

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

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

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

A este mismo nivel totalmente general, aunque añada algún elemento de mayor precisión, se encuentra la noción alemana de «asistencia vital» (*Daseinvorsorge*), con la que FORSTHOFF⁶ abarcó la actuación pública y privada de las Administraciones públicas, incluso la desarrollada por particulares, siempre que con ella se persiguiera la satisfacción de necesidades esenciales para la colectividad. Ya no se trataría de cualquier actividad de interés público, sino exclusivamente de aquellas que resultaran indispensables para la vida, para su desenvolvimiento individual y social en las actuales sociedades modernas.

2. Frente a estas nociones genéricas, habría un concepto más restringido de servicio público que identificaría esta actividad con la *actuación prestacional de la Administración*, que lleva aparejada determinadas consecuencias jurídicas. En este concepto más concreto y técnico de servicio público, utilizado por la legislación administra-

³ Así, en T.-R. FERNÁNDEZ, «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», núm. 150 de esta REVISTA, 1999, págs. 57 y ss. Anteriormente, L. MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos, funcionalidad técnica», núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA, 1983, págs. 2471 y ss.

⁴ F. GARRIDO FALLA, «El concepto de servicio público en Derecho español», núm. 135 de esta REVISTA, 1994, págs. 7 y ss., se refiere al concepto de servicio público que emplea la doctrina francesa a comienzos del siglo XX (DUGUIT y, ocasionalmente, HAURIU), y que se identifica con la finalidad misma de toda actuación administrativa.

⁵ E. MALARET GARCÍA, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», núm. 145 de esta REVISTA, 1998, pág. 55. La doctrina española se ha referido a este concepto extenso de servicio público como concepción objetiva material o funcional del servicio público, en el que se han incluido, además de los servicios de titularidad pública, las actividades privadas «reglamentadas» de interés público. Esta concepción, en L. MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos, funcionalidad técnica», núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA, 1983; G. ARIÑO ORTIZ, *Nuevo concepto de servicio público*, Madrid, 1997. También, en M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 189, quien sostiene que «la declaración de servicio público económico cubre distintas hipótesis que van desde los supuestos extremos de servicios exclusivamente integrados en la Administración hasta los que combinan la idea de integración administrativa con la coexistencia de actividades simplemente reglamentadas».

⁶ E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Munich, 1973, págs. 475 y ss.

tiva para designar la actividad prestacional asumida como propia por las Administraciones públicas, no se integra la actividad realizada por los particulares autorizados por la Administración (GUAITA)⁷.

Asimismo, es *communis opinio* que este tipo de actividad administrativa se caracteriza por las notas de universalidad e igualdad, junto con las de continuidad y regularidad⁸. Este concepto más restringido de servicio público también se encuentra actualmente recogido en el Derecho positivo. La legislación administrativa, aunque no lo defina, presupone su existencia al enumerar sus elementos con la finalidad de delimitar el ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos (art. 156 TRLCAP)⁹. Conforme a este precepto, para que exista actividad de servicio público es necesario que a la Administración se le haya asignado previamente en la norma la correspondiente competencia de carácter prestacional sobre la materia o actividad de que se trate¹⁰.

En este contexto, resultará primordial distinguir la actividad administrativa de «servicio público» de lo que es función soberana —que se identifica con el ejercicio de poder público— y de la actividad meramente económica de la Administración —para la que no hay necesidad de una previsión precisa, bastando una atribución competencial genérica, pues el artículo 128.2 CE reconoce la iniciati-

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

⁸ Así es, entre otros, para J. A. LÓPEZ PELLICER (1973: 266) y E. MALARET GARCÍA (1998: 59).

⁹ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. I. Parte General*, 11.^a ed., 1998, pág. 486; J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 1998, págs. 61-62. Este último considera que lo importante es que la titularidad de esa actividad recaiga en una Administración pública (dimensión subjetiva) y que la actividad se preste bajo un régimen jurídico exorbitante (dimensión objetiva).

¹⁰ Para J. A. LÓPEZ PELLICER (1973: 269), esto constituye cabalmente el elemento y el dato inicial que indicará que nos encontramos en presencia de una actividad jurídicamente configurada como servicio público. Específicamente se exige que se declare de modo expreso que la actividad en cuestión queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma. A esta exigencia de previsión normativa se suman otra serie de notas características, unas de carácter material, como que se trate de una actividad con un contenido económico que la haga susceptible de explotación por empresarios particulares, y otras estrictamente jurídicas, que la actividad en sí misma no implique ejercicio de poderes soberanos y que sobre ella se haya establecido un régimen jurídico básico que se considera «exorbitante». Sobre las notas características de este segundo concepto de «servicio público», J. C. CASSAGNE, «El surgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado», núm. 140 de esta *REVISTA*, 1996, págs. 95 y ss.

va en la actividad económica a las distintas organizaciones jurídico-públicas, se entiende que en sus respectivos ámbitos competenciales—, y en la que no se dispone de un régimen jurídico exorbitante que otorgue poderes a la Administración más allá de los que tiene cualquier particular que actúa económicamente en el mercado¹¹.

3. Por último, en su acepción más estricta, servicio público equivaldría únicamente a *actividad reservada a la Administración pública* o actividad prestada en exclusiva por la Administración, que puede contratar su gestión con los particulares mediante la correspondiente concesión. Para un sector doctrinal (GARCÍA DE ENTERRÍA¹², GARCÍA-TREVIJANO¹³, VILLAR PALASÍ¹⁴), la reserva ha venido siendo una nota esencial y definitoria del servicio público¹⁵. No obstante, hay autores que discrepan de esta noción y consideran que cabe servicio público sin reserva, en concurrencia con la actividad de los privados¹⁶.

4. En las últimas décadas el servicio público tradicional ha sido objeto de una profunda transformación debido al proceso de liberalización emprendido por la Unión Europea, a instancias de la Comisión, con base en las competencias sobre mercado interior y regulación de la competencia. Los países que, como España, se regían por

¹¹ Sobre los criterios diferenciadores entre la actividad de servicio público y la función pública, y aquella y la actividad de «gestión económica», puede consultarse T. DE LA CUADRA-SALCEDO, *Corporaciones locales y actividad económica*, Diputación de Barcelona, Universidad Carlos III, Marcial Pons, 1999; también, G. ARIÑO ORTIZ (1997: 491-495). Ofrece otros distintos F. GARRIDO FALLA (1994: 11-22). En cualquier caso, no parece existir unanimidad en la doctrina en configurar el régimen jurídico aplicable a la actividad de «servicio público».

¹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1955: 116-117).

¹³ J. A. GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, 3.ª ed., 1973, págs. 20 y ss.

¹⁴ J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», núm. 3 de esta REVISTA, 1950, pág. 63, llamó a este poder de exclusión de la iniciativa privada «exclusividad regalística».

¹⁵ Junto a los autores citados en el texto, identifica servicio público con actividad reservada S. MARTÍN-RETORTILLO, «La actuación de las Corporaciones locales (Anotaciones al Proyecto de Ley de regulación de las bases de Régimen local)», en *Organización territorial del Estado (Administración local)*, III, Ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1985, pág. 2009; del mismo autor, *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, Madrid, 1988, pág. 253. En la misma línea se encuentran L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Las competencias propias de las Corporaciones Locales», en *Tratado de Derecho Municipal* (Dir. S. MUÑOZ MACHADO), tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 204; y F. LLISSET BORREL, *La actividad empresarial de los Entes locales*, Abella, Madrid, 1990, pág. 21.

¹⁶ A. GUAITA (1969: 72); J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, «Funciones, servicios y prestaciones de las entidades locales», en *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, MAP, Madrid, 1991; F. GARRIDO FALLA (1994: 23). Junto a ellos, J. SALAS HERNÁNDEZ, «La provincialización de servicios (Iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)», en *La provincia en el Sistema Constitucional* (Dir. R. GÓMEZ-FERRER MORANT), 1991, pág. 203.

un concepto de servicio público tradicional, como sinónimo de reserva de titularidad de la competencia, es decir, de exclusiva prestación por parte del Estado o por sus concesionarios, se plantean la utilización de otros conceptos más ajustados a la realidad social que se trata ahora de regular. Se habla de «obligaciones de servicio público»¹⁷ como determinados deberes que se imponen a los particulares, prestadores de estos servicios esenciales (gas, transportes, telecomunicaciones, energía eléctrica, servicios postales), por medio de los cuales se establece y garantiza un régimen especial de «accesibilidad universal, igualdad, calidad, regularidad o ciertas mejoras en los precios», que permiten modular las condiciones de prestación de los servicios que se ofrecen, que de otra forma se prestarían ateniéndose exclusivamente a los intereses mercantiles de las empresas que operan en los diferentes sectores, conforme a las reglas de la competencia y el mercado.

De este modo, en la actualidad la doctrina propone una revisión del concepto de servicio público que permita explicar los nuevos fenómenos que tienen lugar en la sociedad relacionados con la prestación de los servicios esenciales que han de recibir todos los ciudadanos (servicios universales)¹⁸ y cuya efectiva ejecución ha dejado de ser normalmente una tarea de responsabilidad de las organizaciones jurídico-públicas para pasar a ser realizada por empresas privadas controladas por el Estado. Varía el papel del Estado y de las Administraciones públicas, también de las locales, que pasan de ser prestadoras de servicios a asumir una función de regulación y garantía

¹⁷ Este término, «obligaciones de servicio público», ha sido definido por la Comisión en el *Libro Blanco sobre los servicios de interés general* [COM (2004) 374, de 12 de mayo de 2004], Anexo I (punto 42): «Alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria». Así, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, que permite en su artículo 20 a la Administración imponer «obligaciones de servicio público» a las empresas titulares de servicios regulares de viajeros. Asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, en su título III establece las obligaciones de servicio público que se imponen en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. En el mismo sentido, la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, dispone en su título II las obligaciones de servicio público en este sector. Junto a estas normas cabe también citar la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico. Otros ejemplos de legislación en este sentido ofrece M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, «Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, 2004, págs. 69 y 70.

¹⁸ Sobre estos «servicios universales», *vid.*, entre otros, G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, págs. 549 y ss.; T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999); A. GALLEGO ANABITARTE, «El sector del gas en la ley de hidrocarburos de 1998. Algunas notas», *REDETI*, núm. 8, 2000, págs. 11 y ss.

de la existencia y calidad de los mismos (*Gewährleistungsstaat*). Ahora, en muchos casos, a las organizaciones jurídico-públicas simplemente les incumbe garantizar la competencia en aquellos sectores en los que el servicio puede ser prestado *prima facie* conforme al libre mercado, pero con sometimiento a las reglas de la competencia y respeto a ciertas condiciones que permiten asegurar la situación y los derechos de los usuarios en cuanto al acceso universal, calidad y precio del servicio. Se habla entonces de los «servicios de interés económico general», concepto importado del Derecho europeo (art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea)¹⁹. Se constata así que, al menos a nivel estatal, no resulta significativa ya la categoría de servicio público vinculada en última instancia a una noción orgánica y subjetiva de Administración. El término servicio público pasa a ser sustituido o, al menos, a interpretarse de modo equivalente al de «servicios económicos de interés general», concepto, a mi juicio, mucho más amplio, que, en realidad, no supone mucho más que un regreso a la primera acepción de servicio público a la que se aludía en un principio, a la que ahora se añade el calificativo de «económico», pues lo que está en juego es su apertura al mercado, aunque «ya no al puro y duro mercado libre»²⁰.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL

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

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LRBRL), en cuanto norma institucional de la Ad-

¹⁹ L. MORAL SORIANO, «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004, pág. 550, afirma que junto a los valores tradicionales de los Servicios de Interés Económico General (SIEG) —accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad y calidad—, elaborados tanto por la doctrina del TJCE como por la Comisión, el Parlamento Europeo incluye otros nuevos (en una de sus resoluciones, concretamente de 13 de marzo de 1996), los de transparencia y participación, que son típicos de la estrecha vinculación de los SIEG a los ciudadanos y no simplemente a los consumidores. Dada la neutralidad del concepto de «empresa» que se deriva de las normas comunitarias, este precepto (art. 86 TCE) resulta de aplicación tanto a las empresas privadas y demás personas jurídicas que se encarguen de la prestación de estas actividades, como a las personas jurídico-públicas, aunque éstas no adopten una forma societaria. M. SENDÍN GARCÍA, *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003, pág. 192, recoge, además, jurisprudencia en este sentido.

²⁰ Emplea estos términos A. GALLEGO ANABITARTE (2000: 16), aunque se refiere concretamente a la transformación de régimen jurídico que se realiza por el Derecho positivo para el sector del gas. Del concepto de «servicio público», con el que se califica las actividades de suministro de combustibles gaseosos por canalización, su conducción, producción y distribución, se ha pasado al de «actividades de *interés económico general*».

ministración local que desarrolla el marco establecido por la Constitución sobre el régimen local, como ella misma indica en su preámbulo, rebasa «lo puramente organizativo y de funcionamiento» para «penetrar en el campo de las competencias y reglas de la actividad pública».

En este sentido, y como no podía ser de otra forma, la legislación de régimen local parte de lo anticuado de considerar que existe un ámbito material de competencias que pudieran ser consideradas «por naturaleza» locales, pero, al mismo tiempo, considera que la atribución legal de competencias a los entes locales, o su intervención, sin necesidad de habilitación legal, en una materia determinada, está basada en la presencia en la materia en cuestión de un interés local²¹. En relación con este aspecto, la Ley dispone literalmente (art. 25.1): «*El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*».

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

La enumeración de servicios públicos obligatorios que realiza la LRBRL (art. 26), entre los que se encuentran el alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, etc., pone de manifiesto que la implantación de servicios públicos en el ámbito local hunde sus raíces en las exigencias propias del Estado social y persigue la consecución de un claro fin de interés general, que es, en concordancia con el artículo 10 de la Constitución, el de garantizar de modo efectivo al ciudadano una existencia vital adecuada, que permita su desarrollo como persona²².

²¹ Al fundamento constitucional (arts. 137, 140, 141 y 142 CE) de la asignación al municipio de un núcleo de competencias, es decir, a la atribución de competencias como contenido de la autonomía local, a los límites al legislador en la supresión y modificación de las competencias locales que impone la garantía constitucional de la autonomía local y a la función que las distintas leyes —estatales y autonómicas, generales y sectoriales— cumplen en la conformación de dichas competencias, no me puedo, por motivos que es obvio aludir, referir en este trabajo. Me remito a las reflexiones que sobre algunas de estas cuestiones realicé en *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos*, Marcial Pons, 2003, págs. 165-193, y a los autores españoles y alemanes y a la jurisprudencia que entonces cité.

²² Lo que caracteriza a este tipo de servicios, al margen de la presencia de la Administración, que lo gestionará directa o indirectamente, es que haya de ser prestado al público

En el ámbito local podría parecer que se ha venido dando también cabida a una noción muy amplia de servicio público que se identificaría con competencia local, en sintonía con el artículo 85.1 LRRL, que consideraba servicios públicos a «*cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales*» (la versión actual de este precepto es distinta; se ha modificado, a efectos, supongo, de corregir esta identificación, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, conforme a la cual «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias»). No obstante, existen pronunciamientos dentro de la jurisprudencia del TS —así, la *sentencia de 18 de octubre de 1994 (Ar. 7538), siguiendo a la de 24 octubre 1989 (Ar. 8390)*— que se adscriben a una noción estricta de servicio público, considerándolo «como una actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua».

Con esta definición jurisprudencial se aportan ciertas notas tradicionales de este concepto, predicables del servicio público en su sentido más restringido, ordinariamente utilizado a nivel estatal, en el que aparecía íntimamente vinculado a la idea de exclusión del mercado y reserva de la actividad, junto a la referida exigencia de ley formal²³.

No obstante, en relación con la noción de servicio público local la

con las notas de regularidad y continuidad a fin de garantizar su obligada recepción, como recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por ejemplo, la *sentencia de 16 de mayo de 1997 (Ar. 4371)*, que relaciona la prestación de los servicios públicos locales de carácter obligatorio con el derecho reconocido en la ley —art. 18.1.g) LRRL— de todo vecino a exigir su efectiva ejecución. La formulación de este artículo 18.1.g) LRRL como un derecho subjetivo de todo vecino de exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público permitió que en el ámbito local pudiera impugnarse la inactividad de la Administración, lo que, como es sabido, no fue posible con carácter general frente a cualquier Administración hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 25.2 y 29).

²³ Cabría preguntarse, además, si esta corriente jurisprudencial resultaría hoy congruente con el movimiento liberalizador y privatizador al que hemos asistido en Europa, y que ha traído consigo la reducción de la actividad económica estatal. Parece que no. A no ser que sostengamos que este movimiento liberalizador no resulta tan claro en el ámbito local y que a este nivel está justificado seguir hablando de servicio público como actividad reservada a los Ayuntamientos. A esta cuestión, sobre la que volveremos al final de este trabajo —en el epígrafe IV.D)—, se ha referido, como era de esperar, el primer borrador del Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España, artículo 2.º, apartado segundo, de la Orden APU/2648/2004, de 27 de julio (*BOE* del 4 de agosto), afirmando que este proceso liberalizador comporta una reducción de la actividad local de prestación de servicios y, por tanto, una disminución global de las competencias locales, que puede compensarse —y esto es lo que este borrador en este marco de la segunda descentralización propone— por medio de una nueva y más potente atribución a las Administraciones locales de funciones reguladoras y de control y supervisión sobre las actividades económicas y prestacionales de los particulares.

jurisprudencia es, sin embargo, oscilante. Las dificultades en su definición, a las que he aludido antes desde una perspectiva general, se perciben también a nivel local. En este sentido, encontramos sentencias que contradicen la corriente antes referida. Así, por ejemplo, la *STS de 23 de mayo de 1997 (Ar. 4065)* afirma que este concepto de servicio público como servicio público reservado no puede ser completamente extrapolado a la esfera local, por cuanto en este ámbito se atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de los particulares²⁴.

Esta última interpretación es la que parece resultar conforme al Derecho positivo²⁵. De la LRBRL se deriva literalmente que no todas las actividades económicas de los municipios enumeradas en el artículo 25 LRBRL (abastos, mataderos, ferias, mercados, suministro de agua y alumbrado público, recogida y tratamiento de residuos, transporte público de viajeros y servicios funerarios), ni siquiera las consideradas como servicios públicos y enumerados como tales por el artículo 26 LRBRL, han sido declarados como servicios reservados a favor de la Administración²⁶.

²⁴ Para esta segunda corriente jurisprudencial, los servicios locales están únicamente caracterizados por la declaración formal, la naturaleza prestacional y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de competencia de la entidad local. De esta manera, pueden considerarse servicios públicos locales también aquellas actividades que presten los entes locales sin necesidad de que se hayan reservado o sean inmediatamente susceptibles de serlo. Desde esta perspectiva, por ejemplo, el abastecimiento de aguas como servicio público de la entidad local es una competencia específica y cualificada que han de realizar todos los municipios que no comporta necesariamente la existencia de un monopolio —en el sentido de actividad reservada— de la que se excluya la concurrencia de los particulares. En este ámbito existen dos acepciones distintas del término «monopolio». Por un lado, monopolio como actividad que se ejerce en exclusiva por la Administración y en la que está prohibida la entrada de particulares salvo concesión. En este sentido se utiliza por la legislación de régimen local autonómica («Los servicios esenciales que fuesen reservados por ley a las entidades locales podrán prestarse en régimen de libre concurrencia o en régimen de monopolio» —art. 228 de la Ley catalana 8/1987, de 15 de abril, de régimen local; art. 208 de la Ley gallega 5/1997, de 22 de julio, de la Administración local, y art. 204.2 de la Ley aragonesa 7/1999, de 9 de abril, de la Administración local—). Y, por otro, monopolio como actividad reservada ejercida por la Administración directamente o por un solo concesionario de la Administración, que se distinguiría de la actividad reservada «ejercida en competencia por varios concesionarios de la Administración». Esta última noción de «monopolio», en A. GALLEGO ANABITARTE y otros, *Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986, pág. 404.

²⁵ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Ayuntamiento de Gijón-Civitas, 1995, pág. 159. De esta misma opinión, F. LISSET BORREL, *Derecho local especial*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1997, pág. 373; J. F. ALENZA GARCÍA, *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español*, MAP, Madrid, 1997, pág. 93.

²⁶ A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho local*, 4.ª ed., Comares, Granada, 1998, pág. 252, va más allá de lo que se sostiene *supra* en el texto, pues mantiene que no to-

La reserva es un plus que se añade a ciertos servicios locales por obra del artículo 86.3 de la Ley básica de régimen local. Sólo ha sido declarada la reserva sobre una cierta parte de los mismos (abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; *suministro de gas*²⁷ y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; *servicios mortuorios*²⁸). De este modo, los servicios enunciados en el artículo 86.3 se revisten por su «esencialidad» de una característica adicional: que la entidad local puede excluir la posible concurrencia de particulares de esta concreta actividad.

En conclusión, puede decirse que en el ámbito local han venido existiendo tradicionalmente servicios públicos que se prestan en concurrencia con la iniciativa privada. Esto es propio y específico de los servicios públicos locales y distinto de lo que venía ocurriendo en el ámbito estatal²⁹.

2. *Servicios públicos y reserva o exclusión de la iniciativa privada. Diversas interpretaciones de la reserva del artículo 86.3 LRBRL y la cuestión de su compatibilidad con el Derecho comunitario*

Así, para saber si cuando se habla de una actividad de servicio público se trata de una actividad reservada, esto es, de una compe-

dos los «servicios obligatorios» son siempre servicios públicos, sino ámbitos competenciales, sujetos a la delimitación o concreción de la legislación sectorial, y que podrán desarrollarse mediante «intervención administrativa» en la actividad de los ciudadanos (art. 84.1 LRBRL), sin necesidad, en todos los casos, de prestación de servicios a los usuarios. Así ocurre, por ejemplo, con el control de alimentos y bebidas y la protección del medio ambiente.

²⁷ Y, además, en la actualidad se ha suprimido la reserva en relación con el suministro de gas por la Ley 38/1998, de 7 de octubre, de hidrocarburos (disposición derogatoria única). Esta declaración de liberalización se entiende en el sentido de que dicha actividad se somete a la libre concurrencia en el mercado, excluyéndose, pues, la gestión exclusiva por los municipios. Un estudio de la nueva situación jurídica, en A. GALLEGO ANABITARTE y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La nueva regulación del mercado del gas natural», núm. 148 de esta REVISTA, 1999, págs. 42 y ss.; G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, págs. 634-652; y A. GALLEGO ANABITARTE (2000: 11).

²⁸ Con respecto a los servicios mortuorios, su liberalización se produjo por medio del Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio. Esta regulación no excluye el sometimiento de los servicios funerarios a la autorización municipal, que tendrá carácter reglado, con lo cual hay que deducir que con anterioridad al Decreto-Ley este servicio se prestaba exclusivamente por el Ayuntamiento o por un particular, por ejemplo tras una concesión no estrictamente reglada. Un análisis del régimen jurídico que se establece a partir de esta norma, en J. A. GARCÍA DE COCA, *Liberalización de la actividad funeraria*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, concretamente en págs. 134-142.

²⁹ No obstante, cabría introducir un matiz: en ocasiones, es la propia legislación sectorial la que utiliza el término «servicio público» en su sentido más restringido, como sinónimo de actividad reservada a la Administración local, de *publicatio* en el sentido del artículo 128 CE. Así sucede con los artículos 12.3 y 4.3 de la Ley 10/1998, estatal de residuos, a cuyo análisis dediqué bastantes páginas en *Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

tencia que se ha de ejercer en exclusiva por parte de las Administraciones públicas, sin que sea posible su prestación por particulares salvo concesión, se ha debido acudir siempre, y en primer lugar, al artículo 86.3 LRBRL. La interpretación de este artículo 86.3 LRBRL ha sido, con el tiempo, objeto de numerosas discrepancias³⁰. Entiendo que la reserva efectuada en el mismo significa que el legislador estatal de régimen local ha declarado que estas actividades «pueden» ser asumidas en exclusiva por las Administraciones locales, es decir, la reserva es el presupuesto para que los entes locales excluyan la intervención de los particulares en la prestación de este servicio, salvo que la propia Administración se la otorgue en virtud de concesión.

Considero que esta tesis que defiende que para la efectiva materialización de la reserva se requiere, además de la declaración legal, la voluntad de la propia Corporación local encargada de implantar el servicio, es la que interpreta adecuadamente lo que establece a este respecto nuestro ordenamiento jurídico y resulta congruente con la realidad económica y social de los municipios españoles³¹. No se tie-

³⁰ «En definitiva, para una parte significativa de la doctrina española la inclusión entre las actividades reservadas en el art. 86.3 de un buen número de servicios mínimos (obligatorios) es innecesaria. Es suficiente la declaración legal de su naturaleza de competencias locales (servicios públicos locales)». J. M. DÍAZ LEMA, *Los Monopolios Locales*, Montecorvo, 1994, pág. 58. Para otros autores, este precepto, aunque aparentemente concreta el artículo 128 de la Constitución, en realidad lo desvirtúa y contradice. J. SALAS HERNÁNDEZ (1991: 208).

³¹ J. M. DÍAZ LEMA (1994). De ello se deriva que la declaración de reserva establecida por el artículo 86.3 LRBRL no tiene un efecto jurídico inmediato, sino que implica un proceso escalonado en dos momentos sucesivos. En primer lugar, la Ley define un ámbito o campo de actividades y servicios dentro del cual es lícito a las entidades locales efectuar dichas reservas. A continuación corresponde a las propias entidades locales implantar efectivamente la reserva o monopolio local, siempre que así lo deseen y cuenten con la autorización de la respectiva Comunidad Autónoma.

Totalmente opuesta es la interpretación que del artículo 86.3 realiza R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, V, Civitas, Madrid, 1991, pág. 3281, quien considera la reserva efectuada por la LRBRL «inmediatamente efectiva» para las actividades que pretendan iniciarse con posterioridad, pero que, debido a los problemas expropiatorios que implica, su eficacia queda demorada respecto a las actividades en curso hasta que la Corporación no adopte el acuerdo correspondiente. Por su parte, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, pág. 318, si bien entiende que «las posibilidades que contempla el art. 86.3 se enuncian como hipótesis establecidas genéricamente, remitiéndose su concreción, es decir, la específica actualización de la reserva a dos acuerdos administrativos: el del Pleno de la Corporación y el del órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma», considera que tal previsión genérica resulta discutible toda vez que, a su juicio, la puesta en práctica de la reserva debería ser, conforme a la Constitución, obra directa de la ley. Tampoco convence la interpretación que se ofrece *supra* en el texto a A. GALLEGO ANABITARTE, «Estudio preliminar» a J. ORTEGA BERNARDO, *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, 2003, págs. 18-22. No obstante, en el mismo sentido que DÍAZ LEMA también lo entendieron A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ (1998: 441); F. VILLAR ROJAS, «Los servicios esenciales reservados a las entidades locales», en *Introduc-*

ne por qué necesitar en todos ellos la efectiva implantación de la reserva y la consiguiente exclusión del mercado en cada una de las actividades que enumera la legislación de régimen local (art. 86.3 LRBRL). Así lo interpreta también la jurisprudencia³².

Ciertamente, éste es el efecto del artículo 86.3 LRBRL: con él se autoriza a las entidades locales a excluir la libre competencia en el ejercicio de las actividades que en el mismo se enumeran³³. Este apartado no legitima por sí mismo la intervención de las Corporaciones locales, ni les atribuye la titularidad sobre estas actividades³⁴. En

ción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión (Dir. J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ), MAP, Madrid, 1991, pág. 184; P. MENÉNDEZ, «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades Locales (especial referencia al abastecimiento de aguas y suministro de gas)», *REDA*, núm. 89, 1996, págs. 49 y ss.; T. DE LA CUADRA-SALCEDO, *Corporaciones locales y actividad económica*, Diputación de Barcelona, Universidad Carlos III, Marcial Pons, 1999, pág. 43; y lo mismo se deduce del libro de F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, págs. 41 y ss. (y en especial nota 23), quien se refiere a la reserva como mera «legitimación» del sector público para asumir la gestión empresarial del recurso o servicio sustrayéndolo al régimen de libre empresa y no como una asunción directa, lo que comporta que sea posible la existencia de servicios sobre los cuales haya recaído declaración de reserva y que sean gestionados en régimen de libre competencia.

³² Entre otras, las *sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1997* (Ar. 8457) —en la que se niega a un municipio la facultad de prohibir la actividad de una empresa privada que presta servicios funerarios dentro del término municipal, toda vez que el Pleno del Ayuntamiento no ha llegado a aprobar el régimen de monopolio o exclusiva para la prestación de este servicio— y *de 22 de septiembre de 1994* (Ar. 7137) —en ella se considera que la Administración carece de respaldo legal para denegar la adjudicación de un puesto de mayorista en una lonja central, dado que mientras no se implante efectivamente el monopolio el principio general de nuestro ordenamiento jurídico es el de libre competencia, tal y como se desprende de la Constitución y de la legislación local (se cita el artículo 47 RSCL, que viene a ser un trasunto del artículo 86.3 LRBRL)—. Por último, también se recoge en la *sentencia de 21 de diciembre de 2000* (Ar. 524).

³³ Ésta es la explicación que mejor se acomoda al tenor literal del artículo 86.3 LRBRL, que en su párrafo 2.º requiere para la «efectiva» ejecución de la actividad en monopolio o exclusiva el acuerdo del Pleno de la Corporación; resulta, además, lógica por cuanto en algunos casos pudiera considerarse irrazonable la «imposición» de estas reservas en todos los municipios y, al mismo tiempo, representa una continuidad con el régimen local anterior (con el artículo 166 de la antigua Ley de Régimen Local, aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955) y es compatible con la legislación de régimen local aprobada por las Comunidades Autónomas: de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (art. 229), y su Reglamento de 1995 de obras y servicios (art. 182.1), y de las últimas leyes de Administración local de Galicia, Ley 5/997, de 22 de julio (art. 296), y Aragón, Ley 7/1999, de 9 de abril (art. 204.3 y 4), se deriva expresamente que los servicios reservados por ley a los entes locales pueden prestarse tanto en régimen de libre competencia como en régimen de monopolio o exclusiva.

³⁴ Entendemos, con J. M. DÍAZ LEMA (1994: 37), que el artículo 86.3 LRBRL no añade nada nuevo al sistema de competencias establecido en los artículos 25 y 26 LRBRL. De esta misma opinión ya era J. TORNOS MÁS, «Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos», *REALA*, núm. 245, 1990, pág. 27: «El otro precepto en el que se menciona un servicio público de nuestro interés, es el art. 86.3, pero tampoco aquí la delimitación de un ámbito material tiene como objetivo directo la determinación de una competencia local. El art. 86.3 debe vincularse al art. 128.2 de la Constitución, pues el mismo trata de dar la cobertura legal exigida por aquel precepto constitucional a la reserva de una actividad económica al sector público». Lo contrario es lo que sostienen R. GÓMEZ-FERRER MORANT (1991: 3821); J. L. RIVERO ISERN, *Manual de Derecho local*, 3.ª ed., Civitas,

este sentido, la competencia para realizar cualquiera de las actividades y servicios esenciales que enumera el artículo 86 procede de otras previsiones legales: bien de la propia LRBRL, de los servicios mínimos obligatorios que enumera el artículo 26, bien de la legislación sectorial o bien, en el caso de que la asunción de la concreta competencia no esté legalmente prevista, de que los entes locales hayan optado por ejercer la iniciativa pública en la actividad, si ésta tiene naturaleza económica, a lo que les autoriza el artículo 86 LRBRL, que en su apartado primero reproduce para el ámbito local el contenido del artículo 128.2, primera frase, de la Constitución.

Este artículo 86.3 sólo autoriza a los entes locales a prohibir a los particulares, salvo concesión, la realización de tales actividades y a expropiarles³⁵ en caso de que ya las estuvieran realizando³⁶.

Si nos preguntamos por la compatibilidad de este precepto con el Derecho comunitario³⁷, tenemos que tener en cuenta que, en conformidad con el Tratado de la Unión Europea, para determinados casos, los Estados miembros pueden conceder derechos especiales o exclusivos para asegurar la viabilidad de un servicio de interés eco-

1997, pág. 334; L. M.^a CAZORLA PRIETO, «Artículo 128», en *Comentarios a la Constitución* (Dir. GARRIDO FALLA), I, Civitas, 1985; y F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (1995: 323), para quienes la declaración de determinadas actividades y servicios como reservados supone atribuir la titularidad sobre los mismos a los entes en favor de los cuales se lleva a cabo la reserva.

³⁵ Por esta razón, el TRRL prevé que todo acuerdo por el que se disponga la efectiva ejecución en régimen de monopolio de alguna de las actividades a las que se refiere el artículo 86.3 LRBRL llevará aneja, cuando lo requiera, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación. Previsión que se reitera en la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (art. 229.4), y en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 205.5).

³⁶ Si desde el artículo 86.3 LRBRL se deriva fundamentalmente la posibilidad de que las entidades locales puedan impedir la iniciativa privada, este precepto sirve además para constatar que las actividades en él enumeradas constituyen típicas actividades económicas susceptibles de ser prestadas en régimen de mercado y de libre competencia por los particulares. El hecho de que sean reservados estos servicios nos facilita un importante dato: que son en la práctica, y también desde el punto de vista jurídico, una actividad económica, lo que la derogada legislación local denominaba «servicios económicos» (estudiados por CLAVERO ARÉVALO, *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, IEAL, Madrid, 1952, pág. 76.), de modo que lo que explica su reserva es que se trata de un servicio de naturaleza industrial, que es susceptible de concurrencia empresarial. J. M. DÍAZ LEMA (1994: 55). La reserva puede ser global, referirse a un sector económico completo o afectar sólo a una o varias fases de un determinado proceso productivo o de una actividad o servicio. Para ello sólo se exige que sea técnicamente posible. F. SOSA WAGNER (1997: 39).

³⁷ Sobre esta cuestión surgen dudas (así, a R. SANTAMARÍA ARINAS, *Administración local y gestión de residuos*, Cedecs, Madrid, 2000, págs. 66-67) al valorar la proporcionalidad de dicha opción, ya que el Derecho comunitario sólo admite tales excepciones como el monopolio local en la medida de lo imprescindible para el cumplimiento de misiones de interés general. SANTAMARÍA ARINAS (2000: 66-67) afirma, finalmente, su compatibilidad al no representar una monopolización directa de las actividades reservadas y al proyectarse sobre una escala territorial más reducida, todo ello sin perjuicio de que también el concreto ejercicio de las facultades reconocidas en el artículo 86.3 pueda y deba ser objeto de control desde esta perspectiva en cada caso.

nómico general. En principio, por tanto, la concesión de estos derechos de reserva a favor de las Corporaciones locales no resulta incompatible con el Tratado. En este sentido se ha pronunciado además el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, admitiendo que los derechos exclusivos o especiales —sentencia de 17 de mayo de 1993, asunto *Corbeau* (C-230-91)— pueden establecerse y limitar la competencia en ciertos mercados, con base en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, esto es, en la medida en que sean necesarios para cumplir una misión concreta de servicio de interés económico general. Y, además, esto sólo resultará admisible cuando la legislación comunitaria sectorial no haya eliminado esta posibilidad, liberalizando la concreta actividad³⁸.

3. *Intervención de la Comunidad Autónoma en la efectiva implantación de la reserva a favor de los entes locales*

En España, las entidades locales puedan acordar, al amparo del artículo 86.3 LRRL, el ejercicio de los servicios públicos en régimen de monopolio o exclusiva. Para ello, simplemente se requiere un acuerdo adoptado por la mayoría absoluta del número legal de miembros del Pleno de la Corporación (art. 97.2 Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local; en adelante, TRRL) y su posterior aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma. Este último requisito, consistente en la aprobación por la Comunidad, implica que la efectividad de la reserva dependerá asimismo de la voluntad de la Comunidad Autónoma, sin transformarse por ello en una actividad cuyo ejercicio sea posteriormente objeto de control autonómico³⁹.

Por parte de la doctrina se ha dicho que el control que ejerce en este caso la Comunidad Autónoma sólo puede ser de legalidad como reflejo de la garantía constitucional de la autonomía local⁴⁰. Sin em-

³⁸ Sobre esto se volverá al final de este trabajo, epígrafe IV.3.D).

³⁹ Así lo recoge expresamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Concretamente, la *sentencia de 12 de noviembre de 1997* (Ar. 8457) dice al respecto: «sin que ello signifique que la actividad deje de ser municipal. Su prestación en régimen de monopolio no la transforma en una actividad tutelada por la Comunidad Autónoma». Lo mismo se deriva de las sentencias de *26 de junio de 1996* (Ar. 7244) y *21 de diciembre de 2000* (Ar. 2001/524). Esta doctrina jurisprudencial no se ha pronunciado, sin embargo, sobre el alcance de esta aprobación autonómica.

⁴⁰ F. VILLAR ROJAS (1991: 190) sostiene a este respecto que si bien en el régimen anterior, a la hora de autorizar la implantación del monopolio, el Estado examinaba tanto los aspectos de legalidad como de oportunidad (art. 65 RSCL), en la actualidad la autorización prevista por parte de las Comunidades Autónomas ha de depender exclusivamente del examen de los aspectos de legalidad incorporados al expediente y de la corrección formal de la tramitación del mismo, sin que pueda ir más allá. VILLAR trata de fundamentar su postura

bargo, también se sostiene que puede verificarse un control de oportunidad cuando se trate de asuntos supralocales, es decir, en la medida en que el monopolio pueda ser inconveniente desde el punto de vista de una adecuada estructuración de un sector de actividad autonómica (DÍAZ LEMA y DE LA CUADRA-SALCEDO)⁴¹. En definitiva, la intervención autonómica aprobando la efectiva ejecución del monopolio local de una actividad de servicio público podría implicar tanto un control de legalidad como de oportunidad⁴². Hoy en día, su alcance está estrechamente vinculado a la función de coordinación que sobre las materias de competencia local el ordenamiento jurídico atribuye a las Comunidades Autónomas cuando entran en juego intereses supralocales (prevista en el artículo 10 en relación con el artículo 59 LRRL).

IV. DIFERENCIAS ENTRE EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL Y OTRO TIPO DE COMPETENCIAS LOCALES

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

Parece clara la distinción entre el servicio público y las actividades que entrañan ejercicio de autoridad o función pública, que se prestan fundamentalmente con coacción y limitaciones y técnicas de

en la jurisprudencia del TC, en concreto en la STC de 2 de febrero de 1981, en la que se eliminaron todos los controles de tutela procedentes del régimen anterior por considerarlos incompatibles con el principio de autonomía local constitucionalmente reconocido. De la misma opinión, F. SOSA WAGNER (1997: 49), F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (1995: 395 y ss.) y J. A. GARCÍA DE COCA (1998: 61).

⁴¹ A este respecto dice J. M. DÍAZ LEMA (1994: 98): «Pero el monopolio puede trascender del ámbito local —y así sucederá con cierta frecuencia—. Al implantar el monopolio local se está decidiendo la exclusión de la concurrencia en un sector de la actividad económica. En una estructura caracterizada por el fuerte entrelazamiento del tejido económico, puede ser profundamente perturbador que una Corporación local monopolice una actividad, creando una especie de isla dentro de un territorio más amplio». En el mismo sentido, T. DE LA CUADRA-SALCEDO (1999: 59).

⁴² Corrobora esta afirmación la Ley aragonesa sobre Administración local, Ley 7/1999, de 9 de abril, cuyo artículo 205.4, al concretar el alcance de la intervención autónoma en la aprobación del monopolio municipal, permite identificarla con una tutela de oportunidad: «Cuando los servicios reservados se presten en régimen de monopolio el acuerdo del Pleno (...) requerirá la aprobación del Gobierno de Aragón, que se otorgará si concurren las circunstancias de interés público legitimadoras de la exclusión de la iniciativa privada, tales como la imposibilidad física o económica de establecer más de una infraestructura de red para el servicio, o lo aconsejen razones de seguridad, salubridad u orden público, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea. La resolución del Gobierno de Aragón deberá adoptarse en el plazo de tres meses desde la recepción del expediente completo, entendiéndose aprobada si no hay resolución expresa en dicho plazo».

policía (propias de ámbitos como los de la seguridad, la ordenación del tráfico y la protección civil, entre otros⁴³).

En puridad, en nuestro ordenamiento jurídico existirían dos tipos de prohibiciones con respecto a las funciones soberanas, o que implican ejercicio de autoridad. Por un lado, la prohibición de que estas funciones sean ejercidas por empresas privadas propiedad de las Administraciones públicas. Así lo prevé la disposición adicional 12 LOFAGE, aplicable exclusivamente a la Administración General del Estado⁴⁴, que ahora se reitera para el ámbito local en el artículo 85.3 LRBRL —en la nueva redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre—, que prohíbe expresamente la gestión, mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. Esta prohibición resulta en parte coincidente con la previsión del artículo 92.2 LRBRL⁴⁵ y del artículo 69.1 RSCL⁴⁶, aunque de estos dos últimos preceptos, aplicables únicamente a la Administración local, se deriva implícitamente una prohibición adicional: la de utilizar organizaciones jurídico-públicas dependientes de la organización territorial para el ejercicio de funciones que impliquen poder público.

El segundo tipo de prohibición, establecido como regla general en nuestro ordenamiento jurídico para la contratación pública, y por tanto aplicable a todas las Administraciones públicas, también a las

⁴³ Es evidente, a juicio del profesor GALLEGO ANABITARTE, que alguna de estas materias atribuidas a los municipios entraña ejercicio de autoridad o función pública: a) seguridad; b) ordenación del tráfico; c) protección civil; d) planeamiento; e) patrimonio histórico y protección del medio ambiente; f) defensa de los usuarios y consumidores; g) protección de la salubridad pública. En estos servicios de carácter público pueden diferenciarse varias funciones, entre ellas algunas que entrañan ejercicio de autoridad y que en esa medida sólo pueden ser prestadas por el municipio, aunque cabría la colaboración con particulares. Junto con la función que entraña ejercicio de poder público, o *imperium*, actuación de policía y autoridad o limitación en la actividad de los particulares, que es ejercida por el Ayuntamiento en exclusiva, es asimismo posible que el Ayuntamiento lleve a cabo otras funciones dentro de la misma materia que no comportan este ejercicio de poder público. Esto es propio de las materias configuradas como servicios públicos sociales y económicos (por ejemplo, en el ámbito de la protección del medio ambiente, el municipio, al tiempo que presta servicios públicos y lleva a cabo su iniciativa pública en la actividad económica, ejerce ciertas funciones que entrañan ejercicio de autoridad, como la regulación de infracciones y sanciones y su imposición). A. GALLEGO ANABITARTE (2003: 13).

⁴⁴ «Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública».

⁴⁵ «Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas, que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función».

⁴⁶ «Serán ejercidos necesariamente por gestión directa sin órgano especial los servicios que impliquen ejercicio de autoridad».

de las distintas Comunidades Autónomas, consiste en que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Lo que viene a significar simplemente que no cabe recurrir a la contratación de empresas de capital privado (art. 155.1 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), que se reproducía anteriormente para el ámbito local en el artículo 85.2 LRBRL —hoy dicha prohibición se encuentra recogida en el propio artículo 85.3, junto con la de utilizar empresas públicas locales— y en el artículo 43.1 RSCL⁴⁷.

En el fundamento de estas prohibiciones se encuentra un prejuicio o un tópico que consiste en entender que para el ejercicio de poder público hay que garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia, características éstas que el ordenamiento presume sólo concurren en el caso de los funcionarios públicos —con respecto al ámbito local— y en éstos y en las organizaciones jurídico-públicas —por lo que respecta al ámbito estatal—.

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

Frente a los servicios públicos económicos habría un grupo de actividades que son los servicios públicos sociales y educativos⁴⁸, en los que no hay, desde luego, ejercicio de autoridad. Se trata de actividades culturales —museos, teatros, bibliotecas—, deportivas y de prestación de servicios sociales y asistenciales —SAMUR, oficinas municipales de atención a mujeres maltratadas, narcosalas de atención al drogodependiente, oficinas de atención al inmigrante, residencias para la tercera edad, servicios de empleo y promoción de vivienda social—, así como participación en la enseñanza. La

⁴⁷ En la práctica, este principio no ha impedido la encomienda a terceros de ciertos servicios que implicaban ejercicio de autoridad. Como recoge la propia jurisprudencia, STS de 24 de noviembre de 2004 (Ar. 1225) y STS de 13 de octubre de 1997 (Ar. 1225), sobre inspección técnica de vehículos: «el orden público se encuentra en un proceso de privatización ante la impotencia de aquélla [se refiere a la Administración] para una gestión eficaz de las funciones soberanas, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada». Se ha obligado para ello a separar la gestión material del ejercicio de prerrogativas (es el caso de ciertas funciones de gestión tributaria como la de liquidación y recaudación de impuestos, o la gestión de expropiaciones). En estas ocasiones, la actividad privada viene a ser considerada una simple «colaboración privada» en el ejercicio de funciones públicas.

⁴⁸ Un estudio y análisis general de los mismos, en M. VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

prestación pública de estos servicios sociales, cada vez más regulados por las Comunidades Autónomas⁴⁹, concurre junto con los de iniciativa privada. Tradicionalmente, estas actividades de servicios sociales se han venido prestando por los particulares (actualmente por ONGs) y por instituciones como la Iglesia.

Los municipios tienen expresamente atribuida por ley la competencia para implantar estos servicios en el artículo 25.2.k) LRBRL: «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social». Por esta razón, y por no tratarse en puridad del ejercicio de actividades económicas, aunque en ocasiones puedan obtenerse beneficios de este tipo, no resulta necesario que el municipio proceda a justificar la conveniencia y oportunidad de su prestación a través del correspondiente expediente administrativo (arts. 86.1 LRBRL y 97.1 TRRL *a sensu contrario*). Basta con un acuerdo del Pleno de la Corporación⁵⁰.

Se trata de servicios públicos que presentan unas características específicas por razón de su contenido, al tratarse de servicios especialmente centrados en las personas destinatarias de los mismos, a las que sirven de forma inmediata⁵¹. Asimismo, se constituyen para dar respuesta a necesidades no cubiertas por la propia sociedad con el fin de favorecer la cohesión social⁵². En este sentido, parece que este tipo de actividad que prestan los municipios no es la típica del

⁴⁹ Entre otras, se han aprobado recientemente las siguientes leyes autonómicas sobre servicios sociales: Ley 6/2003, de 8 de julio, de Baleares; Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Asturias; Ley 3/2003, de 10 de abril, de Murcia; Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Madrid.

⁵⁰ Como forma de gestión es tradicional en España la indirecta a través del contrato de concierto, que es una forma de gestionar servicios públicos que supone el recurrir a una organización privada ya existente que desarrolla actividades análogas. Según E. MALARET GARCÍA, «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», *REAL*, núm. 291, págs. 584-585, que estos servicios sin carácter económico requieran únicamente para su creación de la voluntad del Pleno de la Corporación local, sin ni siquiera ser necesario seguir procedimiento específico alguno a pesar de tratarse de una decisión relevante desde el punto de vista de los intereses de la comunidad —financieros y sociales—, es debido a la lógica de la subsidiariedad, sobre todo en referencia a instituciones religiosas, tanto ayer como hoy presentes aún en la escuela y en los servicios sociales; si bien en estos últimos, afirma MALARET, se ha sufrido un claro proceso de laicización.

⁵¹ M. VAQUER CABALLERÍA (2002: 113-114) distingue entre servicios atinentes a la persona y servicios atinentes al territorio, para distinguir los servicios sociales de los demás servicios públicos. Considera que mientras los servicios sociales sirven inmediatamente a la persona (educación, sanidad, cultura, deportes, acción social, empleo y defensa de consumidores y usuarios), los demás servicios sirven a la persona de manera mediata, es decir, territorialmente, porque el territorio es el medio de la persona (así, cita como ejemplo los transportes y gestión de infraestructuras, telecomunicaciones, abastecimiento, evacuación y depuración de aguas, transporte, distribución y suministro energéticos). Reconoce, sin embargo, que en la tradición española es más común la distinción doctrinal entre servicios económicos y servicios asistenciales o sociales.

⁵² J. TORNOS MAS, «Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público», *QDL*, núm. 6, 2004, pág. 12.

servicio público, de cuyo régimen jurídico específico (de existir en realidad éste) difieren, si lo comparamos con los tradicionales servicios públicos locales (que tienen un carácter económico). Esto es así porque los servicios sociales revisten unas características intrínsecas: especial vinculación a los derechos y libertades fundamentales —a los artículos 16, 27, 20.1.b) y c) CE en lo que respecta a la educación y cultura, y a los artículos 15, 16 y 18 CE en lo que respecta a la asistencia sanitaria— y, en general, a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y una función exclusivamente social, o de solidaridad, que les han convertido en servicios excluidos del mercado. Por estos motivos, en España su prestación no ha sido objeto de reserva a favor de las organizaciones jurídico-públicas⁵³. Por las mismas razones, no se percibe como necesidad someter su prestación a las reglas de la competencia y, por lo tanto, tampoco ha sido necesario introducir excepciones a su aplicación.

Estos servicios sociales tienen un régimen especial en Derecho comunitario⁵⁴. No les resultan de aplicación las normas del Tratado relativas a libre prestación de servicios, derecho de establecimiento, normas en materia de competencia y ayudas estatales⁵⁵. Por esta razón resulta de especial importancia su delimitación, aunque ésta es, sin embargo, complicada. De hecho, la distinción entre servicios económicos y no económicos (educación y servicios sociales) no es estática, sino que se encuentra en constante evolución. El criterio de diferenciación, por tanto, no radica tanto en la naturaleza de la actividad (sea o no económica) como en los objetivos de política legislativa que se persiguen con su regulación⁵⁶, a fin de determinar si es posible la realización de los mismos sin excluir al mercado. Esta previa indefinición supone dejarlos en manos de cada sociedad, y de la conciencia que ésta tenga para dar satisfacción en cada momento

⁵³ La misma constatación, en T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», núm. 150 de esta REVISTA, 1999, págs. 60-61.

⁵⁴ Como ha reconocido la Comisión Europea —en el *Libro Verde sobre los servicios de interés general* [COM (2003) 270, de 21 de mayo de 2003], punto 43—.

⁵⁵ Sí rigen para estos servicios las disposiciones del Tratado relativas a los principios de no discriminación y libre circulación de personas. Así como las normas en materia de contratación pública que son aplicables a los bienes, servicios y obras adquiridos por organismos públicos o sus empresas, con independencia de la naturaleza de los servicios que se presten. Lo aclara el punto 43 del *Libro Verde sobre los servicios de interés general* [COM (2003) 270].

⁵⁶ Se desprende, además, del Dictamen del Comité de las Regiones al *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, DO C 2004/C73/7, de 23.3.2004, en sus apartados 2.5.2 y 2.5.3. De este Dictamen puede resultar criticable que, aun cuando están en juego libertades fundamentales e importantes necesidades sociales, se utilice un criterio puramente economicista para calificar un servicio como social o «no económico»: «El Comité estima que una actividad sólo puede ser calificada de no económica si los ingresos que reporta la comercialización de bienes o servicios prestados en aras del interés general en el mercado relevante sólo son suficientes para cubrir gastos sin producir ningún beneficio».

a sus concretas necesidades sociales⁵⁷. Ahora bien, el legislador deberá ser muy preciso a la hora de delimitar estos servicios, pues calificar una determinada actividad como tal supondrá huir del mercado y de sus garantías, al excluir la aplicación del Derecho de la competencia.

3. *Distinción entre servicio público y actividad económica*

Llegamos a la cuestión central. Se trata de aclarar las principales consecuencias jurídicas que sigue teniendo en la actualidad considerar una actividad local como servicio público, que el legislador declare como servicio público ciertas actividades municipales y no lo haga con respecto a otras. Hemos visto que la consecuencia no es, desde luego, la de reservarlo en favor de los entes locales y excluir necesariamente la concurrencia de particulares. Es posible que existan servicios públicos económicos prestados en concurrencia con los privados, mientras que las actividades económicas emprendidas por las Administraciones públicas no sólo pueden prestarse en concurrencia, sino que deben prestarse en concurrencia y en igualdad de condiciones que las realizadas por los particulares. Así se desprende de los artículos 38 y 128.2 CE y 86.1 LRBRL, de los que se deriva asimismo la cláusula de no subsidiariedad de la iniciativa pública en la actividad económica.

Por ello, la distinción entre «servicio público» y «actividad económica» sigue siendo, a mi juicio, de gran utilidad. Fundamentalmente, de ella dependerá si la concurrencia entre los particulares y la Administración se debe producir en pie de igualdad, con respeto a las reglas de competencia, lo que es exigible con respecto a cualquier «actividad económica», o si, por el contrario, la Administración en su actuación puede, conforme al ordenamiento jurídico —aunque no esté obligada a hacerlo—, sustraerse a las reglas de mercado. El servicio público permite en ocasiones la realización de determinadas actividades prestacionales sin sujetarse a las reglas de la competen-

⁵⁷ En este momento, tanto la jurisprudencia comunitaria —SSTJCE de 17 de febrero de 1993, asunto *Poucet* (C-158/91 y C-160-91); de 16 de noviembre de 1995, asunto *Fédération française des sociétés d'assurance* (C-244/94), y de 17 de junio de 1997, *Sodemare* (C-70/95), comentadas por J. TORNOS MAS (2004: 13-14)— como determinadas Decisiones de la Comisión (*DO C 17*, de 19.1.2001, pág. 4, puntos 28 a 30) han ido reconociendo una serie de actividades como típicamente no económicas, aunque su calificación como tal se hace depender de las circunstancias concretas, dado que se ha rechazado elaborar una lista definitiva [COM (2001) 598, de 17.10.2001, punto 30]. También alude a esta cuestión M. SENDÍN GARCÍA (2003: 290-293), que, además, pone de manifiesto cómo los sectores sociales implicados exigen, por razones de seguridad jurídica, una determinación más clara de la situación de cada uno de estos servicios.

cia, a fin de garantizar el cumplimiento —en el sentido del funcionamiento correcto— de la actividad de servicio público. Esto es así conforme al artículo 86.2 TCE, que se refiere expresamente no a los servicios públicos, sino a los servicios de interés económico general⁵⁸: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad».

Esta cuestión no ha sido muy estudiada en España. Tal vez porque los servicios o actividades económicas más importantes, por ejemplo los de abastecimiento (gas, electricidad, calefacción), han sido monopolios del Estado concedidos a particulares y ahora actividades meramente reguladas, con libertad de empresa⁵⁹. Aunque se trata de una cuestión que no deja en realidad de plantearse, en la medida que los municipios llevan años afrontando el reto, que siempre se presenta a la Administración, de asumir nuevas tareas. Es el caso de la prestación de actividades deportivas, tales como instalaciones de *aerobic* o *fitness*, o incluso campos de golf.

Sin embargo, la distinción, en el ámbito local, entre servicio público —ya sea prestado en concurrencia como reservado en exclusiva a las Administraciones públicas— e iniciativa pública en la actividad económica sí aparece en otros ordenamientos europeos. Así, en Derecho alemán esta distinción se realiza entre «actividad no económica» (*nicht wirtschaftliche Betätigung*) y «actividad económica» (*wirtschaftliche Betätigung*). La «actividad no económica» presupone la existencia de una competencia administrativa y coincide generalmente con el ejercicio de la misma en el ámbito de los servicios de asistencia vital (*Daseinsvorsorge*)⁶⁰.

Por su parte, el ejercicio de una «actividad económica» está jurídicamente condicionado a que esté justificado en razones de interés

⁵⁸ Que, como se ha expuesto *supra* en el apartado I, no son en todo caso expresiones sinónimas, dada la ambivalencia del término servicio público, pero sí pueden resultar coincidentes en alguna de las acepciones del mismo. Concretamente, con la más general.

⁵⁹ Así lo recoge A. GALLEGO ANABITARTE (2003: 14), en oposición a la práctica alemana, donde los Ayuntamientos tienen una gran actividad económica; se incluyen en este grupo las canteras, producción de leche, salinas, explotaciones mineras, graveras, fábricas de cerveza y de hielo.

⁶⁰ Sobre esta distinción, O. GÖNNENWEIN, *Derecho municipal alemán*, IEAL, 1967, págs. 685 y ss.; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Kommunalrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 1982, pág. 217; O. SEEWALD, «Komunalrecht», en W. ARNDT, K. KÖPP y M. OLDIGES, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4.ª ed., 1992, págs. 102 y ss.

público, a que la actividad resulte proporcionada con respecto a la capacidad de gestión del ente local, sirva a una necesidad existente y, por último —y sólo en la legislación municipal de algunos *Länder*, como el de Baviera—, a que no pueda resultar mejor satisfecha de otra manera⁶¹. No obstante, esta última previsión del Derecho local alemán, cláusula de subsidiariedad de la iniciativa económica de las entidades locales con respecto a la actividad empresarial de los particulares, es en todo opuesta a la libre concurrencia que para la actividad empresarial de las Administraciones públicas prescribe nuestro texto constitucional (art. 128.2 CE).

Con respecto a las formas de gestión, y a diferencia de los servicios del Ayuntamiento que implican ejercicio de autoridad, hay libertad de formas⁶² de gestión tanto para la prestación de un servicio público como para el ejercicio de actividades económicas (arts. 85 y ss. LRRL)⁶³. El ejercicio de esa actividad de servicio público puede realizarse mediante gestión directa o indirecta. Esto se traduce en la utilización de formas jurídico-públicas y jurídico-privadas, mientras que en el caso de la actividad empresarial la Administración normalmente recurre a las formas jurídico-privadas, aunque también se admiten ambas (art. 95 TRRL)⁶⁴.

⁶¹ Recogen y comentan estas previsiones normativas E. SCHMIDT-JORTZIG (1982: 229 y ss.); O. SEEWALD (1992: 103); F. SCHOCH, «Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben», *Die öffentliche Verwaltung*, 1993, págs. 379 y ss.

⁶² Al respecto de esta libertad de formas de gestión afirma E. MALARET GARCÍA (2003: 583): «ello no es óbice para que en el ámbito del Derecho nacional la legislación establezca una cierta correlación entre el tipo de función encomendada a una organización pública y el tipo de organismo creado al efecto. Parece una opción coherente con el principio de eficacia que ha sancionado la Constitución (art. 103.1). Pero nuestro Derecho administrativo no ha ido tan allá, si bien algunos tímidos intentos podemos encontrar en el Estatuto de la empresa pública de Catalunya y la más reciente LOFAGE. La especificidad de ciertos servicios públicos ha hallado también correspondencia en características de tipo organizativo».

⁶³ Modificados por Ley 57/2003, de 16 de diciembre, para adaptarse a las diversas formas de gestión previstas en la LOFAGE, e incorporar así al ámbito local la entidades públicas empresariales, y regular el régimen de las sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo parcialmente reguladas en normas reglamentarias.

⁶⁴ Esta libertad de la Administración local sobre la elección de formas jurídico-públicas o privadas para desarrollar tanto una actividad de servicio público como una actividad económica contrasta con el sistema establecido en el Derecho local alemán. *Vid.*, por ejemplo, G. C. VON UNRUH, «Gemeinderecht», en P. BADURA, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14.^a ed., 1976, pág. 124, y la doctrina citada en nota 65. En este ordenamiento, las Administraciones locales sólo pueden elegir con total discrecionalidad cuando se trata de ejercer una actividad económica —aunque en ella normalmente se emplean formas jurídico-privadas—, pues si se configura como una «actividad no económica» (para nosotros de «servicio público») la legislación de régimen local de los *Länder* exigirá la utilización de formas jurídico-públicas y sólo excepcionalmente, y sometidas a ciertos requisitos, las jurídico-privadas: se requiere la presencia de relevantes intereses públicos que justifiquen o hagan necesaria esta forma de organización, o que se cumplan los presupuestos que ordinariamente la legislación local viene exigiendo para el ejercicio de actividades económicas.

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

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

En nuestro régimen local se ha percibido tradicionalmente la necesidad de que se adopte un acto expreso para declarar una actividad como «servicio público»⁶⁵, aunque no se tratara de un servicio público en sentido estricto, que excluyera la iniciativa particular. Se ha venido utilizando un procedimiento formal que en este sentido permitiría garantizar la seguridad jurídica y la transparencia con respecto a los ciudadanos de una decisión con importantes consecuencias sociales y económicas. Asimismo, en el ordenamiento jurídico español esta formalidad se exige, desde luego, cuando los municipios deciden ejercer la iniciativa pública en la actividad económica (posibilidad, garantizada constitucionalmente en el artículo 128.2, que tienen los poderes públicos de intervenir directamente en la economía y cuyo reconocimiento supone la supresión del principio de subsidiariedad con respecto a los privados). De este modo, cuando los entes locales quieren ejercer una actividad económica, en pie de igualdad con los particulares, se requiere un expediente administrativo que justifique la intervención conforme al artículo 86.1 LRRL⁶⁶.

⁶⁵ Conforme a nuestra tradición jurídica, la declaración de servicio público local venía haciéndose expresamente por un acto de poder público —así, el artículo 166 de la antigua Ley de Régimen Local, aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955, exigía acuerdo de la Corporación local para la municipalización de actividades (asunción por el municipio), y si se trataba de municipalización con monopolio se requería, además, la autorización del Consejo de Ministros—. En la actualidad, como se ha expuesto, la declaración de servicio público sólo se debe realizar por ley, conforme al artículo 128.2 CE, cuando supone la exclusión de la libertad de empresa (art. 38 CE). Un ejemplo ya estudiado: el artículo 86.3 LRRL.

⁶⁶ Desde un punto de vista procedimental, la Corporación local debe aprobar en el Pleno el ejercicio de esta actividad (art. 86.2 LRRL), y previamente debe elaborar un expediente que acredite la conveniencia y oportunidad de la medida con los requisitos formales establecidos en el artículo 97.1 TRRL, que se traducen en un reforzamiento de las formalidades del expediente administrativo. Estas formalidades consisten en el acuerdo inicial de la Corporación; en la designación de una Comisión que redacte la Memoria relativa a los aspectos sociales, jurídicos, técnicos y financieros de la actividad en la que se precisará la forma de gestión; la toma de consideración de la Memoria por la Corporación; la exposi-

Este expediente para acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida resulta ser, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo —*STS de 23 de mayo de 1997* (Ar. 4065), relativa a la gestión del servicio de aguas por órgano especial sin personalidad jurídica— y una gran parte de la doctrina, un requisito que se exige a las entidades locales exclusivamente para el ejercicio de la actividad económica⁶⁷. Según esta tesis, para los supuestos de actividades declaradas como servicio público, la Corporación local quedaría exonerada de seguir los requisitos formales establecidos en el artículo 97.1 TRRL. Esto parece lógico cuando la declaración de servicio público ya se ha realizado por medio de una ley. De este modo, no se requiere justificar la actividad administrativa para prestar un servicio público, dado que la propia ley, debido al interés público prevalente que se encuentra presente en ese ámbito, autoriza o impone (esto último en el caso de que se haya declarado servicio obligatorio) desarrollar dicha actividad⁶⁸.

En contra de esta tesis, la *STS de 1 de febrero de 2002* (Ar. 1590) anula la creación por el Ayuntamiento de Marbella de una sociedad mercantil para la prestación del servicio público de recogida de residuos sólidos al no haberse seguido el procedimiento administrativo previsto en el artículo 86.1 LRBRL, que acreditara la conveniencia y oportunidad de la medida. Lo determinante, según este pronunciamiento judicial, para la aplicación del procedimiento del artículo 86.1 LRBRL es que se emplee una forma jurídico-privada —en este caso gestión directa por sociedad mercantil—, por lo que resulta indiferente que la ley haya declarado la actividad de recogida de residuos como servicio esencial. El argumento de que toda intervención local en la economía bajo formas jurídico-privadas debe motivarse, en la medida que puede suponer restricciones o, al menos, afectar a la libertad de empresa y de mercado, resulta acertado⁶⁹. Además, es

ción pública de la misma para alegaciones; y la aprobación del proyecto por la entidad local.

⁶⁷ Así lo interpretan J. DÍAZ LEMA (1994: 105) y T. QUINTANA LÓPEZ, *Las mancomunidades en nuestro Derecho local*, 1990, pág. 54. Entienden, por el contrario, que es necesario dicho expediente en todas las iniciativas municipales con contenido económico, sean o no servicios públicos, F. LISET BORREL (1990: 26); F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (1995: 57); J. F. ALENZA GARCÍA (1997: 535); S. GONZÁLEZ-VARAS, «Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración local», *REALA*, núms. 274-275, 1997, pág. 364.

⁶⁸ Además, este estado de cosas resulta congruente con el dato de que para la doctrina —por todos, F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (1995: 323)— el establecimiento de un servicio suponía, sobre todo, la implantación de un determinado régimen jurídico en virtud del cual se atribuía a la Administración la competencia para intervenir en la actividad, prestando efectivamente el servicio y organizándolo —potestad de organización— y ejerciendo en todo caso determinados poderes —potestad reglamentaria o de planificación—.

⁶⁹ Se sostiene en esta sentencia la necesidad de aplicar los requisitos procedimentales necesarios para intervenir en la economía a la gestión directa con persona jurídico-privada de un servicio público debido «al carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los prin-

similar al que se utiliza en el Derecho local alemán, en el que se exige la formalización de un expediente que sirva de fundamento a la decisión municipal cuando se opta por utilizar formas jurídico-privadas en la gestión de los servicios públicos⁷⁰. A pesar de ello, esta solución jurisprudencial no es correcta⁷¹. No está previsto en nuestro ordenamiento jurídico que la intervención municipal en la actividad de recogida de residuos urbanos requiera un procedimiento que acredite su conveniencia y oportunidad. La actuación municipal en las materias consideradas «servicios públicos», bajo cualquiera de las formas jurídicas por las que opte el Pleno —art. 22.2.f) en relación con el art. 85.2 LRBRL—, es una decisión que en nuestro sistema adopta previamente el legislador, que ha declarado ya dicha actividad como servicio público obligatorio (art. 26 LRBRL), en ocasiones susceptible incluso de reserva (art. 86.3 LRBRL), por lo que para emprender la misma no es necesario un procedimiento administrativo que lo justifique⁷².

Es evidente que esta distinción en cuanto al tipo de exigencia formal —necesidad de un acuerdo del Pleno de la Corporación, precedido de una Memoria justificativa en el caso de «intervención en la actividad económica»⁷³, o necesidad de una declaración por ley

cipios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público, a que dedique la actividad».

⁷⁰ Sobre esta cuestión en Derecho alemán, *vid.* lo expuesto en nota 64.

⁷¹ E. ARANA GARCÍA, «El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local», *REAL*, núm. 291, 2003, págs. 79-80, comenta el fallo de la citada STS de 1 de febrero de 2002, y lo considera también erróneo. Seguidamente, este autor analiza (págs. 81-84) jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 30 de enero de 1995, Ar. 3010; de 17 de junio de 1998, Ar. 4770, y de 2 de octubre de 2000, Ar. 8853) que, asimismo, critica porque exige del cumplimiento de los requisitos procedimentales del expediente de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL a sociedades municipales de gestión urbanística. Estas sentencias sostienen que para estos casos de sociedades dedicadas a la edificación y rehabilitación urbana resulta de aplicación especial la normativa urbanística, y de la misma se deriva una exoneración de dicho expediente administrativo (exigido por el art. 86.1 LRBRL) por el que se acredita la conveniencia y oportunidad de su creación.

⁷² Por su parte, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas resulta acorde con la tesis mantenida en el texto. Así, la *STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre* (Ar. 70235) viene a exonerar del citado procedimiento a un consorcio constituido por la Diputación de Alicante y nueve municipios para la recogida de residuos, por considerar que se trata de un servicio público —aunque sobre todo lo justifica en que el servicio en este caso es de carácter obligatorio—. Asimismo, la *STSJ de Canarias de 9 de noviembre de 2004* (Ar. 306394) sostiene que no le es aplicable a la prestación municipal del servicio público de suministro de aguas el expediente previsto en la LRBRL por el que se acredita la conveniencia y oportunidad de la medida.

⁷³ La omisión de este requisito produce la nulidad de la actuación municipal. De este modo se anula la constitución por parte del Ayuntamiento de Barcelona de una sociedad anónima municipal para emprender una actividad económica en la conocida *STS de 10 de octubre de 1989* (Ar. 7352), en la medida que se considera que su objeto social era tan ambiguo y amplio que no permitía acreditar la oportunidad y conveniencia de la creación de la misma, tal y como exigen el artículo 86.1 LRBRL y los artículos 96 y 97 TRRL. Como dice E. ARANA GARCÍA (2003: 85), la absoluta ambigüedad del objeto social equivale en la prácti-

en el caso de la implantación de un «servicio público»— no significa que en la mera «actividad económica» de las Administraciones locales no sea necesaria la existencia de un interés general que justifique la intervención administrativa (*ex art. 103.1 CE y art. 25 LRRL*). Pero sí puede implicar el reconocimiento de que este interés público es de menor grado o, simplemente, no prevalece en todos los municipios o sobre otras consideraciones: de tal manera que sólo es necesario que sea percibido por el Pleno del Ayuntamiento en el caso concreto, es decir, cuando se aprecie la «conveniencia y oportunidad de la medida»⁷⁴.

Esta exigencia formal sobre la intervención municipal en la actividad económica viene a garantizar que la concreta actividad económica de la entidad local no sirve a la persecución exclusiva de objetivos económicos o lucrativos, lo que estaría vedado por la propia Constitución en el artículo 103.1 (*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*). Asimismo, permite ponderar los efectos económicos y sociales que tendrá la intervención pública⁷⁵, también con respecto a la iniciativa privada, sobre la libertad de empresa (art. 38 CE). No se trata de reconducir esta exigencia de conveniencia y oportunidad de la medida al respeto del principio de subsidiariedad, aunque cualquier medida limitativa de los derechos y libertades fundamentales ha de resultar admisible desde la perspectiva del principio de proporcionalidad⁷⁶.

En resumidas cuentas, de nuestra tradición jurídica se deriva que es una exigencia constitucional aprobar una ley para que la Administración municipal preste un servicio público si se pretende excluir

ca a un incumplimiento del procedimiento administrativo exigido por la legislación local. Siguiendo esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en *STSJ de 22 de abril de 1997* (Ar. 861), ha anulado la constitución de una sociedad por el Ayuntamiento de Cabrera del Mar (FD 3.º: «*La definición de un objeto social tan amplio e indeterminado supone, en realidad, la habilitación para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, sin que, paralelamente, se examinen las repercusiones que ello supondrá en el presupuesto municipal, ni siquiera de forma aproximativa, ni la rentabilidad prevista ni el balance costes-beneficios...*»). Sigue esta doctrina la *STSJ del País Vasco de 16 de diciembre de 2003* (Ar. 278), que por lo mismo anula la constitución de una empresa funeraria de capital íntegramente público del Ayuntamiento de San Sebastián. Con un resultado opuesto, la *STSJ de Aragón de 7 de diciembre de 2002*, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en *STS de 10 de octubre de 1989*, declara conforme a Derecho la creación por el Ayuntamiento de Alhama de una sociedad privada municipal.

⁷⁴ T. DE LA CUADRA-SALCEDO (1999: 54-55) considera que en esta decisión ha de permitirse a la Corporación local un gran margen de discrecionalidad.

⁷⁵ En este sentido *ex artículo 97 TRRL* deben valorarse los riesgos, los costes, los gastos de mantenimiento y, también, los gastos financieros.

⁷⁶ Para E. ARANA GARCÍA (2003: 81), el expediente administrativo a que se refiere el artículo 97 del Texto Refundido desarrolla en el ámbito local la necesidad de motivación que el artículo 54.1.f) de la LRJPAC exige para el ejercicio por parte de la Administración de cualquier potestad discrecional, y no supone en ningún caso (pág. 84) «reeditar el viejo principio de subsidiariedad».

la libertad de empresa (arts. 38 y 128.2 CE, de lo que es ejemplo el art. 86.3 LRBRL), que es costumbre que los servicios públicos locales sean declarados por ley aunque no se vaya a reservar en exclusiva su prestación a la Administración local y a sus concesionarios (art. 26 LRBRL), pero que simplemente es necesario un expediente administrativo que justifique la «oportunidad y conveniencia» de la actuación para que la Administración intervenga en la economía. Sobre esta cuestión se plantea entonces un interrogante:

- B) *¿Es necesario seguir declarando por ley las actividades susceptibles en la actualidad de ser consideradas servicios públicos locales?*

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

Hay que tener en cuenta que la declaración de servicio público ya no tiene necesariamente que comportar la exclusión de competidores privados. En la actualidad, esta reserva legal (art. 128.2 CE) para atribuir en exclusiva al sector público servicios esenciales carece de efectividad. No se trata de una inaplicación coyuntural. Su aplicación deja prácticamente de tener sentido en el ámbito económico-social comunitario, en el que han quedado jurídicamente garantizadas las libertades de establecimiento y de servicios y liberalizados importantes sectores de actividad económica, antes monopolizados⁷⁷. Al Estado, a las organizaciones jurídico-públicas a través de las que actúa, ni les interesa ni buscan reservarse en exclusiva determinadas actividades económicas. Al menos si interpretamos la «reserva al sector público» como hasta ahora.

Si anteriormente la exigencia de ley formal para declarar un servicio público era un requisito derivado de la «supresión» de la libertad de empresa (art. 128.2 en relación con los arts. 38 y 53.1 CE), como garantía de que los límites a los derechos fundamentales son establecidos por el legislador, en la actualidad esta reserva de ley no

⁷⁷ Así lo advierte y analiza, en un tono muy crítico, J. CANCIO MELIÁ, «La Constitución económica: promesas incumplibles», *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2002, págs. 49 y ss., en especial pág. 86, en la que sostiene que se ha producido una sustitución o desplazamiento de la Constitución económica española por obra del Derecho comunitario.

se fundamenta en la completa eliminación de esta libertad. Como se ha expuesto, la prestación de un servicio público por parte de las Administraciones públicas locales se realiza ahora frecuentemente en concurrencia con particulares, que ejercen su libertad de empresa, y resultan simultáneamente obligados a garantizar el cumplimiento de ciertas condiciones relativas a la igualdad de acceso, la calidad y continuidad de la prestación u otro tipo de exigencias «sociales» —precio asequible para ciertos segmentos de población—, lo que se conoce hoy en día como «obligaciones de servicio público», que, sin embargo, producen restricciones en las reglas de la competencia y pueden ocasionar desigualdad.

Por ello, la declaración de una actividad como servicio público puede significar la imposición de un régimen exorbitante, no derivado del sujeto que presta la actividad ni de sus facultades de organización o planificación, ya que puede tratarse de una prestación de la que no resulte directamente responsable (*titular*) la Administración, sino derivado de la especial intervención pública, esto es, de los controles que la organización jurídico-pública como garante del servicio debe realizar sobre la actividad prestada por particulares, que pueden traducirse en importantes modulaciones en el ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 CE). Concretamente, en un principio estructurante de la misma como es la libre competencia —así en la consideración del TC, STC 208/1999, FJ 1.º—. Es claro que del reconocimiento de la libertad de empresa se deriva la necesidad de proteger la libre competencia⁷⁸.

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

Se podría objetar que no todas las regulaciones que inciden sobre la libertad de empresa están reservadas a la ley, y que el ejercicio de esta libertad es regulado por reglamentos⁷⁹, lo mismo que en relación con el derecho de propiedad (art. 33.2 CE). Siendo esto así, al

⁷⁸ Así se señala por la doctrina; por todos, G. ARIÑO ORTIZ (1999: 215-217). Y en la jurisprudencia constitucional, concretamente en la STC 88/1986, de 1 de julio (FJ 4.º); STC de 8 de julio de 1993 (FJ 3.º); STC 64/1990, 5 de abril, y STC 208/1999, de 11 de noviembre (FJ 6.º).

⁷⁹ El TC admite el «ejercicio disciplinado por normas de diverso orden» desde la temprana STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3.º).

menos será necesaria una ley para declarar servicio público cuando se incide en la igualdad sustancial de las condiciones básicas para el ejercicio de un derecho fundamental como el de empresa, es decir, cuando se afecta a la libre competencia. Esto, desde luego, no se identifica con la reserva legal establecida en el artículo 128.2 CE⁸⁰.

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

Conforme a este planteamiento, el municipio decide, sometido a la ley y al Derecho, qué actividades económicas quiere emprender en régimen de mercado; pero debe estar previa y expresamente autorizado por ley si decide prestar un servicio público, en la medida que puede suponer cierta derogación o excepción justificada a las reglas del mercado, concretamente al Derecho de la competencia —por ejemplo, si se introducen precios políticos⁸¹ para la financiación del servicio público o si se imponen determinadas obligaciones o controles a los particulares que realizan la prestación (obligaciones de servicio público), distintos a los que se someterían los particulares que ejercen una actividad que se desarrolla simplemente conforme a las reglas del libre mercado—.

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

⁸⁰ De todas formas, conviene recordar que para una parte de la doctrina, como para M. SENDÍN GARCÍA, *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003, pág. 145, no resultan ser términos equivalentes el artículo 128.2 CE y la reserva de titularidad del servicio público en su sentido tradicional. SENDÍN sostiene, además, que toda constitución de una actividad o una prestación como servicio público —sin necesidad de que implique reserva a favor de la Administración— debe llevarse a cabo con sujeción a los requisitos del artículo 128.2 CE. A mi juicio, esta aplicación de la reserva de ley exigida por el artículo 128.2 a toda actividad de servicio público, y no sólo al reservado, no tiene fundamento. Si lo tiene extender la reserva de ley a toda la actividad del servicio público con base en los artículos 38 y 53 CE cuando con la declaración de servicio público se restringe la libre competencia.

⁸¹ El artículo 45.2 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, permitía que los precios públicos fueran inferiores a los costes «cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen». Esta misma previsión se recoge en la actualidad en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (art. 44.2).

C) *Competencia genérica o competencia universal del municipio para emprender actividades económicas.*

Como se ha expuesto, la posible implantación de servicios públicos locales es una cuestión previa a la decisión municipal. De esta manera, los servicios públicos locales existen no por naturaleza⁸², pero sí por exigencias reales que se producen en la práctica, y existen por decisión legal. Por el contrario, para que el municipio ejerza una actividad empresarial en determinado sector económico en libre concurrencia con los particulares no es necesario que la ley de manera expresa lo prevea. Para estos casos, el artículo 86.1 LRBRL realiza una declaración genérica de competencia municipal para ejercer actividades económicas. En este sentido, el municipio no puede optar entre prestar servicios públicos económicos o ejercer la iniciativa pública en la economía, porque la necesidad colectiva configurada por el legislador como servicio público se impone al municipio. A la hora de delimitar la competencia del municipio para emprender por decisión propia actividades económicas al amparo de la legislación de régimen local (arts. 25.1 y 86.1 LRBRL), no hay más remedio que reconocer que el municipio tiene una competencia genérica, esto es, con base legal, pero no en virtud de una ley específica. Esto no significa necesariamente reconocer que el municipio español tenga una *competencia universal*, como se ha venido considerando en Alemania (art. 28.2 Ley Fundamental de Bonn)⁸³.

De esta manera, y al menos en el ámbito de la iniciativa empresarial, los municipios tienen una competencia genérica, y no una competencia expresamente atribuida por ley, diferenciándose así el presupuesto básico para ejercer actividades económicas frente a la prestación de servicios públicos.

Finalmente, el municipio, ya asuma la prestación de un servicio

⁸² Afirma, con respecto al artículo 85.1 LRBRL, E. MALARET GARCÍA (2003: 583): «parece entenderse como si los servicios públicos existieran *ex ante, por naturaleza*, al margen de la decisión municipal».

⁸³ En Alemania se mantiene el principio de universalidad de la competencia municipal, lo que significa que el municipio puede ejercer todos los asuntos de la comunidad local sin necesidad de un título especial. La Constitución alemana sólo prevé (art. 28.2 Ley Fundamental de Bonn) que la competencia municipal se ejerce «en el marco de las leyes». Parece, por el contrario, que en España la tradición jurídica es la de atribución legal de competencias locales. Cfr. A. GALLEGO ANABITARTE (2003: 25). No obstante, la diferencia entre los dos sistemas constitucionales, alemán y español, en los que se garantiza la institución de la autonomía local en la Constitución, no es en la práctica muy perceptible: en ambos sistemas existe una jurisdicción constitucional encargada de fiscalizar la constitucionalidad de las leyes, por lo que se planteará siempre la posibilidad de declarar inconstitucional una ley que regule una materia que afecte a la gestión de los intereses de los municipios.

público, ya ejerza una actividad económica, y sobre todo en este último supuesto, debe limitarse al ámbito material de sus competencias (aunque esta limitación por razón del ámbito competencial tiene más sentido cuando se aplica a la actividad empresarial del Estado o de las Comunidades Autónomas)⁸⁴. Y lo mismo cabe decir del ámbito territorial: no puede exceder de aquel que corresponde al de una determinada localidad (art. 137 CE, art. 25.1 LRBRL).

D) *Los servicios públicos locales y su compatibilidad con el Derecho comunitario: la financiación de los servicios públicos y el Derecho de la competencia.*

La calificación de una actividad como servicio público puede servir para que la Administración o los particulares a ella vinculados —no tiene por qué tratarse de concesionarios pues se usa una acepción amplia de servicio público como actividad económica de interés general— se prevalezcan de su posición, fundamentalmente a nivel económico o presupuestario: a través de la fijación de precios por debajo de lo normal o «neutralizando pérdidas con transferencias de fondos públicos municipales»⁸⁵.

La caracterización de una actividad como servicio público local puede servir, y de ahí la utilidad de la declaración, para que, incluso en los casos en los que la actividad municipal sea prestada en concurrencia con los particulares —lo que ocurrirá en todos los supuestos de actividades no reservadas expresamente por ley e incluso con respecto a las declaradas reservadas legalmente, en aquellos casos en los que el monopolio que autoriza la ley, por ejemplo el artículo 86.3 LRBRL, no se hubiera efectivamente implantado—, se trate de una actividad en la que la presencia del interés general exonera del estricto cumplimiento de las reglas de la competencia.

Por el contrario, la actuación puramente empresarial de la Administración local, la no declarada servicio público, siempre sujeta, sin embargo, al interés público —como se puso de manifiesto en la conocida *STS de 10 de octubre de 1989* (Ar. 7352), sobre la iniciativa

⁸⁴ En todo caso, la Administración del Estado debe ejercer su iniciativa empresarial dentro de su ámbito competencial, conforme dispone el artículo 2.2 LOFAGE: «*Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros*». En este sentido se ha pronunciado el TC, STC 52/1994, de 24 de febrero, en la que declara que la utilización de formas de actuación jurídico-privadas por parte de una organización pública debe realizarse dentro del respeto a las reglas de distribución de competencias. La misma idea, en J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 322-326.

⁸⁵ Esto último en palabras de M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (2004: 78).

económica del Ayuntamiento de Barcelona—, no puede en ningún caso restringir el juego de la libre competencia del mercado.

A nivel europeo se exige el respeto al Derecho de la competencia, con independencia de la calificación de la actividad, del carácter local de los servicios prestados o de su trascendencia económica o ámbito de actuación. No cabe, pues, entender, como a continuación se expondrá, que las normas comunitarias tienen una aplicación limitada en el ámbito local, argumentando la menor relevancia económica de las iniciativas locales⁸⁶.

No obstante, el Derecho comunitario admite excepciones en relación con los servicios públicos (actividades económicas de interés general), también aplicables en el ámbito local: en la medida que frente a la aplicación del Derecho de la competencia caben excepciones derivadas de la misión de interés general que se cumple con el desarrollo de dicha actividad de servicio *ex* artículo 86.2 Tratado de la CE, ya comentado.

De acuerdo con el Derecho comunitario, y por tanto también desde el punto de vista del Derecho nacional de la competencia (tanto de defensa de la competencia como de competencia desleal), la presencia del interés general en la actividad de servicio público local convierte en ajustado a Derecho lo que de otra forma incurriría en infracción del ordenamiento jurídico.

En Derecho español existen ya numerosos pronunciamientos judiciales en los que se controla el respeto al Derecho de la competencia por la actividad prestacional de las entidades locales. Recientemente, en el orden jurisdiccional civil, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 10 de mayo de 2004*, Ar. 857 —sobre actividades deportivas ofrecidas por la Diputación Provincial de Orense—, y las *sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 4 de mayo de 2004*, Ar. 965, y de *15 de mayo de 2004*, Ar. 927, en las que enjuició, respectivamente, la actividad de clases de *aerobic* desarrollada por el Ayuntamiento de Almazora, y las clases de *aerobic* y *fitness* impartidas por el Ayuntamiento de Villarreal (ambos demandados por la misma asociación provincial de centros deportivos privados).

En la línea apuntada, la Audiencia Provincial de Castellón declara, en los casos citados, que las entidades locales no vulneran las normas de la competencia, no porque su actuación no incida en el mercado —se trata de servicios que se están ofertando a bajo precio,

⁸⁶ Esto es definitivamente así, según la jurisprudencia comunitaria, como se expondrá a continuación en el texto. Aunque, por lo visto —lo pone de manifiesto M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (2004: 75)—, existían en la Comisión Europea bastantes reticencias al respecto, era un tópico admitido por la Comisión que en el ámbito local, dada su menor importancia, no tenían la misma aplicación las normas comunitarias sobre competencia.

incluso por debajo del coste real, y con la ausencia, en ocasiones, de los costes de las instalaciones que comporta el uso de bienes públicos—, sino porque «*su compromiso de atender a un fin público legalmente encomendado*» —en este caso la competencia que en dicha materia les atribuyen la LRBRL y la legislación autonómica correspondiente— juega como «*una causa de justificación que impide verificar deslealtad para con el mercado*» (FD 3.º de la sentencia de 15 de mayo y, en el mismo sentido, el FD 3.º de la sentencia de 4 de mayo)⁸⁷.

⁸⁷ En el control que se verifica en este ámbito sobre las entidades locales se pueden apreciar dos formas distintas de proceder, aunque se llegue a soluciones coincidentes, según se trate del orden contencioso-administrativo o de jueces y tribunales de la jurisdicción civil. Por un lado, en la jurisdicción contencioso-administrativa —que no resulta competente para conocer de las cuestiones relativas al Derecho de la competencia salvo con carácter de cuestión prejudicial (art. 4.1 Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa)— se considera que, en la medida que se enjuicia una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico a la entidad local, se debe calificar como una actividad no susceptible de ser calificada como empresarial y, por tanto, no sujeta a Derecho de la competencia —así expresamente se recoge en las *sentencias de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2003*, Ar. 144602, sobre la explotación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable del Ayuntamiento de Villamartín, y de *26 de abril de 2004*, Ar. 283742, en relación con la actividad de aprovechamiento y venta de piñas procedentes de montes públicos (atribuida por ley, según el Tribunal, a la Administración autonómica, que la ejerce a través de sociedad anónima)—. Ésta es también la posición que adopta, en la vía administrativa, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), por ejemplo, en *Resolución de 26 de mayo de 1997*, en relación con la construcción y venta de pabellones industriales por una empresa municipal, en la que, citando resoluciones anteriores, se declara: «el ejercicio de una actividad económica, no constitutiva de servicio público, atribuye a quien la realiza —el Ayuntamiento o la persona creada al efecto— la condición de empresario plenamente sometido, en su actividad dirigida al mercado, a las normas que lo regulan, entre ellas la de defensa de la competencia». Asimismo, implícitamente se aplica esta doctrina en la reciente *Resolución de 4 de mayo de 2005*, en la que se reputa conforme a Derecho la actuación del Cabildo Insular de Lanzarote, que organizaba e impartía cursos de preparación para el título de Patrón de embarcaciones de recreo a unos precios inferiores a los normales. A diferencia de las anteriores, la *Resolución de 18 de diciembre de 2003*, en la que se enjuicia la conformidad a la legislación de defensa de la competencia de los servicios deportivos ofrecidos a precios inferiores al coste real por el Ayuntamiento de Logroño (yoga, natación, judo y kárate), a los que el TDC considera «actividad susceptible de ser calificada como empresarial y, por tanto, sujeta a la Ley de Defensa de la Competencia (...) y ello aunque haya actuado en el ámbito de sus competencias en materia de actividades deportivas» (FD 3.º). De esta consideración discrepan dos vocales de dicho Tribunal, que formulan un voto particular en el que declaran que se trata de una actuación de carácter puramente administrativo, no sujeta a la legislación de defensa de la competencia. A pesar de la diferente calificación, los vocales no disienten del sentido de la resolución, favorable a la actuación municipal.

Por el contrario, las decisiones de los tribunales ordinarios —así, las *sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 15 de mayo de 2004*, Ar. 927 (sobre la actividad de *aerobic* y *fitness* prestada por el Ayuntamiento de Villarreal), y de *4 de mayo de 2004*, Ar. 965 (sobre la actividad de *aerobic* del Ayuntamiento de Almazora)— enjuician la actividad aplicando la legislación sobre defensa de la competencia, ya se trate de un servicio público asignado por ley al municipio o de una mera actuación empresarial de la entidad local. Para ello toman en consideración los efectos en el mercado de la concreta actividad y la finalidad de la actuación local; con independencia, en principio, del fundamento legal de la misma, aunque sin obviar que el mismo presupone la existencia de un fin de interés general que excluye, salvo prueba en contrario, la infracción del Derecho de la competencia.

a) *La reciente jurisprudencia comunitaria en materia de financiación de servicios públicos.*

La cuestión entonces crucial es precisar cuándo se está en presencia de una actividad económica en la que concurre un interés general que permite excepcionar la aplicación del Derecho de la competencia y cuándo no.

En los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha venido concretando las condiciones que sirven de justificación para que en un determinado supuesto el interés general de una actividad económica suponga una excepción al Derecho de la competencia. Conforme a la doctrina jurisprudencial del TJCE —iniciada en el asunto *Ferring*, en sentencia de 22 de noviembre de 2001 (C-53/00, en 2001), y concretada en la sentencia de 24 de julio de 2003, en el asunto *Altmark Trans* (C-280/00, en 2003), y en la sentencia de 24 de noviembre de 2003, en los asuntos acumulados C-34/01 a 38/01, *Enirisorse SpA*—, es posible una financiación extra y pública —en el sentido no sólo de ayuda o subvención pública, sino cualquier tipo de intervención pública que beneficie a los sujetos que realicen la prestación— de las actividades consideradas como servicio público cuando sirve de compensación económica a las obligaciones inherentes a la prestación de dicho servicio.

Concretamente, en el asunto *Altmark Trans* se trataba de analizar la compatibilidad con el Tratado de subvenciones públicas concedidas a empresas privadas para la explotación de una actividad de transporte público (de viajeros) urbano, de cercanías o regional, cuya prestación había sido concedida por licencia otorgada en Alemania por los órganos competentes de un *Land*. Se trataba de una actividad que no podía llevarse a cabo de manera rentable con los ingresos obtenidos de su prestación y que, por tanto, dependía ineludiblemente de las subvenciones públicas. Según el Tribunal, las excep-

En realidad, dada la diferencia de funciones de uno y otro orden jurisdiccional, todo parece indicar que en este punto la competencia del orden civil se centraría en fiscalizar la adecuación de la actuación municipal al Derecho de la competencia, que es el parámetro de enjuiciamiento cuando se trata de una actuación municipal en la que el Ayuntamiento actúa su iniciativa económica, como un empresario más (art. 128.2 CE y art. 86.1 LRBRL). Pero si se trata de la prestación de un servicio expresamente atribuido al municipio por ley (un servicio público), entonces se debe presumir que la actividad es conforme a Derecho; en principio, no puede producirse una vulneración del Derecho de la competencia, salvo que el tribunal estime que la entidad local ejerce su competencia excediéndose de los límites normativos, o salvo que se considere que la ley que atribuye competencia al municipio para prestar el servicio público resulta contraria a la libre concurrencia que garantiza la Constitución española y el propio Derecho comunitario, lo que le llevaría previamente al tribunal a presentar una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE) o, en todo caso, una cuestión prejudicial ante el TJCE (art. 234 Tratado de la Comunidad Europea).

ciones al Derecho de la competencia y al libre mercado se justifican porque se quiere garantizar la prestación de suficientes servicios de transporte, teniendo en cuenta, en particular, los factores sociales, medioambientales o de ordenación del territorio, o con objeto de ofrecer condiciones tarifarias especiales a favor de determinadas categorías de viajeros.

Esta sentencia tiene una importancia y un alcance que van mucho más allá del asunto concreto.

En relación con el régimen local, esta jurisprudencia pone de manifiesto que las subvenciones o cualquier tipo de ayuda pública a los servicios públicos locales pueden tener incidencia en los intercambios comerciales entre Estados —apartado 69 de la STJCE de 24 de julio de 2003, asunto *Altmark Trans*: «la cuantía de la ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen *a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros»—. Se alude a ejemplos de empresas de servicios (en este caso se trataba de transportistas) de un Estado miembro que ejercen actividades en otro Estado. De este modo, se afirma, «una ayuda pública aumentará o mantendrá las posibilidades de una empresa, lo que disminuirá las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados europeos de prestar sus servicios de transporte en dicho Estado miembro».

Con base en esta jurisprudencia cabe admitir excepciones al Tratado, concretamente al Derecho de la competencia, en la medida en que se acepta la financiación pública de empresas que prestan servicios públicos, aunque sólo cuando dicha financiación se limite a «compensar el coste derivado de la implantación de ciertas actividades o prestaciones» que en realidad consisten en «obligaciones propias de los servicios públicos» —y que se llevan a cabo, por tanto, en unas condiciones «desfavorables» desde una perspectiva del mercado—. Desde estos planteamientos se desprende que la concesión de la ayuda o beneficio público no proporciona en puridad ventaja efectiva alguna a «la empresa beneficiaria». Por ello, como requisito para poder aplicar esta excepción se exige: la relación directa y manifiesta entre «financiación estatal (pública) y determinadas obligaciones de servicio público claramente definidas».

La jurisprudencia comentada considera que no cabe interpretar que este tipo de financiación, ayuda o intervención pública resulte contrario al Tratado. Y esto encuentra su fundamento en varias razones: en primer lugar, porque no infringe el régimen de ayudas públicas, dado que no constituye una ayuda en el sentido del artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea —que se refiere a la prohibición de una financiación estatal de los servicios públicos que consti-

tuya una ventaja financiera, es decir, que exceda del coste generado por la prestación de las obligaciones de servicio público—, y, en segundo lugar, porque no se falsea la competencia, ya que, de ser susceptible de prestarse por el sector privado, toda empresa podría, teóricamente, beneficiarse de la subvención pública siempre que ejerciese la actividad de servicio público bajo las condiciones impuestas por la Administración. Por último, resulta relevante que al no considerarse una ayuda pública, desde el punto de vista del Derecho comunitario, no resulta necesario que sea comunicada y autorizada previamente por la Comisión Europea.

Esta financiación —aunque puede tratarse de cualquier otro tipo de intervención pública (ejemplo: el otorgamiento de derechos de exclusión) siempre que produzca efectos económicos— tiene un carácter excepcional y resulta sólo admisible si se realiza en unas condiciones objetivas, previamente establecidas y públicamente conocidas⁸⁸, a fin de garantizar la igualdad, y servir exclusivamente para conseguir concretos objetivos de interés general —de correcto funcionamiento del servicio o de cohesión social, territorial, o de interés medioambiental— que de otro modo no serían alcanzados, si la actividad se realizara conforme a las simples reglas de la libre competencia.

⁸⁸ La STJE *Altmark*, apartados 89-83, establece los siguientes requisitos para permitir la financiación pública de una actividad empresarial de servicio público:

1. La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.

2. El cálculo de la compensación debe realizarse con arreglo a parámetros previamente establecidos de forma objetiva y transparente, de forma que se evite conceder una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria con respecto a sus competidoras (consecuencia de lo anterior: es ayuda prohibida la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, incluso cuando se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones del servicio público no ha sido económicamente viable).

3. Alcance de la compensación: no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución (el cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia).

4. Procedimiento para calcular el nivel de la compensación económica necesaria: si la elección de la empresa no se ha realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de compensación debe calcularse sobre la base de un *análisis de los costes* que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte, podría satisfacer las exigencias de un servicio público requeridas.

S. ACIERNO y J. BAQUERO, «La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, pág. 185, consideran que esta solución jurisprudencial traerá nuevos problemas. El cuarto criterio, por ejemplo: cómo se aplica cuando no hay elemento de comparación, cuando no es posible comparar los efectos de si hay o no ayuda del Estado, cuando se trata de una empresa que opera en un sector reservado.

- b) *Implicaciones sobre el régimen local español: especial referencia a los monopolios locales y a los servicios públicos ofrecidos bajo precios políticos (el caso de los servicios deportivos locales).*

Esta jurisprudencia comunitaria puede provocar cambios en el actual sistema de competencias y actividades locales, y sirve, en cualquier caso, para clarificar su régimen jurídico. Tampoco ofrece dudas el dato de que permite dar un paso más en la descentralización del Derecho comunitario. Así, las entidades locales pasan a ser la Administración competente para decidir —en nuestro sistema: dentro de su ámbito de competencias y previa habilitación legislativa—, al menos en última instancia, sin necesidad de estar previamente autorizadas por la Comisión Europea, si es necesario que determinadas actividades de carácter económico deban contar con una «financiación pública» —entendida en un sentido amplio— que sirva para compensar las cargas inherentes a la actividad de servicio público que con dicha empresa se realiza y que exceden, en un contexto histórico y social determinado, de las que se asumirían en una situación de libre mercado.

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

Además, conforme a esta jurisprudencia, es un requisito necesario para que estas actividades resulten sometidas a un régimen singular de financiación que sean previamente conocidas, resulten previamente definidas por el poder público. Se exige su previa y pública definición en la medida que son servicios que restringen el juego del mercado y la libre competencia. Por este motivo, parece lógico exigir en nuestro sistema que su predeterminación se realice por ley, como ya se ha expuesto —*supra*, epígrafe IV.3.B)—.

La doctrina jurisprudencial mencionada, que permite «compensaciones por las obligaciones impuestas a la prestación de servicios públicos locales», resulta lógicamente de aplicación cuando se trata de servicios públicos susceptibles de ser ejercidos en concurrencia. Se tratará así de la prestación de servicios «en concurrencia», aunque no «en competencia», lo que ocurrirá, por ejemplo, cuando se oferten a un precio inferior al normal, «precio político», que no resulta suficiente para cubrir el coste del servicio. Es el caso de la im-

partición de clases de *aerobic* por los servicios municipales o utilización de las instalaciones de *fitness* de titularidad municipal, supuestos que han sido objeto de enjuiciamiento recientemente en varias ocasiones por el *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia en sentencia de 23 de mayo de 2003*, Ar. 37/2004 (Ayuntamiento de Villarreal), cuyos fundamentos sirvieron de base para las posteriores *sentencias de 1 de diciembre de 2003*, Ar. 165518/2004 (Ayuntamiento de Almazora); *de 15 de diciembre de 2003*, Ar. 164921/2004 (Ayuntamiento de Benicarló); *de 15 de diciembre de 2003*, Ar. 164913/2004 (Ayuntamiento de Burriana); *de 27 de diciembre de 2004*, Ar. 74241/2005 (Ayuntamiento de Castellón), y *de 10 de junio de 2005* (Ayuntamiento de Villarreal). Se trata en todos los casos de actividades que son susceptibles de ser prestadas en concurrencia con los particulares, y para las que se permite que el Ayuntamiento por razones de interés general —fomento del deporte— establezca unos precios que no cubren el coste de la actividad. Y la única justificación de este diferente tratamiento jurídico radica en este especial interés general que reviste la prestación de actividades deportivas —vinculadas a la educación cívica y sanitaria de la población—, hasta el punto de que ha sido atribuida legalmente como competencia al ente local —arts. 25.2.m) y 26.1.c) LRRL y la Ley 4/1993 valenciana, del Deporte— y permitida su prestación con un precio inferior al normal (lo que, a juicio del Tribunal, encuentra amparo en el entonces vigente artículo 45.2 Ley 39/1988, de Haciendas locales). Son claros ejemplos de que el servicio público no se presta con respeto a las reglas de la competencia que sí resultarían de aplicación si se tratara de una actividad propia de la iniciativa económica municipal⁸⁹.

Esta reciente jurisprudencia, que ejemplifica las consideraciones aquí realizadas en relación con las actividades económicas de interés general, entre las que se encuentran las actividades declaradas como servicios públicos locales, y, entre ellas, las actividades e instalaciones deportivas —ofertadas éstas bajo la modalidad de clases de *aerobic* e instalaciones de *fitness*, conforme demanda actualmente la sociedad—, resulta de todas formas criticable en la medida que considera que no es de aplicación el Derecho comunitario porque se trata de asuntos de menor relevancia, dada su trascendencia simplemente local (Fundamentos de Derecho decimocuarto y decimonoveno de la STSJ de Valencia de 23 de mayo de 2004). Estas considera-

⁸⁹ Así se desprende de la primera de las citadas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, concretamente del Fundamento de Derecho decimocuarto, que se reproduce en todas las sentencias posteriores, y en el que se hace en este sentido expresa referencia al Derecho comunitario.

ciones son contrarias, como se ha expuesto, a la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre financiación de servicios públicos.

Las demás iniciativas que adopten las entidades locales, que merezcan la consideración de «actividad económica», deben desarrollarse con respeto a las reglas de la competencia y a la normativa protectora de la misma⁹⁰, tanto nacional como comunitaria.

Todo esto no significaría necesariamente la desaparición de los monopolios locales o la reserva a favor de las entidades locales de determinados servicios esenciales. Estas reservas siguen siendo posibles. De hecho, las reservas (o en terminología de Derecho de la competencia: los derechos de exclusión) son también una forma de compensar las obligaciones de servicio público impuestas a determinadas actividades. Son conceptuadas asimismo como un mecanismo de financiación, de los admitidos por las instituciones comunitarias⁹¹, para mantener el equilibrio financiero del servicio. De esta manera, y en conformidad con el Derecho comunitario, no todos los servicios públicos locales tienen que pasar a ser liberalizados. Según nuestro ordenamiento jurídico, es posible aún implantar monopolios locales en importantes sectores⁹², por

⁹⁰ Como un ejemplo significativo de la aplicación de las normas de defensa de la competencia en el ámbito local, M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (2004: 79-80) se refiere a un supuesto que, siguiendo la clasificación tradicional (servicio público *versus* actividad económica) retomada en este trabajo, se puede calificar como un claro ejemplo de iniciativa pública local en la actividad económica. Se trataba del establecimiento y explotación de una red pública de telecomunicaciones electrónicas por parte de un Ayuntamiento; concretamente, el caso se refería al Instituto Municipal de Informática de Barcelona, que pretendía instalar un punto de acceso a Internet por medio de una antena exterior en edificios municipales, facilitando así el acceso gratuito de los vecinos a la red. En este caso, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, en su decisión de 27 de mayo de 2004, declaró que al no tratarse de un servicio público, sino de una actividad liberalizada que se presta en régimen de libre competencia, no puede suprimirse la contraprestación económica que por su uso deben abonar los particulares. De lo contrario, su utilización gratuita supondría una clara ventaja competitiva respecto de las empresas competidoras en el mercado. Otro ejemplo: la actividad de distribución de energía eléctrica realizada por una empresa municipal, objeto de la *Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de abril de 2003*.

⁹¹ La Comisión, en el *Libro Verde sobre los servicios de interés general* [COM (2003) 270, de 21 de mayo de 2003], considera que existen varios sistemas o mecanismos específicos para financiar los servicios de interés general a fin de garantizar su viabilidad, y entre ellos (compensación directa con cargo al presupuesto de un Estado, contribuciones de las empresas que actúan en ese mercado, fijación de tarifas uniformes para todo el territorio del servicio, etc.) se encuentra el establecimiento de derechos especiales y exclusivos.

⁹² El Derecho de la competencia sirve también para proteger estas actividades económicas prestadas bajo la modalidad de servicios públicos ejercidos en régimen de monopolio. En este caso, el Derecho de la competencia sirve para impedir que otros empresarios invadan el ámbito de los derechos exclusivos, del monopolio concedido. La razón de ser de esta protección se encuentra en el hecho de que el empresario que ejerce en exclusiva y por concesión la actividad objeto del monopolio asume, normalmente, una serie de compromisos y unos condicionamientos de tipo económico con la Administración que no pesarían sobre cualquier otro empresario que trata de concurrir con la actividad desarrollada en exclusiva. Ejemplo: la *sentencia de 30 de diciembre de 1997 de la Audiencia Provincial de La Rioja* (jurisdicción civil), Ar: 2523, sobre el servicio de prestaciones y pompas fúnebres del Ayuntamiento de Logroño.

ejemplo: en materia de distribución y depuración de aguas o en gestión de residuos, a los que por sus especiales características no ha llegado la corriente liberalizadora europea⁹³ (no existe legislación comunitaria derivada que impida que los Estados miembros concedan un derecho exclusivo a un único operador; y la jurisprudencia comunitaria sobre financiación de los servicios públicos comentada puede interpretarse en la misma línea).

BIBLIOGRAFÍA

- ACIERNO, S., y BAQUERO, J. (2004): «La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9.
- ALEÑA GARCÍA, J. F. (1997): *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español*, MAP, Madrid.
- ARANA GARCÍA (2003): «El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local», *REAL*, núm. 291.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1997): *Nuevo concepto de servicio público*, Madrid.
- (1999): *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (1998): *Manual de Derecho local*, 4.ª ed., Comares, Granada.
- BASSOLS COMA, M. (1985): *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid.
- BERMEJO VERA, J. (1998): *Derecho Administrativo. Parte Especial*.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M. (2004): «Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6.
- CANCIO MELIÁ, J. (2002): «La Constitución económica: promesas incumplibles», *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7.
- CARRO MARTÍNEZ, A. (1974): «Las competencias locales», *Problemas Políticos de la Vida Local*, tomo XIV, Madrid.
- CASSAGNE, J. C. (1996): «El surgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado», núm. 140 de esta REVISTA.
- CAZORLA PRIETO, L. M.^a (1985): «Artículo 128», en *Comentarios a la Constitución* (Dir. GARRIDO FALLA), I, Civitas.

⁹³ El Comité de las Regiones se opone a que se aprueben Directivas que liberalicen ámbitos como el agua y los servicios de basuras, en los que los entes regionales y locales desempeñan un papel fundamental. Considera este Comité que la Unión Europea tiene competencias para armonizar las normas de calidad y los principios económicos de estos servicios, para asegurar la protección jurídica del medio ambiente y con la finalidad de lograr su eficacia económica y social. Los argumentos a favor de esta postura se exponen en su Dictamen al *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, DO C 2004/C73/7, de 23.3.2004, en sus apartado 2.7.3: «También se discute la liberalización de sectores como el agua, el alcantarillado, los desechos y la calefacción. No obstante, estos sectores no funcionan de la misma manera que el sector eléctrico y no están sujetos a los mismos requisitos. No sólo las condiciones medioambientales que tienen que cumplir sino también su infraestructura es distinta de la del sector de la energía. Por ejemplo, la electricidad puede transportarse largas distancias y más allá de las fronteras nacionales, mientras que para la calefacción y el agua no se utilizan grandes redes nacionales o internacionales. Ello constituye una limitación natural para la venta de calefacción y agua a un mercado más amplio. En consecuencia, en muchos países estos servicios están organizados y gestionados por entes locales y regionales, financiados exclusivamente por los usuarios y con un sistema de precios mutuamente beneficioso, de tal forma que todos los ciudadanos reciben el mismo servicio vivan donde vivan (ciudad/campo)».

- CLAVERO ARÉVALO, M. (1952): *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, IEAL, Madrid.
- DE LA CUADRA-SALCEDO, T. (1999): *Corporaciones locales y actividad económica*, Diputación de Barcelona, Universidad Carlos III, Marcial Pons.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. (1991): «Funciones, servicios y prestaciones de las entidades locales», en *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, MAP, Madrid.
- DÍAZ LEMA, J. M. (1994): *Los Monopolios Locales*, Montecorvo.
- ENTRENA CUESTA, R. (1985): «Las competencias de las Entidades locales», en *Organización territorial del Estado (Administración local)*, vol. I, IEF, Madrid.
- FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F. (1995): «Las competencias locales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIX, CGPJ.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J. (1995): *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Ayuntamiento de Gijón-Civitas.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (1999): «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», núm. 150 de esta REVISTA.
- FONT I LLOVET, T. (1992): «Las competencias locales», en *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP, Madrid.
- FORSTHOFF, E. (1973): *Tratado de Derecho administrativo*, Munich.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (2000): «El sector del gas en la ley de hidrocarburos de 1998. Algunas notas (Libertad de empresa y responsabilidad del Estado. Autorizaciones. Período transitorio y fase final. Dificultades de la actividad comercializadora)», *REDETI*, núm. 8.
- (2003): «Estudio preliminar» a J. ORTEGA BERNARDO, *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y otros (1986): *Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (1999): «La nueva regulación del mercado del gas natural», núm. 148 de esta REVISTA.
- GARCÍA DE COCA, J. A. (1998): *Liberalización de la actividad funeraria*, Universidad de Valladolid, Valladolid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): «La actividad industrial y mercantil de los municipios», núm. 17 de esta REVISTA.
- GARCÍA-TREVIJANO, J. A. (1973): *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, 3.^a ed.
- GARRIDO FALLA, F. (1994): «El concepto de servicio público en Derecho español», núm. 135 de esta REVISTA.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1991): «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, V, Civitas, Madrid.
- GÖNNENWEIN, O. (1967): *Derecho municipal alemán*, IEAL.
- GONZÁLEZ-VARAS, S. (1997): «Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración local», *REALA*, núms. 274-275.
- GUAITA, A. (1969): *Derecho administrativo especial*, tomo I, Zaragoza.
- LLISET BORREL, F. (1990): *La actividad empresarial de los Entes locales*, Abella, Madrid.
- (1997): *Derecho local especial*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- LÓPEZ PELLICER, J. A. (1973): «Servicio público municipal y actividades particulares de interés público», *REVL*, núm. 178.
- MALARET GARCÍA, E. (1998): «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», núm. 145 de esta REVISTA.
- (2003): «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», *REAL*, núm. 291.
- MARTÍN REBOLLO, L. (1983): «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos, funcionalidad técnica», núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1985): «La actuación de las Corporaciones locales (Acotaciones al Proyecto de Ley de regulación de las bases de Régimen local)», en *Organización territorial del Estado (Administración local)*, III, Ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid.
- (1988): *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid.
- MENÉNDEZ, P. (1996): «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades Locales (especial referencia al abastecimiento de aguas y suministro de gas)», *REDA*, núm. 89.
- MIR I BAGÓ, J. (1991): *El sistema español de competencias locales*, Marcial Pons, Madrid.
- MORAL SORIANO, L. (2004): «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12.
- MORELL OCAÑA, L. (2003): «Los servicios de una Administración cercana», *REAL*, núms. 292-293.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1988a): «Las competencias propias de las Corporaciones Locales», en *Tratado de Derecho Municipal* (Dir. S. MUÑOZ MACHADO), tomo I, Civitas, Madrid.
- (1988b): *El régimen constitucional de competencias locales*, INAP, Madrid.
- (1988c): «Los principios constitucionales sobre el régimen local y su aplicación a las competencias locales», núm. 117 de esta REVISTA.
- (1988d): «Las competencias propias de las Corporaciones Locales», en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, Civitas, Madrid.
- (2000): «Las competencias como paradigma de la autonomía local», *JA*, número extraordinario de 2000 sobre «La Reforma del Régimen Local», págs. 34 y ss.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2003): *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos*, Marcial Pons.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1998): *Derecho Administrativo. I. Parte General*, 11.ª ed., Madrid.
- PAREJO ALFONSO, L. (1981): *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (1990): *Las mancomunidades en nuestro Derecho local*.
- RIVERO ISERN, J. L. (1997): *Manual de Derecho local*, 3.ª ed., Civitas, Madrid.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (1997): *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid.
- SALAS HERNÁNDEZ, J. (1991): «La provincialización de servicios (Iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)», en *La provincia en el Sistema Constitucional* (Dir. R. GÓMEZ-FERRER MORANT).
- SÁNCHEZ DÍAZ, J. L. (1980): «Competencia y autonomía municipal», *REVL*, núm. 205.
- SANTAMARÍA ARINAS, R. (2000): *Administración local y gestión de residuos*, Cedecs, Madrid.
- SCHMIDT-JORTZIG, E. (1982): *Kommunalrecht*, Kohlhammer, Stuttgart.
- SCHOCH, F. (1993): «Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben», *Die öffentliche Verwaltung*.
- SEEWALD, O. (1992): «Komunalrecht», en W. ARNDT, K. KÖPP y M. OLDIGES, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4.ª ed.
- SENDÍN GARCÍA, M. (2003): *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada.
- SOSA WAGNER, F. (1997): *La gestión de los servicios públicos locales*, 3.ª ed., Civitas, Madrid.
- TORNOS MÁS, J.: (1990): «Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos», *REALA*, núm. 245.
- (2004): «Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público», *QDL*, núm. 6.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2002): *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VILLAR PALASÍ, J. L. (1950): «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», núm. 3 de esta REVISTA.
- VILLAR ROJAS, F. (1991): «Los servicios esenciales reservados a las entidades locales», en *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión* (Dir. J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ), MAP, Madrid.
- VON UNRUH, G. C. (1976): «Gemeinderecht», en P. BADURA, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14.ª ed.