
Servicios públicos y actividad económica de los municipios

Julia ORTEGA BERNARDO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS MUNICIPIOS: 1. En cuanto al respeto al derecho de la competencia: *1.1. La iniciativa local en el ámbito de las telecomunicaciones.* – III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: 1. «Los servicios de interés económico general». 2. Titularidad de los servicios públicos locales: *2.1. Titularidad de los servicios públicos por parte de las Entidades locales menores. 2.2. Se mantiene la titularidad municipal del servicio aunque la forma de gestión sea indirecta.* 3. Prestación en régimen de monopolio o concurrencia. 4. La dispensa de los servicios públicos por parte de la Comunidad Autónoma. – IV. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: NOVEDADES DE LA LCSP: 1. Gestión directa. 2. Gestión indirecta: *2.1. No cabe en los servicios públicos que implican ejercicio de autoridad. 2.2. Sobre las vías legales para participar en una sociedad mercantil. 2.3. Otras modalidades de gestión.* 3. Gestión a través de Consorcios. – V. FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: 1. Financiación de los servicios públicos locales a través de tasas municipales (potestad tributaria) o de tarifas (potestad tarifaria). 2. Sometimiento a IVA de los servicios prestados por sociedades mercantiles de propiedad municipal. – VI. RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe, relativo las cuestiones más relevantes que han tenido lugar a lo largo de 2007 en materia de servicios públicos y actividad económica de los municipios, pone de manifiesto, como se expone a continuación, que determinados aspectos en torno a la distinción entre la iniciativa económica municipal y el servicio público, a nivel general, y por lo que concierne a concretas prestaciones locales, como los servi-

cios deportivos o las iniciativas locales en materia de telecomunicaciones; o los que se refieren a las causas de la dispensa para implantar servicios públicos obligatorios o el relativo a la forma de financiar la prestación de los mismos, presentan problemas de variada índole y, en cualquier caso, se trata de cuestiones que siguen evolucionando al compás de las transformaciones sociales que se producen y afectan al ámbito de la actividad local. Asimismo se hace referencia a las modificaciones introducidas por la nueva legislación de contratos en las formas de gestión de los servicios públicos (Disposición Final Primera Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

II. DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS MUNICIPIOS

Sobre la distinción entre actividades consideradas como servicios públicos locales y la iniciativa económica municipal se ha pronunciado en el último año la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Concretamente la *STS de 14 de febrero de 2007* (Secc. Cuarta, Sala Tercera), *RJ 1523*, que sigue la doctrina sentada por la *STS de 20 de junio de 2006* (Secc. Cuarta, Sala Tercera), sobre un asunto muy similar: en ambos casos se trata de sendos recursos de casación interpuestos por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) contra la desestimación por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia de los recursos interpuestos contra el silencio administrativo del Ayuntamiento de Burriana y de Villareal, respectivamente, a la solicitud de cese de la explotación de instalaciones deportivas salvo excepciones basadas en razones de justicia social. Un análisis de estas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en los últimos epígrafes del trabajo Julia ORTEGA BERNARDO, «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *Revista de Administración Pública*, núm. 169, 2006, pp. 55-98.

Esta reciente jurisprudencia es un claro ejemplo de la necesidad de distinción conceptual entre los servicios públicos locales, y, dentro de ellos, los servicios ofertados en instalaciones deportivas –bajo la modalidad de clases de *aerobic* e instalaciones de *fitness*–, y la iniciativa económica municipal.

Se trata en estos casos de actividades que son susceptibles de ser prestadas en concurrencia con los particulares, y para las que se permite, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, que un Ayuntamiento por razones de interés general, –fomento del deporte–, establezca unos precios que no cubran el coste de la actividad, aunque esto pueda suponer un perjuicio económico para las empresas que ofrecen estos servicios a precios de mercado. Y la única justificación de que puedan fijarse estos precios «políticos» 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 en calidad de

servicio público –arts. 25.2.m) y 26.1.c) LBRL y la Ley 4/1993 valenciana, del Deporte–, lo que implica que su prestación puede ofrecerse a un precio inferior al de mercado. Esto, a juicio de los tribunales –de instancia y, posteriormente, el Supremo–, encuentra cobertura jurídica suficiente en el entonces vigente artículo 45.2 Ley 39/1988, de Haciendas locales. Estos casos constituyen un claro ejemplo de que el servicio público no se presta con respeto absoluto a las reglas de la competencia, que sí resultarían de aplicación si se tratara de una actividad propia de la iniciativa económica municipal.

Esta distinción es enteramente conforme al derecho comunitario en la medida que, frente a la estricta aplicación del derecho de la competencia, caben excepciones derivadas de la misión de interés general que se cumple con el desarrollo de dicha actividad de servicio *ex* artículo 86.2 Tratado de la Comunidad Económica Europea. La calificación de una actividad prestacional de las Entidades locales como servicio público sirve para que pueda configurarse como una actividad susceptible de prestarse sin cumplir exactamente las reglas que impone el derecho de la competencia. Como es sabido, basta que una actividad sea declarada como servicio público local, aunque no se trate de una actividad prestada en régimen de monopolio –pues el monopolio que autoriza el artículo 86.3 LBRL sólo puede implantarse en relación a las actividades que se enumeran en el mismo, y aquellas otras que se declaren previamente en virtud de Ley estatal o autonómica (en cumplimiento de la reserva de Ley constitucional prevista en el artículo 128.2 CE)–, para que puedan ser excepcionadas las reglas de la competencia. De esta manera, la declaración de una actividad como servicio público puede servir para que la Administración o los particulares a ella vinculados 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. Sólo así se explica que el artículo 44.2 Texto Refundido de la Ley de Haciendas locales (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004) permita que los precios públicos, que han de satisfacerse como contraprestación al uso de los servicios públicos, resulten inferiores a los costes cuando «existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público, que así lo aconsejen».

Por el contrario, la actuación estrictamente empresarial de la Administración –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 privada económica de los entes locales–, no puede restringir el juego de la libre competencia del mercado. En esta línea, las sentencias citadas concluyen que «los poderes públicos pueden perfectamente ejercer iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica».

Siguiendo la doctrina aquí expuesta, que en ocasiones no resulta tan clara y rigurosamente expresada en los pronunciamientos citados, aunque sí se halle recogida de

manera implícita, el Tribunal Supremo considera conforme a derecho comunitario la Ley 4/1993 valenciana del Deporte y reputa como válido que la Sala de instancia denegara el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea en relación con dicha ley.

1. En cuanto al respeto al derecho de la competencia

La distinción entre actividades consideradas como servicios públicos locales y actividades económicas es enteramente conforme al derecho comunitario en la medida que frente a la estricta aplicación del derecho de la competencia caben excepciones derivadas de la misión de interés general que se cumple con el desarrollo de dicha actividad de servicio *ex* artículo 86.2 Tratado de la Comunidad Económica Europea. Sin embargo, en la citada *sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2007, RJ 1523*, se afirma textualmente que «es más que dudoso que una actuación municipal de un ayuntamiento de poco más de 40.000 habitantes, en una materia como son los gimnasios, donde como es obvio, existe una indudable cercanía geográfica entre la oferta y la demanda, se produzca verdadera afectación al mercado comunitario. Esta afirmación –que ya se recoge en la STS de 26 de junio de 2006, cuando casa la STSJ de Valencia de 23 de mayo de 2004, que utiliza el mismo argumento en los Fundamentos de Derecho decimocuarto y decimonoveno– resulta criticable por varios motivos. En principio, el derecho comunitario exige el respeto al derecho de la competencia, con independencia de la calificación de la actividad, de su importancia o ámbito, y del carácter local de los servicios prestados. No cabe pues entender que las normas comunitarias tienen una aplicación limitada en el ámbito local, argumentando la menor relevancia económica de las iniciativas locales. Así se desprende de reciente jurisprudencia comunitaria, que 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».

Otra cosa distinta es que, en estricta aplicación del Derecho comunitario, y, bajo ciertas condiciones, el derecho comunitario permita la existencia de servicios económicos de interés general, también en el caso de los locales, en los que se admitan excepciones a las reglas de la competencia. Así, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resulta posible una financiación

extra y pública de las actividades consideradas como servicio económico de interés general cuando sirve de compensación económica a las obligaciones inherentes a la prestación de dicho servicio público.

1.1. *La iniciativa local en el ámbito de las telecomunicaciones*

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado la doctrina. Así Mercedes FUERTES LÓPEZ, en «Redes inalámbricas municipales» en PARADA VÁZQUEZ, FUENTETAJA PASTOR (dirs.) *Reforma y retos de la Administración local 2007*, pp. 287-302, aporta varios ejemplos de iniciativas municipales de implantación de redes de telecomunicaciones, puntos de acceso gratuito a internet, oferta de acceso a internet de banda ancha a precios muy asequibles, etc. Critica esta autora el riguroso criterio que sostiene la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) en relación a la explotación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones en aplicación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, de Telecomunicaciones, cuando exige a las Administraciones públicas el estricto cumplimiento de las normas de la competencia sin que sea posible ofrecer los servicios a un precio inferior al de mercado. Fuertes sigue considerando que esta actividad prestacional debe ser calificada como «servicio público local» a pesar de la liberalización de este servicio. Considera que la intervención de los Ayuntamientos está indiscutiblemente justificada en el Derecho comunitario, en la Ley básica de régimen local, y en la propia Ley de telecomunicaciones. Y lo está. Lo que carece de fundamento es considerar que esta actividad pueda ser considerada como un «servicio público», con el que se puedan excepcionar el derecho de la competencia (ofreciendo el acceso gratuito o a precio político de ciertos servicios), aunque pudiera ser beneficioso para los servicios municipales y para los vecinos, en general, sobre todo cuando estos servicios no resultan competitivos en determinadas zonas rurales o no llegan a todos los segmentos de la población (la llamada «Brecha digital»). Razones de solidaridad pueden exigirlo. Pero se trata, en todo caso, de una cuestión de *lege ferenda*. El derecho positivo vigente –en este sentido el artículo 8.4 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones regula expresamente la posibilidad de que las Administraciones públicas presten servicios de telecomunicaciones–, no permite otra calificación de la actividad municipal en materia de telecomunicaciones que la de «iniciativa pública económica», que se presta en régimen de libre competencia sometida, por tanto, al Derecho de la competencia. Y en ningún momento se pone en duda la capacidad de las Administraciones locales para desarrollar actividades económicas dentro de los límites que establecen las normas de la competencia. En este sentido, se pronuncia el análisis que recoge el estudio de Juan José MONTERO PASCUAL, en «Liberalización y servicios públicos locales: el caso de las telecomunicaciones» en PARADA VÁZQUEZ, FUENTETAJA PASTOR (dirs.) *Reforma y retos de la Administración local*, 2007, pp. 287-302, quien llega a esta conclusión, después de un repaso pormenorizado a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad

Europea sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de la atribución de derechos exclusivos (monopolios) a empresas públicas o privadas por consideraciones de interés público que no sean de naturaleza económica. En relación con las telecomunicaciones, este autor constata como la propia Ley General de Telecomunicaciones excluye la creación de derechos exclusivos para la prestación de servicios de telecomunicaciones. No obstante, como se aclara en su estudio, el desarrollo reglamentario de la Ley de Telecomunicaciones, por medio del Real Decreto 425/2005, de 15 de abril, permite la prestación de servicios por las entidades locales sin contraprestación económica o con un precio que no cubra el coste total de prestación del servicio. Esta prestación tiene un carácter transitorio y resulta condicionada por la CMT, al establecerlo así el citado reglamento, en función de tres factores: la importancia de los servicios prestados, la existencia de condiciones de mercado que permitan el acceso a los servicios, y, por último, la distorsión de la libre competencia.

III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

1. Los servicios de interés económico general

La doctrina –así Francisco SOSA WAGNER, en «Servicios y sociedades en manos públicas. El problema de la utilización de los “recursos propios”» en PARADA VÁZQUEZ, FUENTETAJA PASTOR (dirs.) *Reforma y retos de la Administración local*, 2007, pp. 269-286–, se ha seguido haciendo eco durante el año 2007 de que lo que tradicionalmente ha sido considerado como servicio público se traduce en derecho comunitario en una nueva modalidad de actuación, la de los «servicios de interés económico general»; que implica que los poderes públicos (Estado o Administración pública correspondiente) garanticen que determinados servicios, en función de los valores de cohesión social y territorial, se presten de manera igualitaria para toda la población, de modo que ésta tenga acceso a los mismos. También se hace referencia a esta cuestión en un reciente estudio de la legislación vigente y la jurisprudencia aplicable a los servicios públicos locales en José Luis MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, *Los servicios públicos locales*, ed. Bayer Hnos., Barcelona, 2007.

2. Titularidad de los servicios públicos locales

2.1. Titularidad de los servicios públicos por parte de las Entidades locales menores

La titularidad de los servicios públicos puede corresponder a una Entidad local menor, sí así lo establece la legislación autonómica. Es el caso del que conoce la *STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 22 de junio de 2007* (Secc. Tercera, Sala Tercera), *JUR* 343105, en la que se determina, conforme a la Norma Foral 11/95 de

Concejos del Territorio Histórico de Álava, que es a una Entidad local menor, concretamente a un Concejo, y no al Ayuntamiento de Vitoria, al que corresponde la titularidad del servicio público de alcantarillado, lo que tiene consecuencias en materia de responsabilidad patrimonial derivada de su mal estado de funcionamiento.

En relación con este tema, se pronuncia también la *STSJ de la Castilla y León de 20 de junio de 2007* (Secc. Tercera, Sala Tercera), *JUR* 300288. En este caso, el Tribunal declara que la titularidad de la competencia —se trata del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado— corresponde al Ayuntamiento y no a la Entidad local menor. Se llega a esta conclusión después de constatar que entre las competencias «propias», que atribuye a las entidades locales menores la Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local de Castilla y León, no figura la mencionada competencia. Y, aunque existe la posibilidad, en virtud de dicha ley, de que las competencias municipales puedan ser delegadas en las entidades locales menores, no hay prueba de que la delegación hubiera tenido lugar a través de un acuerdo expreso, en el que quedara constancia expresa de la aceptación de la misma, y de su articulación por los medios de control y financiación oportunos.

2.2. *Se mantiene la titularidad municipal del servicio aunque la forma de gestión sea indirecta*

Así se desprende de la *STSJ de la Región de Murcia de 18 de mayo de 2007* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *RJ* 328075, para un supuesto en el que la Confederación Hidrográfica del Segura había impuesto una sanción al Ayuntamiento por vertido de aguas residuales al considerarle competente para prestar este servicio de acuerdo con el artículo 25.2.1) LBRL, y porque era además titular de la autorización provisional concedida por la Confederación. Y ello sin perjuicio de que el municipio en cuestión hubiera decidido gestionar indirectamente el servicio de depuración, y hubiera encomendado por concesión la prestación del mismo a una empresa privada. Considera en este sentido el tribunal que la gestión indirecta de este servicio no exonera al municipio de sus facultades de inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio público por el concesionario.

3. **Prestación en régimen de monopolio o concurrencia**

Sobre la prestación de un servicio público en régimen de monopolio o en concurrencia se pronuncia la *STS de 19 de julio de 2007* (Secc. Cuarta, Sala Tercera), *RJ* 6885, con respecto con el servicio público de abastos y mercado central, concretamente en relación a la comercialización mayorista de plátanos. Declara el tribunal que al no existir ninguna concesión a favor de empresarios privados que realizan esta prestación, no cabe reconocerles ningún derecho de indemnización a su favor, ni la necesidad de seguir un procedimiento administrativo concreto cuando se llevó a cabo, por el Pleno del Ayuntamiento, la modificación de la situación jurídica existente, en la

que estos agentes económicos gozaban de cierta exclusividad en la prestación de la actividad.

4. La dispensa de los servicios públicos por parte de la Comunidad Autónoma

Sobre esta cuestión ha recaído a lo largo de 2007 un pronunciamiento del Tribunal Supremo, en concreto la *STS de 27 de marzo de 2007* (Secc. Cuarta, Sala Tercera), *RJ 4057*, en la que se falla en contra de la dispensa otorgada por la Comunidad Autónoma de Aragón al Ayuntamiento de Huesca para prestar el servicio de mercado por considerarlo innecesario, debido a que existen en dicha Comunidad varios supermercados, hipermercados y comercios de productos alimenticios que cubren sobradamente el abastecimiento de población. El fundamento de la anulación de la dispensa autonómica a la prestación de un servicio como el de mercado, calificado como obligatorio en la LBRL, radica en que la regulación de la dispensa prevista el artículo 26.2 LBRL sólo puede acordarse en el caso de que por las características peculiares del municipio resulte imposible o muy difícil el cumplimiento del establecimiento y la prestación de los servicios obligatorios. Por este motivo, según el Tribunal, el otorgamiento de la dispensa no puede basarse en que el servicio resulte innecesario. Concretamente en la citada *STS de 27 de marzo de 2007* se declara a este respecto: «El legislador ha querido que en municipios de más de 5.000 habitantes concurra el servicio municipal de mercado junto con la iniciativa comercial privada, y tal voluntad debe ser respetada en tanto no se modifique la normativa legal, que sólo permite a la Comunidad Autónoma dispensar de los servicios mínimos obligatorias en los supuestos de imposibilidad o grave dificultad».

Por otro lado, se cita el artículo 45 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración local de Aragón, para apoyar la posibilidad de dispensar de un servicio obligatorio por causa de «innecesariedad». En este punto el TS afirma que la LBRL es básica y se impone a la competencia autonómica, por lo que realiza una interpretación de la Ley aragonesa conforme con las bases de régimen local, y declara así que no puede entenderse, como se pretendía en el recurso, que la Ley autonómica regule la innecesariedad como una nueva causa de dispensa del servicio.

IV. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: NOVEDADES DE LA LCSP

1. Gestión directa

Las formas de gestión directa de los servicios públicos de competencia local han sido modificadas por la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, en

su *Disposición Final primera. Modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local*. Esta disposición final ha alterado la redacción del artículo 85.2 LBRL, que había sido a su vez producto de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, la cual había introducido una novedad fundamental en dicho precepto, que consistió en la inclusión de la Entidad pública empresarial local, como nueva modalidad de gestión directa de los servicios públicos locales. De esta manera quedaba previsto expresamente que las Entidades locales pudieran constituir estos organismos públicos regidos por el Derecho privado, como se había regulado en la LOFAGE –Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado– a favor de la Administración estatal. La modificación que ahora introduce la nueva legislación de contratos se refiere a la modalidad de gestión directa a través de sociedad mercantil local. En su versión derogada el artículo regulaba la gestión por sociedad mercantil local «cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma», lo que ahora ha sido sustituido por sociedad mercantil local «cuyo capital social sea de titularidad pública».

Con esta nueva redacción se ha querido sin duda aludir a un fenómeno que plantea muchos interrogantes a nivel de derecho comunitario, como es el de la gestión a través de «medios propios». Con esto se hace referencia a la cuestión relativa a si resultan de aplicación a las relaciones negociales entre la Administración y sus propias empresas, las reglas propias de la contratación pública. La nueva redacción del precepto es más ambigua que la anterior. La referencia a «capital social de titularidad pública» no resulta tan precisa como la de «capital social que pertenezca íntegramente a una entidad local o a un ente público de la misma». La nueva expresión puede incluir a las sociedades mercantiles cuyo capital social sólo mayoritariamente pertenezca a una Entidad local, y, además, puede extenderse a sociedades mercantiles locales pertenecientes a varios municipios u organismos públicos locales, participadas minoritariamente por otras Administraciones públicas o incluso por particulares.

El contenido de este nuevo artículo 85.2 puede verse modulado por los artículos 4.1.n) y 24.6.º Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. La interpretación de los requisitos que establecen estos preceptos de la legislación de contratos debe hacerse a la luz de la doctrina del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea*, que además recientemente se ha pronunciado sobre esta materia en la *sentencia de 19 de abril de 2007, asunto –295/05, TRAGSA*. En la citada sentencia del TSJCE, el Tribunal de Justicia europeo ha declarado que los entes instrumentales, en cuanto ejecución directa, y cumpliendo una serie de requisitos, no infringen el derecho comunitario en materia de contratación administrativa y defensa de la competencia. Uno de los requisitos más importantes consiste en la existencia de un control por parte de los poderes adjudicadores análogo al que tienen sobre sus propios servicios, lo que se produce si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante (encargos obligatorios), y cuya retribución se fije por referencia

a precios establecidos por la entidad pública de la que dependan. Otro de los requisitos consiste, cuando son varios los entes territoriales que controlan la sociedad, en que la parte esencial de la actividad que realiza la empresa lo sea con dichos entes territoriales considerados en su conjunto.

Esta cuestión de los medios propios también ha sido abordada por la doctrina, la citada *STSJ de 17 de mayo de 2007* ha sido objeto de un comentario crítico por parte de Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA, «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo. TRAGSA y Administración General del Estado», *Revista de Administración pública*, núm. 173, 2007. Con anterioridad, Francisco SOSA WAGNER, en «Servicios y sociedades en manos públicas. El problema de la utilización de los “recursos propios”» en PARADA VÁZQUEZ, FUENTETAJA PASTOR (dirs.), *Reforma y retos de la Administración local*, 2007, pp. 269-286, en especial pp. 283 y ss. En este último estudio se sostiene que cuando se trate de «simples opciones de organización por parte de la Administración» y el «reconocimiento de una personalidad jurídica lo es a efectos auxiliares o instrumentales», «en modo alguno pueden ostentar la consideración de *terceros* frente a la Administración», dado que el «reconocimiento de una personalidad jurídica independiente es tan sólo una herramienta que ni significa ni puede implicar la desvinculación de la organización empresarial de la entidad pública de que trae causa». De esta manera se concluye que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Comunidad Europea, las Directivas en materia de contratos no se aplican a estos supuestos. Así, citando pronunciamientos concretos, se llega a la conclusión de que «las prestaciones calificadas *in house* –término con el cual se definen las prestaciones suministradas a una autoridad pública por sus propios servicios aunque éstos se hallen orgánicamente diferenciados– escapan fuera de la aplicación de las Directivas». Para finalizar recuerda, con cita también de doctrina jurisprudencial del TSJCE, que se excluye de esta modalidad el supuesto de las sociedades mixtas. Sobre este mismo tema, también puede leerse Francisco SOSA WAGNER, y Mercedes FUERTES LÓPEZ, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre contratación *in house*)», *Diario La Ley*, núm. 6715, 17 de mayo de 2007, pp. 1-8.

2. Gestión indirecta

La novedad más destacada que se ha producido en el año 2007 en relación con la gestión indirecta de los servicios públicos locales es la modificación del artículo 85.2.b) LBRL por la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, en su *Disposición Final primera. Modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local*. De esta manera se produce una remisión en la propia LBRL en cuanto a la gestión indirecta de los servicios públicos de competencia local a las distintas for-

mas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector público.

2.1. No cabe en los servicios públicos que implican ejercicio de autoridad

En el ordenamiento jurídico español existe una prohibición, establecida como regla general en la contratación pública, que consiste en que para la prestación de servicios públicos que implican ejercicio de autoridad, o lo que es lo mismo, ejercicio de poder público, no cabe recurrir a la contratación de empresas de capital privado, lo que se reproduce para el ámbito local en el propio artículo 85.3 LBRL (en la redacción de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), que además prohíbe la utilización de sociedades mercantiles de capital social exclusivamente local.

En el fundamento de esta prohibición se encuentra 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.

En el último año sobre esta cuestión se pronuncia la *STSJ de las Islas Canarias de 26 de enero de 2007* (Secc. Tercera, Sala Tercera), *RJ 156733*, en la que se anula por este motivo un Decreto del Concejal-Delegado de Hacienda y Contratación del Ayuntamiento de Gran Canaria, por el que se adjudica un contrato a una empresa privada para prestar el servicio de vigilancia y protección de personas y bienes en una feria instalada en un parque, incluyendo expresas facultades en materia de control de acceso de los ciudadanos al parque, de mantenimiento del orden público y de control de carga y descarga de mercancías.

2.2. Sobre las vías legales para participar en una sociedad mercantil

En el citado trabajo Francisco SOSA WAGNER, en «Servicios y sociedades en manos públicas. El problema de la utilización de los “recursos propios”» en PARADA VÁZQUEZ, FUENTETAJA PASTOR (dirs.) *Reforma y retos de la Administración local*, 2007, pp. 269-286, en especial pp. 275-283, se plantea las vías legales para participar en una sociedad mixta, distinguiendo el supuesto de participación en una sociedad mercantil ya existente, o creándola mediante su fundación con otros sujetos privados. En su estudio hace referencia a la transmisión de acciones realizada a través de las formas jurídico-privadas, y se centra en la cuestión de las aportaciones *in natura* que puede realizar el Ente local. También realiza consideraciones sobre la aportación de una «concesión administrativa», o del «uso de bienes de dominio público» al capital social. Asimismo aborda la cuestión de las prestaciones accesorias a las que puede quedar obligada la Corporación local, en virtud de la libertad de pactos, en los términos que autoriza la legislación societaria. Otro problema que se plantea es el de los posibles privilegios de la entidad como socio y las limitaciones a los mismos que

prevé la legislación mercantil, tanto la Ley de sociedades anónimas como la de sociedades de responsabilidad limitada. Por último, realiza una precisión acerca del problema de la composición de la Junta General de accionistas, tanto para el caso de las sociedades anónimas, como en las limitadas cuando se trata de un accionista único, en los supuestos de sociedades participadas exclusivamente por la Administración.

2.3. Otras modalidades de gestión

Es posible la gestión de los servicios públicos locales mediante arrendamiento de servicios, como lo prueba la *STS de 20 de junio de 2007* (Secc. Tercera, Sala Tercera), *RJ 6421*. En virtud de un contrato de arrendamiento se prestan los servicios para el depósito y custodia de vehículos retirados de la vía pública.

3. Gestión a través de Consorcios

Una de las cuestiones que tradicionalmente se han planteado en la gestión de los servicios públicos por medio de Consorcios ha sido la de su naturaleza jurídica como Entidades locales. Esta cuestión ha sido abordada recientemente en la *STS de 28 de noviembre de 2007* (Secc. Tercera, Sala Tercera), en la que se dilucida sobre la falta de aptitud, o no, del Consorcio de Transportes de Vizcaya para ser beneficiario de determinada subvención estatal por no tratarse, a juicio del Tribunal de instancia, de una «entidad local». El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que se trata de una entidad local, siguiendo para ello una sentencia anterior de la misma sala, *STS de 30 de abril de 1999*, sobre el consorcio constituido por los Concejos de Asturias y la Comunidad Autónoma del Principado, en el que se dio una respuesta afirmativa a dicho asunto. Esta solución jurisprudencial se basa fundamentalmente (FD 6 *STS de 28 de noviembre de 2007*), en lo siguiente: en primer lugar, se considera que la circunstancia de que los Consorcios no vengan incluidos entre las entidades locales que enumera el artículo 3 Ley 7/1985, no impide su caracterización como ente locales, porque la enumeración de ese precepto no tiene carácter exclusivo; en segundo lugar, después un estudio de la evolución legislativa en esta materia, se llega a la conclusión de que la legislación no ha querido caracterizar a todos los consorcios que puedan constituirse como entidades locales, pero tampoco les ha negado tal consideración, permitiendo que, en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el Consorcio constituido es o no una entidad local.

De esta manera, el Tribunal Supremo rechaza la tesis de la Sala de Instancia de que las entidades locales deben de tener necesariamente carácter territorial. Frente a ello, considera que pueden constituirse entidades locales caracterizadas por su componente asociativo o colaborativo, como las mancomunidades, que no dejan de ostentar automáticamente la naturaleza de entidades locales.

A esta solución coadyuva el hecho de que el otorgamiento de la subvención estatal al consorcio vizcaíno beneficiaba real y materialmente a los usuarios de los transportes públicos que, de otro modo, se verían privados de la misma, frente a los vecinos de otras localidades, sólo por el hecho de que la Corporación local prestase el servicio de transporte mediante una fórmula consorcial. Por otro lado, la utilización del Consorcio viene aconsejada por el hecho de la continuidad geográfica entre todos los municipios consorciados, en circunstancias similares a las de las aglomeraciones urbanas cuyas características demográficas, sociales y económicas justifican la creación de áreas metropolitanas o figuras semejantes. En este caso las necesidades de transporte colectivo comunes a los municipios que integran, en realidad, una misma aglomeración urbana podían ser mejor cubiertas a través de una entidad local bajo forma personificada.

V. FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

1. Financiación de los servicios públicos locales a través de tasas municipales (potestad tributaria) o de tarifas (potestad tarifaria)

En relación a la discutida cuestión de la distinción entre tasas y tarifas, como medio de financiación de los servicios públicos, se ha pronunciado en este último año la *STSJ de Valencia de 13 de febrero de 2007* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *JUR* 324325. En esta sentencia, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la STS de 30 de abril de 2001, *RJ* 4719, se sostiene que las prestaciones que los usuarios abonan al concesionario de un servicio no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la Constitución, sino contraprestaciones al servicio prestado que el concesionario hace suyas por título de derecho privado, sin perjuicio de que la Administración municipal concedente pueda corresponderle la competencia para su fijación (potestad tarifaria). De este modo las cantidades pagadas por los usuarios de un aparcamiento subterráneo cedido por el Ayuntamiento de La Vila Joiosa en régimen de concesión a una entidad privada tienen naturaleza de tarifa.

La distinción que realiza la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia se basa pues en la condición del sujeto que recibe la contraprestación económica por la explotación del servicio. A este criterio se ha referido también la doctrina. En concreto, Joaquín TORNOS MAS, «Prestaciones patrimoniales públicas y tarifas privadas en la prestación de servicios públicos locales», *Cuadernos de derecho local* núm. 15, 2007, pp. 7-20. En este trabajo el profesor Tornos expone resumidamente la evolución de esta materia, que ha sido objeto de un replanteamiento conceptual a partir de la STC 58/2003, de 17 de diciembre. Así pone de relieve como doctrina y jurisprudencia se fueron decantando por una tesis, según la cual la tarifa es el precio que ingresará el concesionario o una entidad sujeta al Derecho privado, que tendrá

por tanto naturaleza contractual aunque pueda ser fijado por la Administración, mientras que la tasa pasa a formar parte del presupuesto público y tiene naturaleza tributaria, por lo que su régimen está sujeto al que es propio del ejercicio de la potestad tributaria. A esta concepción puso en parte fin la citada STC 58/2003, que él interpreta de forma matizada. Sostiene, compartiendo puntos de vista de otros autores –Villar Rojas (2005)– que el TC construye un concepto de prestación patrimonial de carácter público, *ex* artículo 31.3 CE, que se vincula necesariamente con la utilización coactiva de servicios o bienes públicos pero que no se limita a los tributos, por lo que se extiende a otras figuras no tributarias, a las que consecuentemente resultan de aplicación ciertas garantías, como la reserva de ley. La consecuencia que se deduce de este nuevo concepto de prestación patrimonial de carácter público configurado sobre la nota de la coactividad es que las tarifas también pueden en ocasiones considerarse prestaciones públicas, sea cuál sea su régimen jurídico y la persona que las reciba, cuando tengan este carácter coactivo –sea impuesta por el poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto que ha de satisfacerla–. Este tipo de tarifas deben ser fijadas por la Administración siempre que una Ley habilite para ello, pero, a diferencia de las tasas, no será necesario que se determinen siguiendo los criterios de la materia tributaria. Posteriormente, en este trabajo, el profesor Tornos reflexiona sobre la incidencia de la nueva Ley tributaria 58/2003 en los conceptos de tasa y tarifa aplicados al ámbito de los servicios públicos. En este punto llega a la conclusión de que la novedosa vinculación, que establece el artículo 2.2.a), entre tasa, servicio prestado en régimen de derecho público y servicio cuya titularidad corresponde a un ente público determina que resulte irrelevante tanto la forma de gestión directa e indirecta de prestar el servicio, como su naturaleza coactiva, lo que significa que la contraprestación de un servicio de titularidad pública será siempre configurada como tasa. Quedarían fuera los servicios económicos de interés general, o lo que el autor considera prestaciones realizadas por actividades privadas reglamentadas. Sin embargo, y en última instancia, considera que esta solución, articulada por la reciente legislación tributaria, no tiene aplicación en el ámbito de los servicios públicos locales. Para ello, argumenta que el Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, Real Decreto Legislativo 2/2004, aunque entró en vigor antes que la nueva Ley tributaria, es Ley especial frente a la misma, por lo que a la regulación de las Haciendas locales no le resultarían aplicables, según este autor, las precisiones que a estos efectos se realizan en la legislación tributaria. Conforme a esta interpretación la tarifa sigue siendo una contraprestación que puede utilizarse en la gestión indirecta de los servicios locales; aunque si la prestación es coactiva, habrá que acudir al régimen de las prestaciones públicas patrimoniales, que no significa, como se ha expuesto, la imposición del régimen tributario, sino del régimen jurídico elaborado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia en materia de prestaciones públicas obligatorias.

En cuanto a la cuestión relativa a los costes que ha de cubrir la financiación del servicio público, encontramos una *STS de 10 de octubre de 2007* (Secc. Cuarta, Sala Ter-

cera), *RJ* 8374, en relación con el servicio de abastecimiento de agua y saneamiento prestado en régimen de concesión y financiado a través de tasas municipales. En este caso, la sentencia realiza una interpretación del entonces vigente artículo 24.1 Ley 39/1988, declarando que resulta a tenor del mismo inequívoco que el importe estimado de una tasa por la prestación de un servicio no puede exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio. Y que en relación con su coste han de tomarse en consideración todos los gastos directos e indirectos que contribuyen a su formación, entre los que se enumeran los costes de carácter financiero, amortización e inmovilizado y generales, excepción de los que se sufraguen por contribuciones especiales, y todo ello con independencia del presupuesto que los satisfaga u organismo que los soporte. Con base en esta argumentación, se desestimó el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Novelda que acordaba la adjudicación de la concesión de agua potable y saneamiento en ese municipio a favor de una concreta Unión Temporal de Empresas.

2. Sometimiento a IVA de los servicios prestados por sociedades mercantiles de propiedad municipal

Conforme a la Dirección General de Tributos, resolución núm. 1106/2007, de 25 de mayo de 2007, no están sometidas a IVA –Ley 37/1992, que incorpora la Directiva 2006/112/CE– las actividades realizadas por una sociedad mercantil de propiedad íntegramente municipal y creada al amparo del artículo 85.2 LBRL, cuando dichas actividades, consistentes en la prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social, se realizan exclusivamente a favor del Ayuntamiento. Se considera entonces que la sociedad en cuestión actúa como un «medio propio» del Ayuntamiento. Se sostiene así, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad europea y de la doctrina del Tribunal Supremo, en STS de 12 de junio de 2004 (*RJ* 4808), que se trata de «un órgano técnico-jurídico de derecho público que ejerce una función pública que no se lleva a cabo en concurrencia con el sector privado». Esta solución se fundamenta en el carácter interno de las operaciones que realiza. Por el contrario, cuando presta dichos servicios a terceros, tanto públicos como privados, sí estaría sometida al Impuesto del Valor añadido. A la misma solución se llega en la Resolución núm. 1107/2007 de la Dirección General de Tributos, de 25 de mayo, en relación con otra sociedad que, con el mismo régimen que la anterior, presta servicios informáticos.

VI. RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Son numerosas las sentencias que en el año 2007 declaran la responsabilidad de los Ayuntamientos a consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público,

concretamente, por el incumplimiento de la obligación de la Administración local de velar, poniendo los medios personales y materiales necesarios, para que las vías públicas se encuentren en las debidas condiciones de seguridad (artículo 25 LBRL). Pronunciamientos que reconocen la procedencia de indemnización por esta causa son los de la *STSJ de la Región de Murcia de 24 de septiembre de 2007* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *JUR 2008/15082, de 8 de junio de 2007* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *JUR 327634, de 18 de mayo de 2007* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *JUR 328078, de 23 de abril de 2007* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *JUR 328291, de 23 de marzo de 2007* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *JUR 323016, y de 16 de marzo* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *JUR 323072, STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2007* (Secc. Segunda, Sala Tercera), *JUR 346211, STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 22 de junio de 2007* (Secc. Cuarta, Sala Tercera), *JUR 343105*. En relación con el mal funcionamiento de la red municipal de saneamiento, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en *STSJ de 8 de marzo de 2007* (Secc. Cuarta, Sala Tercera), *JUR 150058*.