

Servicios públicos y actividad económica de los municipios

Julia ORTEGA BERNARDO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid*

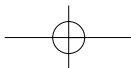
Palabras clave: servicios públicos; iniciativa económica; gobierno local

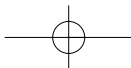
Key words: public services; economic initiative; local government

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES RELATIVAS A LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y A LA DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES.—1. La necesaria atención al marco que proporciona el Derecho comunitario.—2. La declaración por ley del servicio público frente a la exigencia de un procedimiento administrativo municipal para el ejercicio de una actividad económica.—3. La distinción de las actividades declaradas como servicio público de las simples actividades económicas a efectos de la aplicación del derecho de la competencia.—4. Requisitos de la prestación del servicio público en un ámbito territorial distinto: la prestación de servicios públicos locales con organización jurídico-privada perteneciente a un municipio diferente a aquél en el que se realiza dicha prestación.—III. ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA PARA LA ORDENACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—IV. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—1. Gestión mediante sociedad de capital íntegramente público.—2. Gestión indirecta de los servicios públicos.—V. NOVEDADES SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES EN LOS DISTINTOS SECTORES DE ACTIVIDAD.—1. En la gestión de los residuos urbanos.

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe sobre las cuestiones más relevantes que han tenido lugar a lo largo de 2008 en materia de servicios públicos y actividad económica de los municipios pone de manifiesto, como se expondrá a continuación, que se trata de una materia que sigue siendo objeto de estudio y tratamiento por parte de nuestra doctrina más autorizada, y aunque su litigiosidad ha disminuido, se siguen produciendo pronunciamientos judiciales en torno a los problemas que plantea su implantación y regulación.





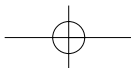
II. CUESTIONES RELATIVAS A LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y A LA DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES

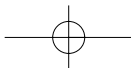
1. La necesaria atención al marco que proporciona el Derecho comunitario

La séptima edición de la fundamental obra de F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, publicada en el año 2008, apuesta por un formato más claro y de lectura más accesible, suprimiendo las notas a pie de página y, por tanto, las referencias bibliográficas, que se pueden consultar en la lista final de autores que este volumen incorpora. El nuevo cambio metodológico y formal permite que la exposición resulte más sencilla —al eliminar los comentarios y las remisiones a autores y a sus opiniones, los cuales, sin duda, presentan mucho interés para el jurista teórico, que puede siempre consultar ediciones anteriores—, y facilita la consulta a los juristas prácticos, a los gestores y técnicos municipales.

Entre las principales novedades de contenido destaca, sin duda, junto a esa tendencia a que la exposición y los razonamientos sean más claros y directos, la necesaria actualización derivada de la constante evolución del Derecho europeo, en relación a cuestiones fundamentales en materia de servicios públicos y actividad económica de las Corporaciones locales. Esta atención al Derecho comunitario se aprecia no sólo por la incorporación de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales —así, por ejemplo, sobre la cuestión de la compatibilidad de las ayudas públicas con el Derecho comunitario en el ámbito del servicio de correos—, o cuando se refieren las últimas novedades legislativas —como la Ley española de 3 de abril de 2007, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones y las empresas públicas—, sino también cuando se toma en consideración el Derecho europeo para reformular las cuestiones clave en el ámbito de los servicios públicos locales. Así, por ejemplo, cuando se refiere a los límites a la competencia de las Comunidades Autónomas para declarar, con base en el art. 128.2 CE, por ley la reserva de recursos y servicios esenciales, junto a las prohibiciones que proceden de la Constitución, también se alude a aquellas que derivan del mismo Derecho comunitario.

Sobre esta cuestión relativa a la conexión entre los servicios públicos locales y el Derecho comunitario se centró el *Seminario Internacional* que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid los días 27 y 28 de noviembre de 2008, en la que se dieron cita profesores de Derecho administrativo de reconocido prestigio, expertos en estas cuestiones, junto con jóvenes investigadores, técnicos de las Administraciones locales y estudiantes de las distintas licenciaturas que se cursan en la facultad. Bajo el título de «Servicios públicos locales en la Unión Europea» el seminario reunió ponencias en las que se llevó a cabo un estudio del impacto del Derecho comunitario, señaladamente, las relativas al Derecho de la competencia y Administración local a cargo del profesor BAÑO LEÓN; o la delimitación de los servicios públicos locales y las prestaciones sociales, en sentido estricto, de los municipios, impartida por el profesor





RODRÍGUEZ DE SANTIAGO; o en la que se abordó, por parte del profesor SENDÍN GARCÍA, la distinción entre servicios públicos y servicios económicos de interés general. En este seminario, la profesora MALARET GARCÍA, experta en estas cuestiones, impartió una ponencia sobre la evolución histórica y al contexto comunitario de las categorías de servicio público y de actividad económica de las Corporaciones locales. Referencias a este ámbito en otros países europeos se tuvieron gracias a las conferencias impartidas por el profesor PIPERATA (Universidad SPISA, de Bolonia), para el caso italiano, y al profesor BIRKINSHAW (Universidad de Hull), en relación con los servicios públicos locales en el Reino Unido.

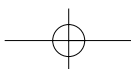
2. La declaración por ley del servicio público frente a la exigencia de un procedimiento administrativo municipal para el ejercicio de una actividad económica

Entre las novedades que introduce el libro sobre *La gestión de los servicios públicos locales* en su séptima edición también se encuentra el planteamiento de una nueva cuestión: la relativa a si resulta de aplicación el procedimiento previsto en el art. 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, para iniciar simples actividades económicas, a los casos en los que se trata de decidir la organización, normalmente en régimen jurídico-privado, de actividades declaradas como servicio público local. El profesor SOSA WAGNER sostiene que sí¹, y de este modo considera acertado el fallo contenido en la STS de 1 de febrero de 2002, que anuló la creación de una sociedad mercantil para la prestación del servicio público de recogida de basuras por no haberse seguido el procedimiento del art. 86.1 en el que quedara acreditada la conveniencia y oportunidad de la medida, y ello «por el carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios de Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público a que dedique la actividad». Aunque también reconoce este autor que existe jurisprudencia posterior de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en otros casos², en los que de fondo se dirimía la misma cuestión sobre la que se ha pronunciado el TS en sentido contrario.

A pesar de que pueda considerarse que resulta muy conveniente que toda decisión de intervención pública en la economía bajo formas jurídico-privadas, en la medida que puede afectar a la libertad de empresa y de mercado, deba motivarse —como ocurre en

¹ F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 7.ª ed., pp. 45 y 95 (en relación con la decisión de gestionar el servicio directamente, por medio de la constitución de una entidad pública empresarial local).

² 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.



otros Estados europeos (en Derecho local alemán, se exige la formalización de un expediente que sirva de fundamento a este tipo de decisión municipal)—, creo, como expuse en su momento³, que esta solución jurisprudencial no es correcta. No está prevista en nuestro ordenamiento jurídico la exigencia de un procedimiento que acredite la conveniencia y oportunidad con los mismos trámites cuando se inicia una actividad económica por el municipio, que cuando se adopta una decisión municipal en relación con la forma de organizar la gestión de las actividades 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], y es que la trascendencia de la decisión no es la misma, si se atiende a la diversa naturaleza y al diferente régimen jurídico de las actividades económicas municipales y de las declaradas servicio público.

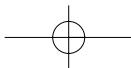
No obstante, esta afirmación de que en nuestro Derecho no se exige un procedimiento para la implantación de un servicio público por parte de los municipios debe ser matizada en relación con lo que disponga en la legislación autonómica aprobada en materia de régimen local. Así, en este punto, ha de tenerse en cuenta, por ejemplo, lo dispuesto en el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto de la Generalidad de Cataluña 179/1995, de 13 de junio. En relación a esta cuestión se pronuncia la STS de 8 de julio de 2008 (Ar. 4323), en un supuesto en el que la Generalidad de Cataluña impugna el funcionamiento *de facto* del servicio de prevención, extinción de incendios y salvamento de un municipio, el cual se había puesto en marcha sin haberse adoptado previamente por el Pleno de la Corporación un acuerdo formal de aprobación del servicio. En este caso el Tribunal Supremo entiende que la actuación de la Administración local puede calificarse como una «vía de hecho», a efectos de la aplicación del art. 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. No entra en el fondo del asunto este Tribunal. Al entender que se trata de una cuestión autonómica, objeto de la competencia del Tribunal Superior de Justicia, retrotrae las actuaciones judiciales, para que dicho Tribunal pueda pronunciarse en cuanto al fondo.

3. La distinción de las actividades declaradas como servicio público de las simples actividades económicas a efectos de la aplicación del derecho de la competencia

Sobre la delimitación de las actividades económicas locales con respecto a las actividades que constituyen servicio público a efectos de la aplicación del derecho de la competencia se pronuncia con detenimiento en esta séptima edición de su monografía sobre *La gestión de los servicios públicos locales*, SOSA WAGNER⁴. Concretamente se refiere a esta

³ J. ORTEGA BERNARDO, «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *Revista de Administración Pública*, núm. 169, 2006, pp. 55-98.

⁴ F. SOSA WAGNER, 2008, pp. 140-141.



cuestión cuando trata de encontrar solución al problema, que ya se había planteado en anteriores ediciones de su obra, relativo a si se aplican a las sociedades de capital íntegramente local las previsiones contenidas en el derecho de la competencia. Para resolver este interrogante añade a lo ya afirmado en antiguas ediciones, la cita de pronunciamientos posteriores del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Tribunal Supremo, e incluso del orden judicial civil, que basan la aplicación del derecho de la competencia en la existencia de una actividad económica que se presta con sujeción a las reglas del mercado. Para ello resulta crucial la distinción entre servicio público y actividad económica en el ámbito local. A este punto también se hizo referencia en el *Anuario de Derecho Municipal de 2007* (pp. 266-268).

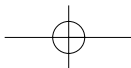
4. Requisitos de la prestación del servicio público en un ámbito territorial distinto: la prestación de servicios públicos locales con organización jurídico-privada perteneciente a un municipio diferente a aquél en el que se realiza dicha prestación

En relación con esta cuestión, cabe apreciar un cambio en las tesis sostenidas por SOSA WAGNER. En la sexta edición de su imprescindible obra sobre la gestión de los servicios públicos locales, consideraba (p. 54) que era perfectamente posible celebrar un convenio de colaboración entre Administraciones públicas, con fundamento en el art. 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local y en el principio de libertad de pactos, en virtud del cual se trasladara la gestión de un servicio público a una empresa cuyas acciones pertenecieran a la Administración local con la que se celebra el convenio. En esta nueva edición, se retoma el problema⁵, haciendo referencia a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y a posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo. En concreto, se citan las sentencias de 22 de abril de 2005 y 27 de abril de 2006, en las que se ratifican las anteriores autonómicas y en las que se desecha ya cualquier valoración positiva de esta práctica administrativa, que se ha declarado ilegal por el Tribunal Supremo, al considerar que conculca los principios de concurrencia y publicidad en la contratación pública.

III. ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA PARA LA ORDENACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Sobre esta cuestión se pronuncia la *STSJ de Valencia de 4 de enero de 2008 (Ar. 252)*, en la que se impugna el reglamento de un ayuntamiento sobre el funcionamiento del servicio de abastecimiento y distribución de agua potable. De la sentencia se deriva que la

⁵ F. SOSA WAGNER, 2008, pp. 47-48.



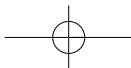
Administración municipal puede ejercer su potestad reglamentaria sobre la ordenación y desenvolvimiento de un servicio público, de acuerdo con los arts. 4.1.a) y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local, también los casos en que dicho servicio se preste indirectamente mediante concesión y con arreglo a las cláusulas del título concesional. De esta manera la alteración de las condiciones de prestación del servicio llevada a cabo por un Reglamento con posterioridad es perfectamente viable, aunque pueda implicar, en su caso, la obligación de indemnizar al contratista e incluso a terceros, en el supuesto de que les irrogase perjuicios antijurídicos. En el supuesto concreto del servicio de abastecimiento y distribución de agua potable un reglamento puede llegar a regular las condiciones del servicio que afectan a la relación entre el sujeto que presta dicho servicio, en el caso de autos un concesionario, y los particulares destinatarios del mismo, empresas promotoras de viviendas u otros peticionarios del servicio.

IV. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

En relación a las formas de gestión de los servicios públicos locales, el nuevo libro del profesor SOSA WAGNER actualiza la exposición de las formas de gestión tomando en consideración reciente jurisprudencia y la nueva legislación autonómica que afecta a este ámbito —así por ejemplo, en materia de fundaciones (pp. 103 y 105-106)—, pero, sobre todo, da cuenta de cómo afecta a las distintas formas de gestión de los servicios públicos locales la nueva legislación de contratos del sector público. De esta manera analiza la aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público a cada una de las formas de gestión establecidas en la legislación de régimen local. Así en el caso de la gestión directa por entidad pública empresarial (pp. 98-99), en el supuesto de las fundaciones (p. 129), y en el caso de gestión mediante sociedad de capital íntegramente público (pp. 138 y 146-147).

1. Gestión mediante sociedad de capital íntegramente público

En este caso, el profesor SOSA WAGNER, en la nueva edición de su libro, da cuenta de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la forma de concurso o subasta para la enajenación de acciones de una sociedad municipal íntegramente pública (pp. 159-160). Se detiene en analizar pormenorizadamente las funciones de los Estatutos de estas sociedades (pp. 167-168) y los problemas relativos a la designación de los miembros del Consejo de Administración y su solución en sede judicial (p. 171-172), o el régimen jurídico de los bienes patrimoniales aportados a la sociedad (p. 178), y afirma que los tribunales declaran que las cesiones onerosas de bienes patrimoniales de titularidad local exigen un procedimiento público y que las cesiones gratuitas de dichos bienes sólo son admisibles cuando el destinatario es una Administración pública o una entidad sin ánimo de lucro.



Servicios públicos y actividad económica de los municipios

427

También se refiere a que estas sociedades siguen sujetas a los impuestos correspondientes, puesto que el Texto Refundido de 5 de marzo de 2004 no reconoce exención a favor de las mismas.

Por último, como novedad en relación con esta forma de gestión, en esta última edición de 2008 da cuenta de la jurisprudencia comunitaria recaída sobre el asunto de la contratación doméstica, y que ha influido de manera determinante en la redacción del art. 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en su párrafo sexto, puesto en conexión con el art. 4.1 letra *n*). Concretamente se hace referencia a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2005, en el asunto Brixen (C 458/03) —en la que se niega la existencia de un control, entre la Administración adjudicataria y el ente al que resulta adjudicado el contrato, análogo al ejercido sobre los propios servicios, y se declara la vulneración de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, igualdad de trato y no discriminación, así como los principios de libre mercado y competencia—; la Sentencia de 11 de mayo de 2006, en el asunto del holding AGESP (C-340/04) —en la que se profundizó en las dos exigencias de la doctrina TECKAL de «existencia de un control análogo al existente sobre los propios organismos» y de que «la actividad que se realizase fuese esencialmente en beneficio de las Administraciones que la controlan»—; y por último a la Sentencia de 6 de abril de 2006 sobre el ayuntamiento de Bari, y la Sentencia de 19 de abril de 2007, referida a la empresa española TRAGSA. También expone, en esta línea, aunque ya enlazando con la cuestión de las sociedades mixtas, en las que hay una participación de capital privado y que normalmente no superan el requisito del control análogo, la sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03), y la de 10 de noviembre de 2005 (asunto C-29/04).

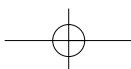
2. Gestión indirecta de los servicios públicos

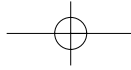
En relación con la gestión indirecta de los servicios públicos, la nueva edición del libro de SOSA WAGNER no introduce ninguna modificación en el esquema establecido en pasadas ediciones. Ahora bien, el contenido varía, porque se trata ahora de aplicar la nueva legislación de contratos, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a las tradicionales formas de gestión indirecta.

V. NOVEDADES SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES EN LOS DISTINTOS SECTORES DE ACTIVIDAD

1. En la gestión de los residuos urbanos

En relación con este sector, dos nuevas leyes, la de residuos de *Galicia*, Ley 10/2008, de 18 de noviembre, y la Ley 9/2008 catalana de residuos, modifican la anterior regulación

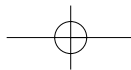


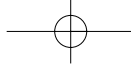


vigente en estas Comunidades sobre la misma materia e inciden en competencias locales tradicionalmente configuradas como servicios públicos.

Con respecto a la legislación gallega, la Ley sobre residuos aprobada en esta Comunidad resulta más respetuosa con las competencias locales que la anterior legislación autonómica ya derogada. Concretamente, se atribuye —como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta el tenor literal de la Ley 10/1998, básica de residuos en su art. 4— a las entidades locales competencia para prestar el servicio público de recogida y tratamiento de residuos, concretamente, al menos, en sus fases de recogida, transporte y eliminación. Pero asimismo, como viene siendo habitual en esta Comunidad Autónoma desde la anterior Ley 10/1997, de 22 de agosto, de residuos, se reconoce la competencia en relación con las últimas fases de la gestión a SOGAMA empresa de la Comunidad Autónoma de Galicia. La anterior legislación de residuos gallega planteaba en este punto problemas de constitucionalidad, pues asignaba a esta sociedad la actividad de eliminación y privaba de ellas expresamente a los municipios (art. 29 en relación con el art. 26.4 de la Ley 10/1997), en contra de lo dispuesto en la legislación básica del Estado en este ámbito: Ley 10/1998. Una interpretación conforme con el texto constitucional del antiguo texto legal gallego no parecía posible. Posteriormente, el plan de residuos urbanos de Galicia —aprobado por el Consejo de Gobierno de dicha Comunidad el 24 de septiembre de 1998—, intentó, a pesar de que el marco legal se dedujera otra cosa, relativizar el desapoderamiento llevado a cabo en relación con las tradicionales competencias municipales, manifestado expresamente que correspondía a SOGAMA la gestión de los residuos sólidos urbanos de aquellos Ayuntamientos que hubieran decidido integrarse en la opción presentada por esta empresa en materia de basuras. De esta forma, este instrumento de planeamiento autonómico consideraba que SOGAMA sólo podía hacerse cargo de los residuos a partir de su entrega «voluntaria» por los municipios, lo que se verificaba mediante su depósito en las estaciones de transferencia —o plantas de almacenaje provisional de residuos—. Con el nuevo texto legal aprobado en materia de residuos la Comunidad Autónoma gallega ha superado esta posible tacha de inconstitucionalidad. La literalidad de la ley [art. 5.a) de la *Ley gallega 10/2008*] sitúa las competencias locales dentro del respeto al marco dispuesto por la legislación básica del Estado en esta materia, conforme exige la Constitución Española en este sector medioambiental *ex art. 149.1.23.a*

Otra de las novedades de la Ley gallega de residuos en relación con las competencias sobre el servicio público de gestión de residuos consiste en desarrollar la legislación básica del Estado, en relación con los planes locales. En concreto, los arts. 24 a 27 de la Ley regulan el contenido, la revisión y la duración de dichos planes, así como su conexión con el Plan autonómico de residuos. En este punto la regulación del legislador gallego ha sido muy respetuosa con las competencias locales. Nada se dice del contenido de estos planes, salvo lo relativo a ciertos elementos que lógicamente han de estar presentes y que constituyen un contenido mínimo de este tipo de planes sectoriales. Puede reprocharse a esta regulación autonómica que quizá sea una ocasión perdida para establecer la relación entre dichos planes sectoriales y las Ordenanzas municipales en materia de residuos,



**Servicios públicos y actividad económica de los municipios**

429

para esclarecer que se trata de dos instrumentos complementarios en esta materia, y que los primeros pueden servir de fundamento a la reglamentación del servicio que apruebe el municipio.

Por su parte la *Ley 9/2008, de 10 de julio, de residuos de Cataluña*, establece la recogida selectiva de los residuos municipales en todo el territorio autonómico, reforzando así uno de los objetivos esenciales de la legislación sobre residuos. Para posibilitar el cumplimiento de este mandato referido a este servicio público local, la nueva legislación catalana dispone que los entes locales consignen los créditos necesarios en sus presupuestos para garantizar la financiación de la recogida selectiva de los residuos municipales. De esta manera, se amplían las posibilidades de actuación a través del Fondo de gestión de residuos, que a partir de esta nueva ley puede utilizarse como instrumento de cooperación de la Generalidad con la gestión de otros residuos distintos a los municipales, una vez que ha quedado garantizada la financiación de las infraestructuras de gestión de los residuos municipales.

