

LAS FÓRMULAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: LOS ENTES INSTRUMENTALES

Encarnación Montoya Martín

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Introducción

La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales aparece como un tema modesto que ha quedado relegado a un plano totalmente secundario frente a las grandes cuestiones pendientes en el actual debate sobre el proceso de reforma de la organización territorial del Estado y de la siempre pendiente y aplazada reforma del régimen local. En este contexto, la reforma de las formas de gestión de los servicios públicos ha quedado preterida, pues tiene como presupuesto una definición positiva y actualizada de las competencias locales. Por ello, todo ha quedado diluido en la discusión relativa a las competencias locales y su articulación en aplicación de los principios de autonomía y subsidiariedad, de conformidad con la Carta Europea de la autonomía local.

El tema de las modalidades de prestación de actividades y servicios por los entes locales queda encuadrado de una parte, en el actual debate relativo a la reforma de los Estatutos de Autonomía pues incide directamente entre otras, en el régimen local. En efecto, en las reformas estatutarias ya aprobadas una parte muy importante del régimen local y dentro de éste en concreto las formas de gestión de los servicios públicos locales se atribuyen a la exclusiva competencia autonómica. Asimismo, el proceso de reformas estatutarias ha venido a incidir abortándolo, en el proceso de reforma de la legislación básica de régimen local auspiciada desde el Gobierno a partir del Libro Blanco de 2005 y dos Borradores de Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y de la Administración local (noviembre 2005 y 3 de mayo de 2006), última versión de julio de 2006. Como es sabido, los

procesos de reforma estatutaria han pautado el freno de la ley básica del Gobierno y Administración local.

No obstante, desde la perspectiva de los ciudadanos y del quehacer diario de las Administraciones locales es claro que la cuestión de la prestación de actividades y servicios es fundamental. Para ello las Administraciones locales precisan formular sus propias políticas, desarrollarlas, regular y ordenar servicios y actividades, toda vez que la prestación de actividades y servicios es el principal valor que aportan los entes locales a la vida diaria de los ciudadanos. Es lo que les legitima en un Estado social y democrático de Derecho en un doble sentido: de una parte, la legitimidad institucional que le viene del propio sistema de valores y las políticas en un Estado Social y Democrático de Derecho; y, de otra parte, en una legitimidad que está siendo el motor de la modernización de la Administración en general a partir de los años 90, la llamada legitimación por rendimientos, es decir, en función del grado de satisfacción del ciudadano, en el marco del derecho a una buena administración.

Por ello, quiero subrayar la importancia que dicha legitimidad tiene en particular para los responsables de la gobernanza local acorde con las necesidades y expectativas del ciudadano del siglo XXI. Se requiere una cuidada y detenida atención por los legisladores autonómicos en la regulación del régimen de las actividades y servicios locales, sus formas de prestación etc. En este nuevo contexto no puede seguirse con el simple mimetismo carente de imaginación anclado en la mera transposición al ámbito autonómico de la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales que se regulan en art. 85 LBRL. Cabalmente, se trata de un asunto en el que las Administraciones locales se juegan parte de su legitimidad y que es un eslabón de una cadena donde confluyen o convergen numerosas piezas o vectores a tener en cuenta por el legislador. La vertiente comunitaria: concepto de servicios de interés económico general, reglas de la competencia, régimen de ayudas, y contratación pública; y la vertiente del ordenamiento jurídico interno: las reformas estatutarias y la nueva comprensión de lo básico. En definitiva, la reforma del régimen local desde los principios de autonomía y subsidiariedad y la perspectiva de la calidad de los servicios públicos.

Veamos pues las coordenadas que a nuestro juicio inciden en el régimen de las formas de prestación de los servicios públicos locales que hay

que tener presente para abordar una regulación actualizada de las formas de gestión de los servicios públicos locales.

I. LA DIMENSIÓN COMUNITARIA DE LA GESTIÓN DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS POR LAS ADMINISTRACIONES LOCALES.

a) Delimitación de la noción de servicios de interés económico general y servicios no económicos. Necesidad de armonización normativa a nivel comunitario.

Desde la óptica comunitaria en las formas de prestación de actividades y servicios locales incide derechamente la delimitación de la noción de servicios de interés económico general y su interacción con las reglas de la competencia y del mercado interior. La delimitación de la noción de servicios de interés general y dentro de éstos los de interés económico es una cuestión general pendiente de armonización a nivel comunitario y que hasta la presente ha producido y produce notable inseguridad jurídica toda vez que queda pendiente de las decisiones adoptadas caso por caso por el TJCE.

Sobre esta materia inciden los principios comunitarios de igualdad, concurrencia y no discriminación entre las empresas públicas y empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general de una parte, y de otra, la empresa privada. En efecto, el art. 86 TC proclama:

“1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. 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 contraria al interés de la Comunidad”.

Asimismo parte el Derecho comunitario de un principio general de prohibición de ayudas públicas que falseen o amenacen falsear la compe-

tencia afectando a los intercambios comerciales entre los Estados miembros en el art. 87.1 TCE¹.

Se proclaman principios de mercado y de libre competencia, sin perjuicio del lugar destacado que los servicios de interés económico general juegan en la UE, su papel en la promoción de la cohesión social y territorial. Por ello el art. 16 TCE proclama que tanto la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido².

En definitiva, las reglas de mercado y de la competencia se predicen como regla de principio a los servicios de interés económico general, que el Tratado cita pero no define. Por lo demás, el concepto tradicional de servicio público ha sido sustituido por el servicio universal y obligaciones de servicio público como consecuencia de la liberalización y de la competencia introducida en numerosos sectores como consecuencia directa de la política comunitaria (telecomunicaciones, servicios postales, etc.). Asimismo, hay que delimitar los servicios sociales o de bienestar social, para diferenciarlos de los servicios de interés económico general. A través de estas actividades se llevan a cabo funciones sociales que en muchas ocasiones no pretenden obtener beneficios y que en teoría no se dedican a actividades industriales o comerciales, por lo que estarán por lo general excluidas del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia y de mercado interior. Esto abarca varias actividades no económicas de organizaciones como sindicatos, asociaciones culturales de ayuda y beneficencia.

-
1. “Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.
 2. Vid art. III-122 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa dispone: “Sin perjuicio de los artículos I-5, III-166, III-167 y III-238, y dado el lugar que ocupan los servicios de interés económico general como servicios a los que todos conceden valor en la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los Estados miembros, dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios funcionen conforme a principios y en condiciones, económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se establecerán mediante ley europea, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a la Constitución, para prestar, encargar y financiar dichos servicios”.

Los servicios de interés económico general se pueden definir como aquellos servicios de naturaleza económica que los poderes públicos consideran esenciales para sus ciudadanos en un espacio temporal determinado por lo que han de prestarse incluso aunque el mercado no tenga suficientes incentivos para hacerlo. Consecuentemente, es necesario una intervención pública para garantizar la prestación de dicho servicio con unas condiciones mínimas por lo que la intervención se suele concretar en la imposición de unas obligaciones de servicio público. La identificación concreta de los servicios de interés general en cada Estado miembro corresponde, en ausencia de armonización comunitaria, a las autoridades públicas nacionales, si bien siempre bajo el control en última instancia de las autoridades comunitarias.

En el Libro Verde sobre los servicios de interés económico general elaborado por la Comisión 21 de mayo 2003 ésta lanzó la idea de que había llegado el momento, a la vista de la experiencia acumulada, de crear un marco europeo común para asegurar la aplicación coherente a nivel comunitario de los principios que subyacen al art. 16 del Tratado. Se trataría de un instrumento general que pudiera definir, precisar y consolidar los objetivos y principios comunes a todos los servicios de interés económico general o a varios de ellos en el ámbito de la competencia comunitaria. Además, serviría de base para nuevas disposiciones sectoriales. No obstante, posteriormente, en el Libro Blanco de la Comisión sobre los servicios de interés económico general de 2004 visto el resultado de las consultas efectuadas, la Comisión difiere dicha idea en el tiempo afirmando que no ha quedado demostrado que un marco horizontal presente valor añadido frente al planteamiento sectorial seguido hasta ahora, aunque añade que volverá a examinar la viabilidad de una norma marco.

Por último, hay que hacer referencia al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre “Una evaluación independiente de los servicios de interés general” (Dictamen de Iniciativa) Bruselas 14 de febrero de 2008³. El CESE manifiesta que el Tratado de Reforma, aprobado por el Consejo Europeo de los días 17 y 18 de octubre de 2007 faculta al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea para que establezcan, por medio de reglamentos, los principios y condiciones que permitan

3. En su 442º Pleno de los días 13 y 14 de febrero de 2008, Sesión del 14 de febrero de 2008, Dictamen aprobado por el Comité Económico y Social Europeo por 162 votos a favor, 24 en contra y 11 abstenciones.

a los servicios de interés económico general realizar sus misiones, sin perjuicio de las competencias que tienen los Estados miembros para facilitar, hacer ejecutar y financiar estos servicios, a la vez que se hace hincapié en una responsabilidad compartida de los Estados miembros y la UE⁴.

A los Tratados reformados se anexará un protocolo de Servicios de Interés General en el que se insistirá en “el papel esencial y amplio criterio de las autoridades nacionales, regionales y locales al suministrar, adjudicar y organizar servicios de interés económico general lo más cercanos posibles a las necesidades de los usuarios” y en “un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad, [la] igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios”. En este mismo protocolo se mencionan, por primera vez en un texto del Derecho comunitario primario, servicios no económicos de interés general. En él se subraya que el suministro, la adjudicación y la organización de estos servicios son competencia de los Estados miembros y que las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a su competencia en la materia, de modo que los servicios no económicos de interés general seguirán en principio excluidos de las normas relativas al mercado interior, la competencia y las ayudas estatales, mientras que la competencia nacional seguirá enmarcada en su aplicación por los principios generales del Derecho comunitario.

En cuanto a la distinción entre un servicio económico y un servicio no económico, el Tratado de Reforma no aporta ninguna definición, por lo que sigue siendo necesario recurrir a arbitrajes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, prolongando así la actual inseguridad jurídica que pesa sobre las autoridades nacionales, regionales y locales.

Además el CESE hace hincapié en la necesidad de la evaluación de los servicios de interés general, ya sean económicos o no económicos, así como de elementos de armonización de dicha evaluación al proclamar:

“La obligación de velar por el buen funcionamiento de los servicios de interés económico general prevista en el art. 14 del Tratado de Reforma

4. De este modo, incumbe a la Unión Europea y sus Estados miembros, dentro de los límites de sus respectivas competencias y del ámbito de aplicación del Tratado de Reforma, velar por que estos servicios funcionen efectivamente de acuerdo con unos principios y en unas condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan realizar sus misiones, y asegurarse de ello. Con la entrada en vigor del Tratado de Reforma, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea establecerán dichos principios y condiciones, mediante reglamentos adoptados por el procedimiento legislativo ordinario, en el respeto del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad.

hace necesario desarrollar una dinámica progresiva de evaluación de los resultados de estos servicios.

El Consejo Económico y Social Europeo considera que, para que pueda aplicarse a un servicios de interés económico general el calificativo de buen funcionamiento, entre otros aspectos, debería: responder a los principios de igualdad, universalidad, asequibilidad y accesibilidad, fiabilidad y continuidad, calidad y eficacia, garantía de los derechos de los usuarios, así como rentabilidad económica y social; tener en cuenta las necesidades específicas de ciertos grupos de usuarios, como las personas discapacitadas, dependientes, desfavorecidas, etc.

Los Estados miembros o la Unión Europea deberán definir y adaptar, de forma transparente y no discriminatoria, las misiones y los objetivos de los servicios de interés económico general de sus respectivos ámbitos de competencia, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, en interés y para satisfacción general de todos aquellos a los que se dirigen estos servicios.

Los servicios de interés económico general se caracterizan por la búsqueda de una serie de arbitrajes entre: mercado e interés general, objetivos económicos, sociales y medioambientales, usuarios (particulares, incluidos los grupos desfavorecidos, empresas, colectividades, etc.) que no tienen las mismas necesidades o intereses; las cuestiones que son competencia de cada uno de los Estados miembros y la integración comunitaria”.

Así pues se señala la evaluación como algo distinto a la regulación, aunque formando parte de ella⁵.

b) Normas de la competencia y del mercado y los servicios locales de interés económico general: la STJCE asunto Altmark Trans.

Queda pues, pendiente de elaboración un marco normativo a nivel comunitario que establezca con seguridad jurídica las claves para desarrollar los parámetros de la interacción entre servicios de interés general y libre competencia y la imposición de una obligación de servicio público, que

5. Para el Consejo Económico y Social Europeo la evaluación constituye, un análisis y un seguimiento sistemático de las condiciones de aplicación efectiva de la misión particular de interés general tanto en vista de su cumplimiento y su capacidad para satisfacer las necesidades de los consumidores, las empresas, los ciudadanos y la sociedad, como en vista de los objetivos de la Unión, en particular en materia de cohesión social, económica y territorial, economía social de mercado, Estrategia de Lisboa y garantía de ejercicio de los derechos fundamentales.

presupone la posibilidad de realizar una compensación entre los sectores de actividad rentables y los menos rentables y justifica, por ello, una limitación de la competencia de los empresarios particulares en los sectores económicamente rentables.

Estrechamente imbricado con este asunto está la cuestión de la su-
puesta menor relevancia de los problemas planteados por los servicios de
interés económico general en el ámbito local. Cabalmente, discernir los
problemas de aplicación de las normas comunitarias de la competencia y
del mercado a los servicios públicos locales⁶.

Es conocido que cuando una conducta no puede afectar de forma sig-
nificativa al comercio entre Estados miembros⁷ o tiene una importancia
menor, las normas comunitarias de competencia no se aplicarán. Es, por
lo tanto, probable que un número significativo de servicios locales queden

6. Vid el interesante trabajo de Campos Sánchez-Bordona, M. “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)”, *QDL* n° 6, 2004, págs. 65-80.

7 Véase a este respecto la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, por la que establece unas directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 TCE (DOUCE 27 de abril de 2004). En dicha Comunicación la Comisión manifiesta: “1. Los artículos 81 y 82 del Tratado se aplican a los acuerdos horizontales y verticales y a las prácticas de las empresas que “puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros”.

2. En su interpretación de los arts. 81 y 82, los tribunales comunitarios ya han aclarado sustancialmente el contenido y alcance del concepto de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros.

3. Las presentes directrices establecen los principios desarrollados por los tribunales comunitarios en relación con la interpretación del concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82. Además, establecen una regla que indica cuándo no es probable que los acuerdos puedan en general afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros (la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio o regla AEAC). Las directrices no pretenden ser exhaustivas. Su objetivo es fijar la metodología para la aplicación del concepto de efecto sobre el comercio y proporcionar orientación de cara a su aplicación en situaciones que se plantean frecuentemente. Aunque no sean vinculantes para los órganos jurisdiccionales y autoridades de los Estados miembros, las presentes directrices pretenden también orientarlos a la hora de aplicar el concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82.

4. Las presentes directrices no abordan el problema de lo que constituye una restricción apreciable de la competencia de conformidad con el apartado 1 del art. 81.

Este problema, que es distinto de la capacidad de los acuerdos para afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros, es objeto de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado (la regla *de minimis*). Las presentes directrices tampoco pretenden proporcionar orientación sobre el concepto de efecto sobre el comercio contenido en el apartado 1 del art. 87 del Tratado relativo a las ayudas estatales”.

fuera del alcance de la normativa mencionada. Se estimaba que la menor importancia de los servicios prestados en el ámbito local, parece excluir la afectación a los intercambios comunitarios, eje de la aplicación de aquellas normas⁸. Esta concepción tradicional se encuentra en el Dictamen del Comité de las Regiones de 16 de enero de 1997 sobre “El papel de las autoridades locales y regionales en los servicios públicos”. El Dictamen se refería al impacto relativamente limitado de las normas de la competencia en los servicios prestados por las autoridades locales excepto en aquellos ámbitos donde los servicios son verdadera o potencialmente de carácter transnacional, como por ejemplo: transporte, telecomunicaciones, servicios postales y energía. Mas a juicio del Comité de las Regiones la mayoría de los servicios locales no es transnacional. Esta misma línea sigue la Comunicación de Comisión de 2001 al afirmar que las normas sobre la competencia (arts. 85 y 86 TCE) no debían plantear problemas en relación con los servicios de interés general “pues normalmente una actividad que sólo afecta al mercado de forma insignificante -como puede ser el de varios servicios de interés general de carácter local- no afectará al comercio entre Estados miembros, y por tanto no estarán sujetas a las normas comunitarias. Se califican como asuntos de menor importancia (regla de *minimis*) por lo que no se les aplica las normas de la competencia⁹.”

No obstante, en la jurisprudencia del TJCE se ha producido un debilitamiento de esta tesis tradicional, destacando la Sentencia en el caso *Altmark Trans* de 24 de julio de 2003 (C 280/00) acerca de la financiación de los servicios públicos locales, en la que se examina la compatibilidad de las subvenciones para compensar déficits de un servicio regular de transporte público de viajeros por carretera en el distrito Stendal Alemania, esto es, un servicio público de transporte local. Lo primero que hubo que dilucidar es hasta qué punto dicho problema tenía un componente comunitario. La respuesta del TJCE es importante en el sentido de corroborar

8. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE (*de minimis*), DO C 368 de 22 de Diciembre de 2001, p. 7

9. La Comisión Europea introdujo una norma de *minimis* en virtud del Reglamento 69/2001, de 12 de enero de 2001. Las ayudas de *minimis* son aquellas ayudas concedidas por un Estado miembro que no son consideradas ayudas de Estado y que no necesitan de la autorización de la Comisión Europea para su concesión por considerarse que no repercuten sobre la competencia y el comercio intracomunitario dada su pequeña cuantía. El actual Reglamento 1998/2006, de 15 de diciembre, de la Comisión (DOCE 28 de diciembre), relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas de *minimis*, sustituye al anterior 69/2001, de 12 de enero de 2001.

que la afectación a los intercambios comunitarios puede producirse en el ámbito local y en asuntos de cuantía aparentemente moderada. Afirma el Tribunal que “en modo alguno cabe excluir que una subvención pública concedida a una empresa que presta únicamente servicios de transporte local o regional y que no presta servicios de transporte fuera de su Estado de origen pueda, a pesar de ello, tener una incidencia en los intercambios entre Estados miembros”.

Efectivamente cuando un Estado miembro concede una subvención pública a una empresa, la prestación de servicios de transporte por parte de esta empresa puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de prestar sus servicios de transporte en el mercado de dicho Estado miembro. En el asunto *Altmark Trans* dicha afirmación no es sólo hipotética, puesto que, varios Estados miembros comenzaron desde 1995 a abrir determinados mercados de transporte a la competencia de empresas establecidas en otros Estados miembros¹⁰. Por último, según la jurisprudencia del TJCE, no existe un umbral o porcentaje por debajo del cual pueda considerarse que los intercambios entre Estados miembros no se ven afectados. La cuantía relativamente reducida 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. Por tanto, el segundo requisito del TCE según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados, no depende del carácter regional o local de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de la actividad de que se trate. Lo que está claro es que los intercambios de bienes y servicios en un determinado ámbito local pueden generar efectos más amplios. De ahí que la menor dimensión de los servicios de interés general en el ámbito local no sea un factor que los haga inmunes a las normas comunitarias de la competencia. En Libro Blanco de la Comisión de 2004 ha reconocido que la consulta pública por ella auspiciada en el 2003 ha confirmado la demanda de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a la compensación por prestación de servicios públicos, demanda que ha sido particularmente enérgica a nivel local, en relación con los servicios locales.

10. Las ayudas de *minimis* no se aplicaban al sector transporte según el Reglamento 69/2001, de 12 de enero. En cambio, sí entran en el ámbito de aplicación del vigente Reglamento 1998/2006, de 15 de diciembre.

c) Condiciones de financiación de los servicios de interés económico general: La Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia de las Relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas.

Por último, queda por determinar las condiciones de financiación conforme al Derecho comunitario de los servicios locales de interés económico general. Una vez reconocida en la sentencia *Altmark* la posible afectación entre Estados que pudiera derivar de un servicio de transporte público local la solución del Tribunal es precisar la noción de compensación debida al cumplimiento de obligaciones de servicio. Para que a tal compensación no se aplique la calificación de ayuda debe cumplir los siguientes requisitos:

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

2º Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente¹¹.

3º 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.

4º Cuando la elección de la empresa se haya realizado fuera del marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de compensación debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media bien gestionada del sector concreto de que se trate habría soportado (teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones).

Únicamente si se cumplen estos cuatro requisitos se puede estimar que una empresa no ha gozado, en realidad, de una “ventaja” financiera

11. Así constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de compensación, cuando a posteriori se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no han sido económicamente viables.

que tenga por efecto situar a esta empresa en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras y que, por tanto, no existe ayuda de Estado en el sentido del Tratado CE.

En definitiva, la jurisprudencia Altmark constituye un hito en relación con financiación pública de servicios de interés general. Se aplica ya sea la entidad prestadora una empresa privada como pública, aunque se organice en forma societaria mercantil. Obliga, por ende, a identificar las obligaciones de servicio público susceptibles de ser compensadas y en qué medida, con cargo a los presupuestos. Esta jurisprudencia tiene que ser tenida en cuenta en cualquier otra modalidad de intervención de las autoridades locales y en cualquier sector de actividad económica de interés general¹².

La reciente Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia de las Relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas

12. En su sentencia Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH («Altmark»), el Tribunal de Justicia manifestó que las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas estatales a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado, siempre que se cumplan cuatro criterios inseparables. En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. En tercer lugar, 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. Finalmente, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso determinado, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria deberá calcularse sobre la base de un análisis de los costes que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte, para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas. Cuando se cumplan estos cuatro criterios, las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas estatales y no se aplican las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado. Cuando los Estados miembros no respeten estos criterios y se cumplan los criterios generales. Vid. Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general [notificada con el número C(2005) 2673].

13. Importa destacar el ámbito de aplicación de la Ley: la definición con carácter básico de la noción de empresa pública del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los entes locales. La clara extensión de su ámbito de aplicación a las empresas públicas locales les impone todas las obligaciones de suministro de información que conllevan la responsabilidad por ello de los administradores. El art. 2 da una noción de empresa pública acorde con el carácter pragmático funcional del Derecho comunitario en los siguientes términos: “Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer,

públicas¹³ y de transparencia financiera de determinadas empresas¹⁴, que incorpora al Derecho español la Directiva de la Comisión 2006/111/, CE de 16 de noviembre de Transparencia de las Relaciones Financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. La Ley tiene por objeto garantizar la transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas, ya sean estatales, autonómicas o locales y las empresas públicas, suministrando información sobre la puesta a disposición de fondos por parte de las Administraciones públicas a estas empresas. Asimismo, tiene por objeto garantizar la transparencia en la gestión de un servicio de interés económico general o la realización de actividades en virtud de la concesión por parte de dichas Administraciones públicas, de derechos especiales o exclusivos a cualquier empresa, siempre que ésta realice otras actividades distintas a las anteriores. En definitiva, pretende garantizar la transparencia acerca de la puesta a disposición de fondos con el fin de dilucidar cuándo se trata de compensaciones legítimas por obligaciones de servicio público, y cuándo constituyen subvenciones. Por ello la separación de la contabilidad procede cuando una misma empresa pública o a la que se haya concedido derechos exclusivos o especiales lleva a cabo actividades mercantiles o industriales además de las de interés económico general. Una empresa deberá elaborar cuentas separadas cuando las Administraciones públicas de ámbito estatal, autonómico o local, le hayan concedido derechos especiales o exclusivos o le hayan confiado la gestión de un servicio de interés económico general, reciba cualquier tipo de compensación por gestionar ese servicio y lleve a cabo otras actividades¹⁵.

directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rijan. 2. En particular, y en la Administración General del Estado, se considerarán empresas públicas, las entidades a que se refiere el apartado 1 del art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas. 3. En el ámbito autonómico y local, se considerarán empresa públicas las entidades en las que concurren las circunstancias mencionadas en el apartado primero”.

14. Según la DF Primera tiene carácter de básico en virtud del art. 149.1.13CE bases de la actividad económica, y 149.1.18CE bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.
15. En el capítulo III, que comprende los artículos 8 a 13, se regulan las obligaciones de las empresas que deben llevar cuentas separadas. La Ley dispone también que la responsabilidad en la elaboración y remisión a la Intervención General de la Administración del Estado de la información requerida en todos los capítulos corresponderá al órgano de administración de las empresas.

II. LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS: ASUNCIÓN COMO COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LAS MODALIDADES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

a) Breve reflexión sobre la asunción estatutaria del régimen local y la nueva comprensión de lo “básico”.

La atribución del régimen local como competencia exclusiva autonómica en la reforma de algunos Estatutos de Autonomías ha llevado a hablar de interiorización o “estatutarización” del régimen local. A este respecto, destacan las tesis de los profesores FONTYVELASCO CABALLERO¹⁶, quienes se muestran a favor de reducir la densidad de las bases estatales del régimen local, apoyándose en una interpretación revisada de la jurisprudencia del TC, la Carta Europea de la Autonomía Local y en las Recomendaciones del Consejo de Europa. Pero mientras para FONT¹⁷ la densidad normativa debe pasar a engrosar las competencias autonómicas sobre régimen local recogidas en los nuevos Estatutos de Autonomía, para VELASCO dichas competencias no deberían ser asumidas *ad sidera*, por vía estatutaria, sobre todo cuando se emplea para establecer asimetrías competenciales en materia de régimen local entre las CCAA siendo así que las Entidades locales forman parte de la organización territorial del Estado como ha afirmado el TC, y por tanto, en sentido administrativo, también de las CCAA, con la subsiguiente obligación de que toda la legislación también la estatutaria debe respetar las competencias estatales básicas sobre régimen local. Como manifiesta SÁNCHEZ SÁEZ¹⁸ la interiorización debe estar limitada a las cuestiones no básicas. Además, sería deseable que las bases estatales sobre régimen local adelgazaran, aunque en la actual situación, el aumento de competencias estatutarias sobre régimen local se expone a una confrontación

16. Vid. “El gobierno locales la reforma de los Estatutos: Estatutos de Autonomía, Leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho local”, *Anuario del gobierno local*, 2005, págs. 121- 152. Asimismo en “Autonomía municipal”, en *Autonomía municipal, Administración y regulación económica, Títulos Académicos y profesionales*, Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 41-76

17. Font i Llovet, T. “El gobierno local en la reforma del Estado de las Autonomías”, *Anuario del Gobierno local*, nº 1 2004, págs. 13-40; “Estado autonómico y gobierno local: el inicio de un nuevo ciclo” *Anuario del Gobierno Local* nº 1 2005, págs. 13-28; “El Govern local en el nou Estatut d’Autonomia”, *Activitat parlamentaria*, nº 12, 2007, pág. 21-30.

18. Seguimos a Sánchez Sáez, A.J *Autonomía local y descentralización. Su naturaleza jurídica*, Titant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 82-113.

con la LBRL. Al traspasar las competencias estatales sobre régimen local a las CCAA mecánicamente por vía estatutaria lo que ocurre como gráficamente ha expuesto SÁNCHEZ SÁEZ es que la Administración local cambia de dueño, cuando lo necesario sería que la reducción de las bases estatales redundara en un aumento de la autonomía política local. Para Francisco VELASCO los Estatutos de Autonomía se impondrán sobre la LBRL actual o reformada, ya que estima que las CCAA tienen capacidad para regular exclusivamente todo el régimen local, vista la insuficiencia del título competencial estatal del art. 149.1.18CE para regular con plenitud el régimen local, pues se limita a las cuestiones comunes a todas las Administraciones públicas sin alcanzar ni cubrir las especialidades propias del régimen local, salvo las propias bases del régimen local. No obstante, en punto a esta legitimación de las asimetrías competenciales sobre régimen local asumibles por vía estatutaria consagrada por Velasco Caballero, se alza la postura de ORTEGA ALVAREZ¹⁹ quien considera que la tensión competencial no debe fijarse entre Estatutos–Ley Básica, sino entre Constitución y Estatutos de manera que esa asimetría se limitaría a los supuestos previstos en la CE: si el Estatuto no ocupase todo el campo competencial que se le permite constitucionalmente, el Estado en virtud de la cláusula residual a su favor, ampliaría sus competencias en esa CCAA, aunque dichas competencias no pudiesen tildarse de básicas; 2 Si el Estado no ocupase en su norma básica todo el hipotético campo acotado por la CE, sí podrá el Estatuto ocuparse de ese espacio, atribuyéndole a la CCAA esas competencias en virtud de su desarrollo legislativo; 3 cuando los Estatutos pretendan reducir la sustancia básica de una Ley para integrarla en las competencias autonómicas se vulnera la CE, pues la simetría sólo está consentida más allá de las bases del Estado, que son indisponibles por vía estatutaria.

b) Las formas de gestión de los servicios públicos locales en los Estatutos de Autonomía reformados.

En este lugar, se trata de examinar su incidencia concreta sobre las “formas de gestión de los servicios públicos locales”, por lo que nos limitaremos a un sencillo repaso por orden cronológico para enmarcar las formas de gestión de los servicios públicos locales en la reforma de los Estatutos de Autonomía.

19. Ortega Alvarez, L. “El reparto constitucional de competencias. Legislación básica y Estatutos de Autonomía”, en *Reformas Territoriales*, AAVV, edit Pablo Iglesias, 2006, págs. 104 y ss.

La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana aprobada por LO 1/2006, de 10 de abril, no contiene un listado de competencias locales, ni, por ende, una referencia explícita a las formas de gestión de los servicios públicos locales. El art. 49 dispone que la Generalidad tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: “8ª Régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el nº 18 del apartado I del art. 149 de la CE. Alteraciones de los términos municipales y toponímicos”. Por su parte en el Título VIII dedicado a la Administración local, el art. 63 proclama en el apartado I: “Las entidades locales comprendidas en el territorio de la Comunitat Valenciana administran con autonomía los asuntos propios, de acuerdo con la Constitución Española y este Estatuto”; y “4. La legislación de Les Corts fomentará la creación de figuras asociativas entre las administraciones públicas para mejorar la gestión de los intereses comunes y para garantizar la eficacia en la prestación de servicios”.

El Estatuto reformado contiene asimismo, una referencia expresa a la futura promulgación de una Ley de Régimen local de la Comunidad Valenciana, y también prevé la delegación y la descentralización de competencias en favor de los Ayuntamientos en el art. 64²⁰.

La LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Catalana, parte de una nueva clasificación competencial en el art. 110. En el caso catalán y siempre desde la perspectiva del tema que nos ocupa, es decir las formas de prestación de actividades y servicios por los entes locales, el art. 160.1 atribuye a la Generalidad de Cataluña la competencia exclusiva en materia de régimen local que respetando el principio de autonomía local, incluye: “b la determinación de las competen-

20. El art. 64 dispone: “1. Los Municipios estarán regidos por Ayuntamientos de carácter representativo, elegidos por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, como establezca la Ley. En el marco de la legislación básica del Estado, Les Corts aprobarán la Ley de Régimen Local de la Comunitat Valenciana. 2. Les Corts impulsarán la autonomía local, pudiendo delegar la ejecución de las funciones y competencias en aquellos Ayuntamientos y entes locales supramunicipales que, por sus medios, puedan asumirlas, asegurando la debida coordinación y eficacia en la prestación de los servicios.

La distribución de las responsabilidades administrativas entre las diversas administraciones locales ha de tener en cuenta su capacidad de gestión y se rige por el principio de subsidiariedad, de acuerdo con lo que establece la Carta europea de la autonomía local y por el principio de diferenciación, de acuerdo con las características que presenta la realidad municipal. Mediante ley de Les Corts se procederá a la descentralización en favor de los Ayuntamientos de aquellas competencias que sean susceptibles de ello, atendiendo a la capacidad de gestión de los mismos. Esta descentralización irá acompañada de los suficientes recursos económicos para que sea efectiva”.

cias y potestades propias de los municipios y de los demás entes locales en los ámbitos especificados por el art. 84 y c) régimen de los bienes de dominio público comunales y patrimoniales y las *modalidades de prestación de los servicios públicos*”.

Por su parte, el título dedicado al Gobierno local contiene un listado de competencias locales en el art. 84.2²¹, disponiendo que la distribución de las responsabilidades administrativas en tales materias entre las distintas Administraciones locales se rige por las Leyes aprobadas por el Parlamento teniendo en cuenta su capacidad de gestión, el principio de subsidiariedad, de acuerdo con lo establecido por la Carta Europea de la Autonomía Local, el principio de diferenciación, de acuerdo con las características que presenta la realidad municipal, y el principio de suficiencia financiera (art. 84.3). Entre tales competencias queremos destacar el apartado c) “*La ordenación y la prestación de servicios básicos a la comunidad*”.

Asimismo, el art. 87.3 subraya la potestad normativa local al prever que: “Los municipios tienen potestad normativa, como expresión del principio democrático en que se fundamentan, en el ámbito de sus competencias y en los otros sobre los que se proyecta su autonomía”.

21. El art. 84.2 dispone: “Los gobiernos locales de Cataluña tienen en todo caso competencias propias sobre las siguientes materias en los términos que determinen las leyes: a) La ordenación y la gestión del territorio, el urbanismo y la disciplina urbanística y la conservación y el mantenimiento de los bienes de dominio público local. b) La planificación, la programación y la gestión de vivienda pública y la participación en la planificación en suelo municipal de la vivienda de protección oficial. **c) La ordenación y la prestación de servicios básicos a la comunidad.** d) La regulación y la gestión de los equipamientos municipales. e) La regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los locales de concurrencia pública. La coordinación mediante la Junta de Seguridad de los distintos cuerpos y fuerzas presentes en el municipio. f) La protección civil y la prevención de incendios. g) La planificación, la ordenación y la gestión de la educación infantil y la participación en el proceso de matriculación en los centros públicos y concertados del término municipal, el mantenimiento y el aprovechamiento, fuera del horario escolar, de los centros públicos y el calendario escolar. h) La circulación y los servicios de movilidad y la gestión del transporte de viajeros municipal. i) La regulación del establecimiento de autorizaciones y promociones de todo tipo de actividades económicas, especialmente las de carácter comercial, artesanal y turístico y fomento de la ocupación. j) La formulación y la gestión de políticas para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. k) La regulación y la gestión de los equipamientos deportivos y de ocio y promoción de actividades. l) La regulación del establecimiento de infraestructuras de telecomunicaciones y prestación de servicios de telecomunicaciones. m) La regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes. n) La regulación, la gestión y la vigilancia de las actividades y los usos que se llevan a cabo en las playas, los ríos, los lagos y la montaña”.

La LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears del tema que nos ocupa interesa destacar de una parte el art. 14 y de otra, el art. 75 dedicado a los municipios y demás entidades locales.

En efecto, el art. 14.2 consagra el derecho a gozar de servicios públicos de calidad, bajo la rúbrica genérica del precepto *Derechos en relación con las Administraciones Públicas*. Se trata pues de una acertada referencia expresa a la calidad en la prestación de actividades y servicios por parte de la Administración en general.

El Título III de las competencias se inaugura con art. 30 dedicado a la lista de competencias exclusivas sin perjuicio del art. 149.1 CE. Entre éstas, respecto al régimen local en apartado 2 sólo recoge alteración de los términos municipales y denominación oficial de los municipios y topónimos. Por su parte, el art. 31 en sede de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado enumera en el nº 13 el Régimen local. No contiene el Estatuto balear una lista de competencias locales, pero sí formula una cláusula general negativa o residual de competencias en el último párrafo del art. 75.4 en los siguientes términos: “Los municipios tienen en el ámbito de este Estatuto y de las Leyes, libertad plena para el ejercicio de su iniciativa en cualquier materia que no esté excluida de su competencia o atribuida en exclusiva a otra Administración o autoridad”.

Por último, el Estatuto de Illes Balears contiene una referencia expresa a la aprobación de una Ley autonómica de régimen local²² y que el municipio de Palma tenga una Ley de capitalidad especial.

En definitiva, renuncia a la consagración estatutaria de un listado mínimo de competencias y de materias, por lo que tampoco comprende una alusión expresa a las formas de gestión de los servicios públicos locales.

La LO 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, sigue la estela del modelo catalán entre otros, respecto de la cuestión principal, auténtica nervadura de la reforma, relativa a la nueva clasificación y definición de las competencias autonómicas en el art. 42.

22. “8. El Parlamento de las Illes Balears, en el marco de la legislación básica del Estado, aprobará una Ley de Régimen local para las Illes Balears que tendrá en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, geográficas, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión que tiene los municipios, así como las competencias de cooperación local asumidas por los Consejo Insulares”.

Bajo estas nuevas coordenadas, el art. 60 respecto del Régimen local establece:

“I. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el artículo 149.1.18.^a de la Constitución y el principio de autonomía local, incluye²³:

a) Las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales.

b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el Título III.

c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y *las modalidades de prestación de los servicios públicos*.

d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, el funcionamiento y el régimen de adopción de acuerdos de todos estos órganos y de las relaciones entre ellos.

e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.

f) La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, con la excepción de los constitucionalmente garantizados”.

Así pues destaca el EA para Andalucía como una materia expresamente incluida en la materia de régimen local propia de la Comunidad Autónoma las modalidades de prestación de los servicios públicos.

Por su parte, en el Título III dedicado a la organización Territorial de la Comunidad Autónoma, el EA para Andalucía consagra un precepto dedi-

23. Se trata pues, en puridad, de una competencia compartida. Asimismo ex art. 89 dedicado a la estructura territorial cuyo apartado 2 dispone: “La Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones locales ajustarán sus relaciones a los principios de información mutua, coordinación, colaboración y respeto a los ámbitos competenciales correspondientes determinados en el presente Estatuto, en la legislación básica del Estado y en la normativa autonómica de desarrollo, con plena observancia de la garantía institucional de la autonomía local reconocida por la Constitución y por la Carta Europea de la Autonomía Local”.

cado a las competencias propias de los municipios en el art. 92²⁴. El apartado 2 recoge un listado de competencias propias entre las que destaca la letra d): “*Ordenación y prestación de los siguientes servicios básicos: abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros*”.

Por último, destacar que el EA para Andalucía contiene dos reservas de Ley en esta materia: de una parte, en el art. 93 para la transferencia y delegación de competencias en los Ayuntamientos²⁵, y de otra parte, a una Ley de régimen local en el art. 98²⁶.

La LO 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. El art. 70.1 proclama que corresponde a la Comunidad Autónoma

24. El art. 92 EA para Andalucía dispone: “1. El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad.

2. Los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes: a) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística. b) Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial. c) Gestión de los servicios sociales comunitarios. e) Conservación de vías públicas urbanas y rurales. f) Ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas. g) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del patrimonio histórico y artístico andaluz. h) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública. i) La regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública. j) Defensa de usuarios y consumidores. k) Promoción del turismo. l) Promoción de la cultura, así como planificación y gestión de actividades culturales. m) Promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público. n) Cementerio y servicios funerarios. ñ) Las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes”.

25. Art. 93.1 proclama: “Por ley, aprobada por mayoría absoluta, se regulará la transferencia y delegación de competencias en los Ayuntamientos siempre con la necesaria suficiencia financiera para poder desarrollarla y de acuerdo con los principios de legalidad, responsabilidad, transparencia, coordinación y lealtad institucional, quedando en el ámbito de la Junta de Andalucía la planificación y control de las mismas”.

26. El precepto dispone: “1. Una ley de régimen local, en el marco de la legislación básica del Estado, regulará las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales, así como cuantas materias se deduzcan del artículo 60.

2. La ley de régimen local tendrá en cuenta las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión de los distintos entes locales”.

las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas sobre las materias incluidas en el presente título (V), que ejercerá respetando lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto. Así, el art. 71 dedicado a las competencias exclusivas dispone:

“1. En el ámbito de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá la potestad legislativa, la potestad reglamentaria la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, respetando lo dispuesto en los arts. 140 y 149.1 de la Constitución. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias:

5ª En materia de régimen local, la determinación de las competencias de los municipios y demás entes locales en las materias de las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón; el régimen de los bienes locales y *las modalidades de prestación de los servicios públicos locales*, así como las relaciones para la cooperación y colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad de Aragón.

Asimismo, incluye la determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Comunidad Autónoma y su régimen electoral”.

Por su parte, el art. 82 dedicado al municipio²⁷ renuncia a un listado mínimo de competencias y materias de titularidad local. El apartado 3 simplemente dispone que: “*El presente Estatuto garantiza a los municipios la autonomía para el ejercicio de sus competencias propias y la defensa de los intereses de la colectividad que representan*”.

La LO 14/2007, de 30 de noviembre, que aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León El art. 43 en el seno de la organización territorial proclama en el apartado 2 que “Las entidades locales de Castilla y León se regirán por los principios de autonomía, suficiencia financiera, competencia, coordinación, cooperación, responsabilidad, subsidiariedad y lealtad institucional”.

El art. 45 del EA dispone que: 1. Los municipios tienen las competencias propias que se establecen por la legislación básica del Estado y la de la Comunidad Autónoma. Dichas competencias se ejercen con plena

27. El art. 87 prevé una ley de capitalidad para Zaragoza.

autonomía. 3. Los municipios tienen capacidad para ejercer su iniciativa en toda materia de interés local que no esté expresamente excluida de su competencia o atribuida a otras Administraciones por la legislación del Estado o de la Comunidad Autónoma”.

Prevé una Ley de gobierno y Administración local, en el art. 49 en el marco de la legislación básica del Estado y del presente Estatuto²⁸. Asimismo, establece en el art. 50 una reserva de Ley, aprobada por mayoría absoluta, de transferencia y delegación de competencias de la Comunidad a los entes locales.

Contempla el art. 70 en el marco de las competencias exclusivas, en el apartado 4º “Organización territorial de la Comunidad. Relaciones entre las instituciones de la Comunidad y los entes locales y regulación de los entes locales creados por la Comunidad, en los términos previstos en el presente Estatuto”. Por su parte, el art. 71.1.1º cita el régimen local entre las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. No contiene pues, listado de competencias de titularidad local, ni por consiguiente, referencia expresa a las modalidades de prestación de los servicios locales.

Por último, vamos a hacer una referencia a la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias 127/000007, BO Congreso de los Diputados serie B Proposiciones de Ley 22 de septiembre de 2006

La Propuesta de Reforma sigue la estela de los Estatutos de Cataluña y Andalucía al incorporar análoga redefinición de las clases de competencias en los arts. 64, 65 y 66²⁹.

28. En dicha regulación se contemplarán las entidades locales menores, así como las comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios y otras agrupaciones de entidades locales de carácter funcional y fines específicos. La creación en cada caso de áreas metropolitanas se efectuará mediante Ley específica de las Cortes de Castilla y León, así como el Consejo de Cooperación local de Castilla y León (art. 51 del Estatuto).

29. El art. 64 dedicado a las competencias exclusivas dispone: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Corresponde únicamente a la Comunidad Autónoma de Canarias el ejercicio de estas potestades y funciones, mediante las cuales puede establecer políticas propias. 2. El Derecho propio de Canarias, en materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias, es el aplicable en su territorio con preferencia sobre cualquier otro”.

Por su parte, define como competencias compartidas art. 65: “1. En las materias que el Estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias de forma compartida con el Estado, le corresponde la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de

Por su parte, el art. 74 contempla el régimen local como una competencia compartida de la Comunidad Autónoma de Canarias que incluye, en todo caso:

- a) Las relaciones entre las instituciones autonómicas, insulares y locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre las mismas, incluyendo las distintas formas asociativas, de mancomunicación, convencionales y consorciales.
- b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por la disposición adicional novena.
- c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y *las modalidades de prestación de los servicios públicos*.
- d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales supramunicipales y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos.
- e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.
- f) La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Comunidad Autónoma de Canarias, con la excepción de los constitucionalmente garantizados³⁰.

ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma de Canarias puede establecer políticas propias". El art. 66 Competencias ejecutivas: Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en el ámbito de sus competencias ejecutivas, la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado, así como la función ejecutiva que, en todo caso, incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública".

30. El apartado 2 de este mismo precepto dispone: 2. Le corresponden a la Comunidad Autónoma de Canarias las competencias compartidas sobre haciendas locales y tutela financiera de los entes locales, sin perjuicio de la autonomía de éstos". Por su parte, el art. 72 consagrado a la organización territorial dispone que: "Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, respetando la garantía institucional establecida por la Constitución en los artículos 140 y 141, la competencia exclusiva sobre organización territorial, que incluye en todo caso: a) La creación, la supresión y la alteración de los términos tanto de los municipios como de las entidades locales de ámbito territorial inferior; la denominación, la capitalidad y los símbolos de los municipios y de las demás entidades locales; los topónimos y la determinación de los regímenes especiales. b) El establecimiento mediante ley de procedimientos de relación entre las entidades locales y la población, respetando la autonomía local".

De este sucinto repaso por los EA reformados destacan como diferencia fundamental de una parte, aquellos que contemplan el régimen local como una competencia exclusiva autonómica, en el marco de una nueva definición de las clases de competencias. Asimismo, consideramos una opción acertada y acorde con la Carta Europea de la autonomía local aquellos EA que han incluido una lista de competencias propias locales al máximo nivel, amén de la cláusula negativa residual, pues constituye una garantía de un núcleo mínimo propio de competencias de titularidad local. A ello se añade que para el tema que nos ocupa, algunos EA aluden de manera expresa a las modalidades de prestación de los servicios públicos como materia propia del régimen local. A este respecto, el EA de Cataluña y el EA para Andalucía han incorporado de manera expresa dentro del régimen local la noción de “servicios básicos” entre el núcleo irreductible de competencias locales. Pero mientras que el EA de Cataluña no señala cuáles son los servicios que considera esenciales, la LO 3/2007 enumera en el art. 92.2 como servicios básicos de los Ayuntamientos andaluces en los términos que determinen las leyes los siguientes:

“d) la ordenación y prestación del abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales, alumbrado público, recogida y tratamientos de residuos, limpieza domiciliaria, prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros”.

Fácilmente se desprende que el EA para Andalucía en este apartado incorpora dentro de las competencias locales lo que en el art. 26 LBRL³¹ son servicios mínimos de prestación obligatoria en función de la población, así como algunos servicios reservados a tenor del art. 86.3LBRL³².

31. En efecto, el art. 26 LBRL dispone: “Los municipios por sí o asociados deberán prestar en todo caso, los servicios siguientes:

a) En todos los municipios: Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

b) En los Municipios con población superior a 5000 habitantes, además: Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente”.

32. El art. 86.3 LBRL dispone: “Se declara la reserva a favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte

En puridad, la noción de servicios básicos como competencia propia de los Ayuntamientos de Andalucía constituye una mixtura, una especie de híbrido de los servicios mínimos obligatorios y de algunos servicios reservados en los arts. 26 y 86.3 LBRL. La singularización de los denominados servicios básicos suscita sin embargo algunas dudas: en primer lugar, la más elemental cuestión de si la noción de “servicio básico” tiene una entidad y significación jurídica propia. Estimamos que no, pues tampoco tiene consecuencias jurídicas en cuanto a su naturaleza toda vez que no dejan de ser competencias que el EA reformado reconoce a favor de los entes locales y blindada frente al propio legislador autonómico. Desde esta perspectiva, entendemos que no hay diferencia con respecto al resto de las competencias que se prevén a favor de los Ayuntamientos en el art. 92.2. La misma conclusión nos lleva el examen del EA de Cataluña, aunque en el caso catalán la norma institucional básica no enumera cuáles son los servicios que tienen dicha consideración lo que ofrece como ventaja que evita su petrificación, pues estos pueden evolucionar y cambiar con el tiempo, además de no entrar en una posible confrontación con la futura Ley Básica de Régimen local que en aras de la igualdad pudiera citar algunos servicios como competencia irreductible, estándar mínimo de autonomía en todos los Ayuntamientos de España en aras de preservar la igualdad básica de todos los ciudadanos cualquiera que sea el lugar donde residan. Así pues, la única trascendencia jurídica que puede tener la noción de servicios básicos es desde su puesta en relación con la igualdad de las condiciones básicas de los ciudadanos respecto de los servicios que recibe de los entes locales. Desde este punto de vista se configuraría como una suerte de servicios mínimos comunes para todos los entes locales. De ahí el juego de núcleo mínimo para asegurar la igualdad de las condiciones básicas de la Ley estatal diseñaría un conjunto de actividades y servicios fundamentales a los que la legislación autonómica de régimen local puede añadir otros. No obstante esto será una cuestión a desarrollar por el legislador autonómico de régimen local.

Además, en materia de servicios públicos locales, el desarrollo estatutario del régimen local ha de encarar entre otras, como cuestión técnica esencial la delimitación entre servicios públicos, actividad económica y servicios regulados, en aras de terminar con la actual confusión y dotando

público de viajeros. El Estado y las Comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios”.

a cada uno de un procedimiento propio en consonancia con el art. 128.2 CE. Este elemental asunto ha de abordarse a la vez teniendo en cuenta el Derecho comunitario y sus prescripciones.

III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y SUS MODOS DE GESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL. PROPUESTAS DE REFORMA.

Como ya se ha señalado, el propio concepto de servicio público local que maneja la LBRL está necesitado de *aggiornamento*, dado que la privatización y liberalización ha transformado el concepto clásico subjetivo de servicio público por la noción de servicio universal y de las obligaciones de servicio público o servicios de interés general según la jerga comunitaria. Este fenómeno ha supuesto asimismo un cambio en el papel de la Administración local que ha de tener potestades ordenadoras y de control sobre tales actividades cuya satisfacción ha de garantizar en niveles de universalidad, regularidad y calidad.

La reforma del art. 85 LBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas de Modernización del Gobierno local (LMMGL) se ha caracterizado por su inmovilismo y las escasas novedades en materia de gestión de servicios públicos. En concreto, por lo que se refiere a los servicios públicos locales se afirma una nueva clasificación de las diversas formas de gestión, que no resulta ser tal, toda vez que el art. 85 continúa con la tradicional división entre modalidades directas e indirectas de gestión. La Ley se limita a incorporar como modalidad de gestión directa la fórmula de entidad pública empresarial para el ámbito local.

También proclama “*una regulación sustancial necesaria de los Organismos Autónomos y sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo reguladas parcialmente en normas reglamentarias*”. Mas en puridad, y por lo que respecta a la fórmula societaria mercantil tal regulación sustantiva no existe, pues el art. 85 ter LBRL viene a transcribir casi literalmente la DA Duodécima de la LOFAGE en la redacción dada por la DF Primera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

La escasa entidad de las novedades se explican porque la reforma de los servicios locales y sus formas de gestión tienen como presupuesto una definición positiva de las competencias locales desde un reforzamiento de

la autonomía local constitucionalmente garantizada que han de ensamblarse con las modificaciones estatutarias y, un *aggiornamento* obligado de las actividades de las entidades locales y desde luego de la noción de servicio público como categoría. En cambio, el reformado art. 85 LBRL continúa con las viejas categorías.

En otro orden de cosas, la modificación del concepto de servicio público en el art. 85.I LBRL aparece de manera descontextualizada. El precepto dispone que son servicios públicos locales “*los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias*”. Esta redacción parece que ha restringido la noción de servicio público frente a la anterior que disponía: “*son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales*”. Podría entenderse que la noción de servicio público empleada por el legislador en el art. 85.I hace referencia a actividades de competencia y titularidad de la Administración local. Es decir, en sentido estricto servicio público al que se somete al régimen de limitaciones que se imponen tanto en la creación como en sus formas de gestión, distinguiéndolas de las actividades correspondientes a la libre iniciativa económica sometidas por imperativo constitucional a un régimen de igualdad con la iniciativa privada y sin otras limitaciones que el cumplimiento de la concurrencia y la igualdad. Mas la modificación del art. 85.I no ha venido acompañada de la reforma del resto de los preceptos de la legislación local donde se maneja el concepto de servicios públicos locales como equivalente a actividad local con independencia del régimen jurídico de Derecho administrativo o de Derecho privado, así como de su titularidad. Por consiguiente, la modificación del art. 85.I LBRL en sentido de restringir la noción de servicio público local carece de toda virtualidad y no permite extraer ninguna consecuencia jurídica clarificadora al continuar en particular el art. 25.I LBRL disponiendo que: “*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*”.

Todo ello es tributario, una vez más, del deficiente esquema competencial de la LBRL que, como es sabido, se caracteriza por la ausencia de un listado de competencias locales y una remisión al legislador sectorial estatal o autonómico para atribuir competencias en el elenco de materias de interés local que enumera el art. 25.2LBRL. Por otro lado, la LBRL en el art. 26 establece una serie de servicios mínimos de prestación obligatoria para los municipios según la población. A pesar de estar con-

figurados como un deber de prestación frente al ciudadano lo cierto es que ante la ausencia de un listado de competencias se han considerado tales “servicios mínimos” como equivalentes a competencias mínimas de titularidad las entidades locales. Mas en puridad, incluso con esta interpretación correctora la índole de dicha competencia es “menor” pues se trata sólo y exclusivamente de una competencia de mera gestión, sin poderes de regulación u ordenación lo que imposibilita el diseño de una política municipal sobre tales actividades. En cualquier caso, los servicios mínimos obligatorios del art. 26LBRL han cumplido su función, resultado de la interpretación correctora de la LBRL, ante la ausencia de un listado de competencias locales propias en LBRL por lo que hay que plantear su virtualidad en la actualidad. Consideramos que la futura Ley básica de Gobierno y Administración local debe reducir al mínimo dichos servicios de prestación obligatoria, como estándar mínimo de autonomía local y desde la perspectiva de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos. Asimismo, habría que poner en cuestión el criterio de graduación en función sólo de la población, y descender más en el reconocimiento de la diversidad de la realidad local. En definitiva, corresponde a la legislación autonómica de régimen local en las CCAA que han asumida el régimen local y esta materia como competencia exclusiva la regulación de los servicios mínimos, sus criterios de graduación, teniendo como presupuesto que constituyen competencias propias de titularidad local.

a) La “lofagización” de la actual regulación de las formas de gestión del los servicios públicos locales en LBRL.

La LBRL modificada por LMMGL ha supuesto la incorporación a nivel local de la clasificación que de los organismos públicos ha realizado la LOFAGE. Esta opción viene a confirmar que el Título III de la Ley 6/1997 debería haber tenido la calificación de legislación básica en virtud del art. 149.1.18CE. En definitiva, la finalidad de la reforma ha sido uniformar las modalidades organizativas instrumentales a imagen y semejanza de la LOFAGE, pero desde perspectivas distintas. Pues mientras que la LOFAGE se sitúa en el Título III desde la vertiente de las modalidades de organización de la Administración institucional del Estado, en definitiva, la teoría de la organización, en cambio los arts. 85, 85 bis y 85 ter se posicionan exclusivamente desde la más estrecha perspectiva necesitada de superación de las modalidades de gestión de los servicios públicos. Esta perspectiva más encorsetada de la normativa local tributaria de épocas y coyunturas pasadas provoca algunas confusiones en particular por lo que se refiere a

la necesidad de seguir o no el denominado *expediente de municipalización* que desgrana el art. 97 TRRL³³ en todos sus trámites, para todo tipo de actividades, también para la prestación de servicios públicos locales *estricto sensu*, incluidos los servicios mínimos obligatorios del art. 26 LBRL y los reservados (art. 86.3 LBRL), o sólo para el ejercicio de la iniciativa pública en la economía.

El TS tras mantener primero criterios dispares sostiene a partir de la sentencia de 1 de febrero de 2002 (Arz. 1590) que la creación de empresas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales exige asimismo un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida³⁴. Cabalmente, exige en todos los supuestos la tramitación del expediente de municipalización.

Asimismo, y centrados en el tema que nos ocupa, la duda se arrastra y se traslada al procedimiento de creación y aprobación de los estatutos de las modalidades de gestión personificadas suscitando varias preguntas: ¿Es preciso seguir el expediente de municipalización?, ¿en todos los casos?,

33. El precepto dispone: "1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere: a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico. b) Redacción por dicha Comisión de una Memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicables a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones. c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.

2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidas a la conveniencia del régimen de monopolio, si bien el acuerdo a que se refiere el apartado d) deberá ser adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses (...)"

34. En el pleito se discutía si la creación de una sociedad mercantil municipal, -en el caso la Sociedad Municipal Residuos Sólidos Urbanos, SL-, que tenga por objeto un servicio público local esencial, como sostenía el Ayuntamiento de Marbella, implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 CE y, en consecuencia, exige como presupuesto, la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida a que se refiere el art. 86.1 LBRL y 97 TRRL.

¿se superpone éste al procedimiento de aprobación de las normas reglamentarias en el ámbito local? Mas a este respecto, la LBRL guarda silencio. Las dudas que aquí se concitan traen causa en la persistencia del empleo del anacrónico concepto de *municipalización* y *provincialización*, del uso de la expresión de servicios públicos locales como equivalentes a actividades municipales abstracción hecha de si se trata de la manifestación de la iniciativa pública en la economía, y de su regulación bajo el rótulo común de las formas de gestión de los servicios públicos. En efecto, en terminología del Decreto de 17 de junio de 1955 que aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) todavía en vigor en los arts. 45.1 y 47.1 se denominan municipalización y provincialización a la potestad de iniciativa pública en la economía de los municipios y provincias respectivamente, ya sea en régimen de concurrencia o de monopolio. Por eso, es de gran acierto la Exposición de Motivos de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Normas reguladoras de la Administración Local de Aragón cuando declara que: *“En materia de servicios y actividad económica, la Ley sigue las orientaciones establecidas en la legislación básica estatal, pero simplifica el régimen de la iniciativa local en materia económica, prescindiendo del equívoco concepto de municipalización y provincialización, que tuvo su razón de ser en un momento histórico y con un marco jurídico, en los que la iniciativa económica local tenía carácter excepcional. No tiene ahora sentido, cuando dicha iniciativa está recogida en el art. 128.2 de la Constitución y en la legislación básica estatal de régimen local. La distinción que hoy debe mantenerse es la existente entre servicios o actividades en régimen de libre competencia y en régimen de monopolio”*.

La exportación del régimen estatal a la Administración local lleva aparejado el traslado de las virtudes, pero también de los defectos del régimen de los organismos públicos efectuado por la LOFAGE. En nuestra opinión, en el haber de la traslación del modelo estatal se encuentra el criterio de racionalización aportado por la LOFAGE consistente en el establecimiento de una correspondencia entre forma jurídica elegida y fin o actividad como límite a la discrecionalidad de la Administración en la elección de los ropajes jurídicos, pues cabalmente constituye un elemento esencial en aras de diferenciar desde una punto de vista material la fórmula del Organismo Autónomo de la Entidad pública empresarial local. Baste decir ahora que a tenor del art. 45.1 LOFAGE la fórmula del OA ha de ser utilizada para la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos. En cambio, las actividades propias de las

Entidades públicas empresariales (EPES) a tenor del art. 53 LOFAGE son la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Asimismo, la LOFAGE ha contribuido a fijar con nitidez los límites de la Administración institucional, quedando extramuros las sociedades mercantiles públicas que, al no ser Administración pública, no pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad (DA Duodécima LOFAGE). De ahí que con acierto el art. 85.3 LBRL reformado por LMMGL disponga: “En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”³⁵. Es decir, deben ser utilizadas para la prestación de actividades comerciales o industriales.

En cambio, en el debe o lista de desaciertos de la LOFAGE se encuentra la significativa ausencia de las fundaciones, cuya omisión se reproduce en el ámbito local, entre las modalidades de gestión de los servicios públicos locales. Hay que tener en cuenta que el art. 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones contiene una habilitación legal genérica en el art. 8 para que las personas jurídico-públicas constituyan fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario. Además, el Capítulo XI de la Ley lleva a cabo una regulación específica para las denominadas “*Fundaciones del sector público estatal*”. Por todo ello, ninguna duda cabe de que las Entidades locales pueden crear y participar en fundaciones, cuestión distinta es si pueden ser utilizadas como una modalidad de gestión de los servicios locales. En mi opinión, ninguna objeción se suscita para ello, -de hecho ya se prevé así en alguna norma autonómica- aunque la legislación local ha de contemplar las especialidades de la utilización de esta fórmula de Derecho privado por la Administración local, en particular su régimen de control. De ahí el acierto de contemplar las fundaciones locales por el art. 77 del APLGAL (2006)³⁶.

35. Precepto que conlleva la necesidad de aclarar la situación de determinadas empresas de capital exclusivo local que realizan la gestión del sistema tributario, utilizando fórmulas de dudosa legalidad por medio del artificio técnico de considerar a la empresa como un ente de cooperación del tesorero en el ejercicio de sus funciones públicas, así como actos de inspección en el caso de sociedades municipales de abastecimiento de aguas o resolución de expedientes de desahucio administrativo en sociedades promotoras de viviendas sociales.

36. Precepto dispone que: “Las entidades locales sólo podrán constituir fundaciones o participar en ellas para el desarrollo de actividades científicas, educativas, culturales, sociales benéficas o de índole similar”.

No obstante, y con respecto a los Organismos Autónomos y Entidades públicas empresariales debe denunciarse el excesivo detalle del art. 85bis, toda vez que llega a determinar de manera pormenorizada y con carácter básico el contenido obligatorio de los estatutos de los Organismo Autónomos locales y Entidades Públicas Empresariales locales. Se constata una duda fundada de inconstitucionalidad por invasión de competencias autonómicas sobre régimen local (en clara contradicción con los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz reformados), así como vulneración de la autonomía local en su manifestación más primaria, la potestad autoorganizatoria. Esto se ha traducido en la admisión de sendos recurso de inconstitucionalidad contra la LMMGL al calificar en la DF Primera el art. 85 bis de básico, pues, como afirmo el Consejo Consultivo de Cataluña en su Dictamen 261 de 17 de febrero de 2004 el legislador estatal es competente para dictar las bases del régimen local, pero sin desconocer el margen regulador del legislador autonómico, ni de la potestad autoorganizatoria local. Dentro de las bases, el legislador estatal puede establecer las formas de gestión de prestación de los servicios públicos, pero debe dejar la regulación de los contenidos no básicos de cada una de las modalidades al legislador autonómico³⁷. En este sentido, puede optar el legislador autonómico de régimen local por adoptar la terminología de sus propios organismos públicos o administración institucional, como por ejemplo en

37. Hay tres recursos de inconstitucionalidad acumulados y admitidos ante el TC contra la LMMGL que afectan al art. 85bis LBRL: recurso de inconstitucionalidad nº 1523-2004 promovido por el Parlamento de Cataluña que en sesión celebrada el 25 de febrero de 2004 acordó interponer recurso de inconstitucionalidad contra diferentes preceptos de la LBRL en redacción dada por la Ley 57/2003 y la DF Primera de esta última que declara básicos diferentes preceptos de la LBRL entre los que aquí nos importan el art 85. bis 1 y 2; recurso de inconstitucionalidad nº 1598-2004 promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña asimismo contra la DF Primera y artículo Primero de la Ley 57/2003; y, por último, recurso de inconstitucionalidad nº 1741-2004 promovido por el Gobierno de Aragón igualmente contra la DF Primera de la meritada LMMGL. Dichos recursos están pendientes de sentencia ante el TC.

El recurso de inconstitucionalidad del Parlamento catalán se sustenta en el Dictamen núm. 261 de 17 de febrero de 2004 del Consejo Consultivo de Cataluña, que considera que el citado art 85. Bis 1 primer párrafo a partir de “con las siguientes especialidades” hasta el final del apartado 1 y el art. 85 bis 2 contrarios al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y de la autonomía local. Se considera, pues, inconstitucional la exhaustiva regulación de los OAL y EPES. entiende constitucional que las formas de gestión de los servicios públicos locales sean las propias de la Administración General del Estado (LOFAGE) y el TRLCAP 2/2002, de 16 de junio, al amparo de la competencia estatal exclusiva sobre las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” del art 149.1.18CE. Mas la regulación exhaustiva del contenido estatutario de los Organismos Autónomos y Entidades públicas empresariales no deja margen al ejercicio de las correspondientes competencias autonómicas y locales.

Andalucía por amor de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de Administración de Andalucía, adoptar la terminología de agencias.

Por último, la regulación de los modos directos de gestión basada en la remisión a la LOFAGE, en la transposición en bloque del esquema estatal o “lofagización”, produce desajustes en el ámbito local. En efecto el art. 85. bis I parte de dicha remisión al prever que: “*La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los arts. 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resulte de aplicación, con las siguientes especialidades (...)*”³⁸. Este método ha supuesto la importación del esquema competencial de la Administración del Estado para los organismos públicos, en concreto las competencias del Ministro, no son trasladables en bloque al Alcalde, por lo que ha provocado desajustes que mal se compaginan con las peculiaridades de la organización local. Estimamos que el legislador básico estatal debe seleccionar los principios generales del modelo, desde la perspectiva organizativa y a plasmar su adaptación al ámbito local³⁹. Todo lo demás, corresponde al legislador autonómico.

b) Algunas propuestas para abordar la regulación de las formas de gestión de los servicios locales.

De manera prioritaria, procede establecer una clara delimitación entre servicios locales de interés general y ejercicio de la potestad de iniciativa económica. De suerte que habría que partir en su regulación de la noción de servicios locales de interés general que prestan o regulan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y aquellas prestaciones que realizan o regulan a favor de los ciudadanos bajo la habilitación de la cláusula del Estado social. Ello permite acoplar nuestra legislación al Derecho comunitario que, como se ha señalado, dentro del género servicios de interés general diferencia los servicios de interés económico general a efectos de su interacción con las normas de la competencia y del mercado interior, y los propios del Estado del bienestar o asistenciales.

38. Puede verse más ampliamente en nuestro trabajo *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, ob. cit. donde se ponen de manifiesto tales desajustes en materia de personal, poderes de dirección o control etc.

39. Martínez-Alonso Camps, LJ. “La Administración institucional en la Legislación autonómica y municipal”, *Administración Institucional*, Jiménez de Cisneros Cid (Dir.), Cuadernos de derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, pág. 189.

Acierta en la regulación el Borrador del anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y Administración local (julio 2006) cuando en el art. 74 bajo la rúbrica servicios locales establece: 1. Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y aquella otra actividad prestacional que dichas entidades realizan o regulan, en favor de los ciudadanos, bajo la habilitación legal de la cláusula de Estado social establecida en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución española. Los servicios locales de interés general garantizan a los ciudadanos la igualdad de acceso y de trato, la continuidad en la prestación y la protección de los derechos de los usuarios.

2. Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán crear servicios para el ejercicio de actividades económicas en régimen de competencia. La aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la entidad local, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

Dentro de las formas de gestión de los servicios locales de interés general hay que diferenciar los que se prestan en régimen de servicio público y en régimen de actividad reglamentada como lo hace el art. 75 APLGAL⁴⁰. En régimen de servicio público conlleva la asunción de la titularidad de la actividad o servicio con exclusión de la libre iniciativa privada. Quiere decirse que sólo los servicios locales de interés general que se prestan en régimen de servicios público (titularidad de la actividad asumida en exclu-

40. El art 75 dispone: “1. Las entidades locales pueden configurar sus servicios locales de interés general como servicio público y como servicio reglamentado. 2. Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local es la que realiza, directa o indirectamente, la actividad objeto de la prestación. En tal caso, el servicio se gestiona mediante alguna de las siguientes formas:

A) Gestión propia o directa:

a) Por la propia entidad local, con o sin órgano desconcentrado.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

e) Cualquier otra fórmula organizativa prevista en las leyes.

B) Gestión contractual o indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en las normas reguladoras de los contratos de las Administraciones Públicas.

3. Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio reglamentado cuando la actividad que es objeto de la prestación se realiza por los particulares, o por organismos públicos distintos al que tiene atribuida la competencia, sometidos a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general”.

siva por el ente local) pueden prestarse en régimen de monopolio como consecuencia del ejercicio de la potestad de reserva al sector público de servicios esenciales reconocida en el art. 128.2 segundo inciso CE y exige reserva de ley estatal o autonómica, según el reparto constitucional de competencias. Por ende, la reserva en la que consiste la noción estricta de servicio público habilita a la entidad local a prestar la actividad en régimen de monopolio, aunque no obliga a ello.

Cuando los servicios locales de interés general se presten en régimen de servicio público cabe diferenciar entre modalidades de prestación directa o por la propia entidad local y modalidades indirectas o de gestión contractual. En terminología comunitaria se califican como modalidades de colaboración público-privado contractuales (CPPC). Tienen la consideración de formas de gestión de los servicios públicos locales por la propia entidad local cuando la Administración local presta la actividad directamente por sí misma o por medio de un ente instrumental de su exclusiva dependencia y bajo su responsabilidad, sin acudir al concurso de la colaboración privada contractual. Cabalmente, se califica de prestación directa o por la propia entidad local cuando no hay contrato o externalización de la actividad por medio de la colaboración público privado contractual.

En este sentido, entendemos que entre las modalidades directas habría que contemplar expresamente la *sociedad mercantil interlocal*, es decir, aquella cuyo capital está integrado en exclusiva por el concurso de entes locales (varios municipios, municipios con Diputación provincial, etc) como manifestación de la cooperación y colaboración entre entes locales para prestar actividades y servicios de su competencia y titularidad. La fórmula hay que delimitarla adecuadamente al objeto de que se acomode al Derecho comunitario de la contratación pública y en particular a su exclusión, los denominados los negocios domésticos o in house providing. Es lo que en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público (LCSP) se denominan medios propios o servicios técnicos de la Administración en el art. 4.1.n en relación con el art. 24.6⁴¹ como negocio

41. El art. 4 LCSP dispone: "1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los

excluido de su ámbito de aplicación. La sociedad mercantil interlocal como fórmula de colaboración y de control conjunto por varios entes locales ha de cumplir cumulativamente los requisitos enunciados por el TJCE en el asunto Teckal y sus desarrollos ulteriores: ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades locales encomendantes al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios; y que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendantes en su conjunto⁴². Por ende el propio territorio como requisito de validez de la sociedad interlocal como modo de gestión directa de servicios públicos locales.

Por ello, la delimitación entre servicios de interés general e iniciativa económica local, debe traducirse en una diferenciación de procedimiento como corresponde al ejercicio de potestades que son distintas. La prestación de servicios locales en régimen de servicio público por cualquiera de las modalidades de gestión propia o directa debe hacerse por medio de un procedimiento análogo al actualmente previsto en el art. 97 TRRL,

celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174". Por su parte, el art. 24.6 establece: 6.A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n, los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas".

42. Vid ampliamente nuestro trabajo *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno local, Serie claves del gobierno local 9, Madrid-Barcelona, 2009.

es decir, expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, suprimiendo toda referencia a los decimonónicos conceptos de municipalización o provincialización de servicios.

En dicho procedimiento debe quedar ensamblada la norma que en el ejercicio de la potestad organizatoria crea y apruebe los estatutos de cualquiera de las modalidades de gestión propia personificada. En caso de aprobación en fases sucesivas, hay que tener en cuenta que los estatutos de los organismos instrumentales personificados (OA EPES Sociedad mercantil local o fundación), tienen naturaleza normativa, y por ende quedan sujetos al procedimiento de elaboración de los reglamentos locales.

Por el contrario, la potestad de iniciativa económica de los entes locales no debe quedar sujeto al mismo procedimiento, sino a uno más simplificado. La CE reconoce sin ambages la potestad de iniciativa pública económica en régimen de igualdad y libre concurrencia con la iniciativa privada en el art 128.2 primer inciso. Sus principios de actuación son la igualdad, concurrencia y no discriminación con la empresa privada, régimen que también se aplica a los entes locales. Por ello entendemos que el término municipal no constituye un requisito en el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica, esto es, del ejercicio de actividades económicas por los entes locales. Eso sería como “poner puertas al campo” de la actividad económica. El territorio es requisito de validez de la competencia, es decir, de actividades de la competencia y titularidad local, pero no del ejercicio de actividades económicas como un empresario más en el mercado, de la misma manera que de la CE no se infiere semejante límite territorial para el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica para el Estado ni para las CCAA. Por el contrario, el territorio si constituye como manifestación de la competencia requisito de validez de los modos directos de prestación de los servicios públicos locales.

Por último, habría que hacer alusión expresa a las empresas públicas locales que desde el punto de vista de la actividad encomendada tienen un objeto híbrido: actividades de mercado como manifestación de la potestad de iniciativa pública económica y actividades que constituyen servicios locales de interés económico general, para someterlas a una obligación de transparencia reforzada y de control de subvenciones cruzadas. En aras de evitar que las actividades de mercado se financien con ayudas otorgadas para la prestación de actividades de interés general, infringiendo las normas de la competencia y del mercado, quedan sujetas a la obligación

de llevanza de cuentas separadas y de las obligaciones de información en los términos de la citada Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia de las Relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas a la que ya se ha hecho referencia.

IV. AVANZAR EN LA JURIDIFICACIÓN DE LA CULTURA DE LA CALIDAD DE LAS ACTIVIDADES Y SERVICIOS LOCALES.

La calidad no es sólo una filosofía de mejora, sino una forma de gobernar, más participativa, transparente y democrática. Como afirma MERINO ESTRADA cualquier organización necesita justificarse y la Administración no escapa a esta regla. Integrada como está en el sistema político-administrativo, recibe parte de su legitimidad del propio sistema: legitimidad institucional. Otra parte la obtiene en función de la generación de rendimientos en la solución de los problemas sociales. Es una legitimación de eficiencia. A su vez, esta última influye en la propia legitimidad global del sistema político y por ello tiene cada día más importancia⁴³.

Por su proximidad, la Administración local se halla en contacto diario con el ciudadano, para quien es irrelevante, desconoce y no tiene por qué conocer, la distribución de competencias entre las diferentes Administraciones públicas. Para el ciudadano lo que importa es recibir servicios de calidad⁴⁴.

a) Interacción entre calidad y organización.

Es necesario en el actual contexto, subrayar la importancia de la calidad y su incidencia en la organización en el ámbito local. Calidad es siempre un objetivo o compromiso de mejora por encima de las exigencias legales. He propugnado la cultura de la calidad como cláusula de cierre del círculo de

43. Vid. Merino Estrada, V. "La calidad total en la Administración local. Fundamentos y Orientaciones básicas", REAL n° 291, 2003 en particular págs. 687, 688-689 "Si la competitividad es el motor que ha impulsado a las organizaciones industriales y más tarde de servicios a trabajar con calidad, lo que impulsa a la Administración Pública es la búsqueda de legitimidad, el fortalecimiento de su legitimidad por rendimientos".

44. Ello explica que se calcule en un 30% las prestaciones y servicios prestados por las entidades locales que no son de su competencia y que por tanto, carecen de financiación. Asunto que nos remitió una vez más a la primigenia cuestión competencial, pues sólo con competencias propias pueden hacerse políticas propias, y exigir responsabilidades por las mismas.

la racionalidad organizativa⁴⁵. La calidad de los servicios y sus técnicas de evaluación se erigen en parámetros de control de la discrecionalidad de la Administración en la elección de las fórmulas organizativas, al tiempo que fundamenta una parte importante de su legitimidad ante los ciudadanos. Calidad y organización se complementan recíprocamente, incidiendo sobre lo que tradicionalmente se denomina formas de gestión de los servicios públicos. Con ello queremos subrayar la búsqueda de la racionalidad organizativa desde el concepto de calidad de los servicios y actividades que la Administración presta o garantiza a los ciudadanos, toda vez que en una Administración pública moderna calidad y organización van inescindiblemente unidas, pues se condicionan y complementan recíprocamente. De suerte que una reflexión seria sobre la organización ha de tener por objetivo la calidad, así como objetivos predefinidos de calidad, han de incidir en lo organizativo.

b) Juridificación de las Cartas de Servicios.

Sin embargo, considero que desde la vertiente *ius* administrativista se puede y se debe avanzar más en la juridificación de la calidad y sus técnicas de evaluación que nos permitan completar la relación entre la calidad como fin, la organización como medio y, por último, la responsabilidad como efecto o consecuencia⁴⁶. Para ello, vamos a centrar nuestras reflexiones en las Cartas de servicios⁴⁷, que pueden entroncarse, en parte, en el art. 35.g LPAC “*derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigente impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se proponga realizar*”, es decir, con el contenido informativo de las cartas de servicios. Como señala el profesor TORNOS MAS⁴⁸ en el ámbito local las cartas de servicio han tenido una aplicación práctica destacada, al tratarse de una Administración de carácter marcadamente prestacional y muy cercana al ciudadano. Sin embargo, la legislación local general, estatal y autonómica, impone tan sólo a las

45. Vid ampliamente Montoya Martín, E. *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, iustel, Madrid 2006, págs. 69-83.

46. Corresponde a la ciencia de la Administración conocer los concretos procedimientos de elaboración, su real implantación y su real incidencia en la calidad.

47. Las Cartas de Servicios fueron producto de las políticas conservadoras para el sector público iniciadas en el Reino Unido a iniciativa del primer ministro John Major, con el objetivo de introducir en la forma de prestar los servicios públicos las técnicas del sector privado.

48. Seguimos el interesante trabajo de Tornos Mas, J. “Las Cartas de servicios”, *QDL*, nº 10, febrero de 2006, págs. 72-81.

Corporaciones locales el deber genérico de facilitar información sobre su actividad a todos los ciudadanos en el art. 69.I LBRL⁴⁹. No obstante son muchos los entes locales que han recurrido a la técnica de la carta de servicios para informar a sus ciudadanos y adoptar compromisos de calidad.

Desde esta perspectiva jurídico administrativa hay dos extremos esenciales que se plantean: a) la naturaleza jurídica de las cartas de servicios; b) contenido y consecuencias del incumplimiento total o parcial de los compromisos de calidad asumidos por la Administración, es decir, la cuestión de la responsabilidad.

I. Naturaleza normativa de las cartas de servicios.

Las normas que están implantando la cultura de la excelencia en la prestación de servicios de la Administración subrayan que las cartas de servicios o derechos que regulan no constituyen reconocimiento de nuevos derechos o servicios, sino sólo plasmación, concreción, recopilación o complemento de los que los ciudadanos ya tienen garantizados por el CE y el resto del ordenamiento jurídico. Proclaman que las cartas de servicios no tienen el carácter de disposiciones normativas, carecen pues de efectos jurídicos vinculantes⁵⁰. Mas entiendo con el profesor TORNOS que esta concepción, sin negar su sentido y su valor, devalúa el sentido de las cartas de servicios, ya que los ciudadanos verán en las mismas una simple formalidad de propaganda o una información sin consecuencias. Ello puede llevar a que vayan perdiendo su sentido y su relevancia a efectos meramente internos. Por ello debe reconocerse a las cartas de servicios el valor de verdaderas normas, que vinculan a la Administración de forma interna y externa. La Administración debe actuar responsablemente al dar información sobre su actuación y al definir públicamente los compromisos prestacionales que asume ante los ciudadanos. Y debe aceptar que queda vinculada por sus propias declaraciones.

Las cartas de servicios deben equipararse a normas reglamentarias, en tanto son disposiciones de carácter general con eficacia ad extra que

49. El art. 69.I LBRL dispone: "Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local".

50. Por ej. art. 18.2 de la Ley foral Navarra 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de Políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos dispone: "Las Cartas de Servicios incorporarán compromisos voluntariamente adquiridos por las Administraciones Públicas para una mejor prestación de sus servicios públicos, y los indicadores que aseguren su cumplimiento. No tienen el carácter de disposiciones normativas y no surten efectos jurídicos vinculantes".

imponen obligaciones a la Administración y reconocen intereses o derechos de los ciudadanos. En este sentido son decisiones que deben ser publicadas o puestas en conocimiento efectivo de los ciudadanos. No se trata pues, de meras instrucciones u órdenes de servicios (art. 21 de la Ley 30/1992), en la medida en que su incumplimiento puede afectar a la validez del acto dictado por el órgano administrativo⁵¹.

2. Contenido y consecuencias del incumplimiento total o parcial de los compromisos de calidad asumidos por la Administración: el derecho a una compensación económica es independiente de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La finalidad esencial de las cartas de servicios debería ser el de dar información sobre el contenido de las prestaciones, quien puede acceder a las mismas, plazo, condiciones y qué niveles de calidad⁵². No obstante, la práctica nos demuestra que bajo el nombre de cartas de servicios también se ofrece mucha información sobre actividad formalizada de la Administración y la posición general del ciudadano ante la Administración,

51. Tornos Mas, J. "Las Cartas de servicios", ob. cit. pág. 78. Al admitir su carácter reglamentario se admite la aplicación de la impugnación directa e indirecta y tanto por razón de forma como fondo. El profesor Tornos cita la STSJ de Cantabria de 22 de octubre de 2004 (JUR 2004/291741), en la que se entra a conocer sobre la validez de una carta de servicios, en concreto sobre información facilitada en la misma. Los recurrentes son funcionarios que entienden que la información facilitada en una carta de servicios en relación con el órgano competente para resolver un determinado procedimiento suponía una modificación sustancial de la relación de puestos de trabajo. El Tribunal admite el recurso y lo rechaza afirmando que la carta de servicios puede introducir una variación competencia en el ejercicio de funciones administrativas al haberse dictado por quien tenía competencia para proceder a esta variación y ser su contenido lógico y conforme al principio de eficacia administrativa.

52. Y por último y muy interesante, la acción de responsabilidad derivada de la información facilitada en la carta de servicios. Es decir responsabilidad en los casos de información confusa o errónea para el administrado. Por ej sobre plazo. Por eso se ha generalizado la mala praxis de las cláusulas de exención de responsabilidad de la Administración cuando facilita información, en particular por Internet, a mi juicio contrarias al art. 106.2CE. Otra es, como señala el profesor TORNOS, el problema de verificar el cumplimiento del requisito de relación de causalidad entre información errónea y daño producido. En términos generales la existencia de responsabilidad administrativa se ve reforzada por el principio de confianza legítima de la información suministrada por la Administración en este caso por las cartas de servicios. Como criterio jurisprudencial en doctrina alemana ya se ha asentado el criterio de la intensidad inductiva, es decir la intensidad informativa. También en nuestra jurisprudencia se hace depender relación de causalidad y, por ende, la responsabilidad administrativa -aunque todavía no en el caso de las cartas de servicios- de la intensidad informativa. Se trata de dilucidar si la información provoca o no intensidad persuasiva o inductiva suficiente como para generar el derecho a ser indemnizado.

reproduciendo en ocasiones el art. 35 o 42 de la LPAC⁵³. La conclusión que así concebido la Carta de servicios no sería una técnica de calidad. Los compromisos de calidad o estándares han de ser objetivos, reales, fiables y representativos de los parámetros o dimensiones de la prestación del servicio más relevantes para los usuarios y no de simples proclamas o eslóganes publicitarios carentes de contenido. Los estándares versan sobre la receptividad (por ejemplo accesibilidad transparencia y atención); la calidad técnica (acierto, precisión, ausencia de error) y la actividad (tiempos de respuesta, extensión de la oferta, flexibilidad)⁵⁴. Por ello desde esta perspectiva importan los compromisos que sean cuantificados y verificables compromisos concretos.

Por último, una auténtica cultura de la calidad suscita la cuestión del grado de vinculación de la Administración con los compromisos de excelencia voluntariamente asumidos respecto de los usuarios, y ciudadanos en general. En otros términos, se plantea la eficacia de tales compromisos y sus consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento total o parcial, es decir las consecuencias a efectos de responsabilidad administrativa. Pues una auténtica cultura de la calidad ha de regirse por los principios generales de la prevención y de la responsabilidad⁵⁵ como concreción de los arts. 9.3 y 106.2 CE.

53. Sobre la cuestión de si son válidas las cláusulas de auto exención de responsabilidad incluidas en las cartas de servicios por la información suministrada, hay que partir del art. 106.2CE que reconoce responsabilidad “en los términos establecidos por la ley”. Mas una cosa es la ley y otra una carta de servicios. Además es cuestionable la competencia de la Administración para excluir de forma unilateral una obligación que la ley le impone de forma general. En definitiva, si un particular puede acreditar que existe una relación directa de causalidad entre el daño que ha sufrido y una información contenida en una carta de servicios, los tribunales de justicia se resistirán a entender que la relación de causalidad se rompió por la cláusula unilateral de exención de responsabilidad redactada por la Administración, Tornos Mas “Las Cartas de servicios” ob. cit, pág. 82.

54. Vid. a este respecto nuestra reflexión en *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, ob. cit. págs. 78 y 79 donde se propone implantar como estándar de calidad el uso de la mejor tecnología disponible económicamente viable.

55. Vid. Art. 4 de la Ley 21/2005 de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos de Navarra, cuya letra g) define el principio de prevención como forma de diseñar políticas y de gestionar y prestar servicios que se anticipa a los problemas y demandas que pueden suscitarse; y el principio de responsabilidad en la letra j) como forma de gestionar que asume de forma expresa sus obligaciones ante la ciudadanía y, en caso de mal funcionamiento de los servicios públicos, adopta medidas adecuadas para su corrección en el menor tiempo posible e indemniza a los perjudicados en los términos previstos en las leyes.

La vinculación de la Administración a los compromisos asumidos es un paso más al que ha de tenderse. La normativa estatal en el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad de la Administración General del Estado en el art. 9 dedicado a la estructura y contenido de las cartas de servicios, letra c) medidas de subsanación en caso de incumplimiento de los compromisos declarados, excluye expresamente la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵⁶. La compensación o medida de subsanación que prevé debe ser independiente del régimen de responsabilidad. Como bien indica TORNOS la compensación es una prestación a favor del ciudadano por el incumplimiento de un compromiso, al margen de cuál haya sido el daño efectivo que le haya causado tal incumplimiento. Como tal, el contenido de la compensación es igual para todo ciudadano y se concede a instancia del mismo una vez se constate el incumplimiento del compromiso. Así, por ejemplo, el retraso en el servicio de transporte comporta la devolución del billete, al margen de los perjuicios económicos que haya causado

56. El art. 9c) del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio dispone: "Medidas de subsanación en caso de incumplimiento de los compromisos declarados, acordes con el contenido y régimen jurídico de prestación del servicio, con independencia de lo establecido en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Deberá señalarse expresamente el modo de formular las reclamaciones por incumplimiento de los compromisos, cuyo reconocimiento corresponderá al titular del órgano u organismo al que se refiera la carta, y que en ningún caso darán lugar a responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.

En el supuesto de que se prevean medidas de subsanación de contenido económico, éstas requerirán informe preceptivo favorable del Ministerio de Economía y Hacienda".

Por su parte, las normas autonómicas no se pronuncian al respecto aunque destacan tibias referencias en el Decreto 148/2004, de 1 de julio, por el que se regulan las Castas de Servicios y Observatorio de la Calidad de la Xunta de Galicia cuyo art. 8 en el marco de los compromisos definidos en la Carta General de Servicios de la Xunta dispone en el apartado 3 que las cartas sectoriales deberán expresar "compromisos de calidad que se ofrecen a los ciudadanos, así como su forma de medición, incorporando, cuando proceda, compensaciones para su incumplimiento". Asimismo, el Decreto 149/2004, de 14 de octubre, por el que se aprueba la carta de Derechos de los Ciudadanos, se regulan las Castas de Servicios y se definen los sistemas de análisis y observación de la calidad en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en el art. 5 bajo la rúbrica Eficacia de la Carta de Derechos de los Ciudadanos dispone: "1. Los ciudadanos podrán exigir el cumplimiento de los derechos reconocidos en esta Carta, que vincula a las autoridades y empleados públicos al servicios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. 2. Todas las Consejerías adoptarán las medidas oportunas y proveerán los medios necesarios para garantizar la efectividad y el pleno respeto de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos del Ciudadano".

al ciudadano dicho retraso. Y esto es algo distinto e independiente de la acción de responsabilidad⁵⁷. En definitiva, la existencia de compromisos verificables y cuantificables debe incluir la acción de responsabilidad con independencia de la compensación prevista por incumplimiento del compromiso. La determinación de la existencia o no de lesión antijurídica puede estar influenciada de forma muy destacada por el contenido de las cartas de servicios, pues pueden actuar como estándares de calidad que ayuden a determinar si el daño sufrido puede o no configurarse como un supuesto de lesión antijurídica⁵⁸.

Asimismo, la juridificación de las cartas de servicios, permitiría fundamentar el recurso contencioso administrativo por inactividad material de la Administración en virtud de los arts. 25.2 y 29 LJCA.

En definitiva, la calidad de los servicios, actividades y prestaciones en el ámbito local. Vertiente por la que corresponde avanzar al legislador autonómico y que encuentra un ámbito propio de la potestad normativa local.

57. Tornos Mas, J. "Las Cartas de servicios", ob. cit. pág. 80.

58. Por lo que afirma acertadamente el profesor Tornos que: "Por ello creo que importa destacar la relevancia que pueden tener las cartas de servicios como normas que establezcan unos compromisos que se reconozcan como los estándares de calidad que predeterminan si la actuación administrativa debe calificarse de funcionamiento normal o anormal de la Administración, lo que en definitiva supone introducir elementos de culpa dentro del régimen objetivo de la responsabilidad", ob. cit. pág. 80.