

# El Servicio Público Local, ¿Una Categoría a Extinguir?

Juan Francisco Parra Muñoz

Instituto Andaluz de Administración Pública | Premios Blas Infante 2005



JUNTA DE ANDALUCÍA

Instituto Andaluz de Administración Pública  
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA





## **EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL, ¿UNA CATEGORÍA A EXTINGUIR?**

*Trabajo galardonado con el Premio Blas Infante de Estudio e Investigación sobre Administración y Gestión Pública, en su IX Edición, en su modalidad B, sobre “La Administración Pública, su organización, funciones, modernización de las técnicas de gestión del servicio público y aplicación de las nuevas tecnologías, incluyendo estudios de ámbito internacional”*



**EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL,  
¿UNA CATEGORÍA A EXTINGUIR?**

**Juan Francisco Parra Muñoz**

Instituto Andaluz de Administración Pública

Sevilla - 2006

Parra Muñoz, Juan Francisco  
El servicio público local, ¿una categoría a extinguir? / Juan Francisco Parra  
Muñoz.

– Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006

165 págs.; 24 cms. – (Estudios)

D.L. SE-2005-06

I.S.B.N. 84-8333-332-5

Administración Local . – Servicio público . – Gestión . – Derecho  
administrativo .

Instituto Andaluz de Administración Pública .

352/353:338.465

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O  
PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR  
DEL COPYRIGHT

TÍTULO: EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL,  
¿UNA CATEGORÍA A EXTINGUIR?

AUTOR: Juan Francisco Parra Muñoz

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias  
de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño y producción: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L.

ISBN: 84-8333-332-5

Depósito Legal: SE-2005-06

*A mis padres, desde el recuerdo cariñoso; y  
a mis mujeres, Remedios e Irene, con amor*





## | ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN .....	15
II. ORIGEN DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO .....	19
1. Presupuesto .....	19
2. Formulación de la teoría .....	20
3. Recepción en España e Italia .....	22
III. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO .....	23
1. Introducción .....	23
2. Aportación de la legislación .....	24
3. Aportación de la jurisprudencia .....	30
4. Aportación de la doctrina .....	34
5. Definición de servicio público .....	36
IV. EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....	39
1. Introducción .....	39
2. Fundamento legal del ejercicio de actividades económicas por la Administraciones Públicas .....	39
V. EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL .....	51
1. Importancia del servicio público local .....	51

2. El servicio público local y la legislación estatal sectorial y autonómica .....	58
3. Teoría de la gradación y contingencia de los servicios públicos .....	66
4. Carácter <i>apertus</i> o <i>clausus</i> de los servicios públicos .....	69
5. La municipalización, los servicios públicos, el monopolio y el ejercicio de actividades económicas .....	73
 VI. CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO .....	89
1. Introducción .....	89
2. La hipertrofia en el ejercicio de actividades económicas .....	91
3. Los servicios públicos sociales .....	96
4. El servicio público en el Tratado de la Unión Europea .....	105
 VII. REACCIONES ANTE LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO .....	119
1. Las privatizaciones .....	119
2. La huida del Derecho Administrativo .....	125
3. El principio de subsidiariedad .....	129
4. El concepto restringido de servicio público .....	130
 VIII. BREVE REFERENCIA A LOS MODOS Y A LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES .....	135
1. Modos y formas de gestión de los servicios públicos locales .....	135
2. Las formas de gestión directa .....	138
2.1. Gestión por la propia entidad local .....	138
2.2. Gestión mediante organismo autónomo local y entidad pública empresarial local .....	139
2.3. Gestión mediante sociedad mercantil local .....	142
3. Las formas de gestión indirectas .....	144
3.1. La concesión .....	145
3.2. La gestión interesada .....	146
3.3. El concierto .....	147
3.4. La sociedad de economía mixta .....	147

4. Formas atípicas de gestión de los servicios públicos .....	150
4.1. El convenio entre Administraciones Públicas .....	150
4.2. El consorcio y la mancomunidad .....	151
4.3. Las sociedades mercantiles y las asociaciones públicas .....	152
5. La elección del modo y de la forma adecuada de gestión de los servicios públicos .....	153
IX. CONCLUSIONES SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL .....	157
ABREVIATURAS UTILIZADAS .....	161
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA .....	163



-¿Puede saberse quién eres tú? -preguntó la Oruga.

No era lo que se dice un comienzo muy alentador para una conversación. Alicia contestó algo intimidada.

-La verdad, señora, es que en estos momentos no estoy muy segura de quién soy. El caso es que sé muy bien quién era esta mañana, cuando me levanté, pero desde entonces he debido de sufrir varias transformaciones.

-¿Qué es lo que tratas de decirme? -dijo la Oruga, con toda severidad.- ¡Explicate, por favor!

-¡Ésa es justamente la cuestión! -exclamó Alicia.- No me puedo explicar a mí misma porque yo no soy yo, ¿se dá usted cuenta?

-Pues no, no me doy cuenta -dijo la Oruga.

-Siento no poder explicárselo a usted con mayor claridad -dijo Alicia, en un tono muy cortés -porque, para empezar, ni yo misma lo entiendo... ¡Comprenderá usted que cambiar tantas veces de tamaño en su solo día no es fácil de entender.

.....

-¿Podría usted indicarme la dirección que debo seguir desde aquí?

-Eso depende -le contestó el Gato -de adónde quieras llegar.

-No me importa adónde... -empezó a decir Alicia.

-En ese caso tampoco importa la dirección que tomes -le dijo el Gato.

-... con tal de llegar a algún lado -acabó de decir Alicia.

-Eso es fácil de conseguir -le dijo el Gato. ¡No tienes más que seguir andando!

*Alicia en el país de las Maravillas (Lewis Carroll)*



## I | INTRODUCCIÓN

Parafraseando a Ortega y Gasset en una de sus desgarradoras aseveraciones –*Castilla ha hecho a España, y Castilla la ha deshecho*<sup>1</sup>–, diré que el servicio público ha hecho al Derecho Administrativo y el servicio público ha deshecho al Derecho Administrativo. Aún reconociendo cierta dosis de exageración en el aserto, buscada por otra parte, a propósito para provocar, no se puede negar la vinculación del Derecho Administrativo a la noción de servicio público, hasta el punto de que el proceloso devenir de éste ha marcado el rumbo de aquél en su evolución; así, el momento de esplendor del concepto de servicio público coincide con el apogeo del Derecho Administrativo, y, a su vez, la crisis actual de aquél, o mejor dicho, la dificultad, cuando no el fracaso de los autores para constreñir, definir y regularlo usando el instrumental clásico del Derecho Administrativo, ha marcado su repliegue y la huida de la Administración Pública del Derecho Administrativo que es su cobertura natural; repliegue del Derecho Administrativo y huida de la Administración Pública del mismo que constituyen fenómenos paralelos, sobre los que la doctrina ha puesto el acento en los últimos tiempos, y de los que son hijos, además de otras causas, de la crisis del servicio público, como intentaré demostrar más adelante. En suma, si el servicio público ha sido el cemento sobre el que ha fraguado el edificio del Derecho Administrativo, desde hace algún tiempo han aparecido grietas en ese cemento que amenazan con resquebrajar la solidez del edificio tan pacientemente construido.

---

<sup>1</sup> José Ortega y Gasset: “*España invertebrada*”, Madrid, 1921. “*José Ortega y Gasset. Obras completas*”. Editorial Taurus, tomo III, 2005.



En efecto, en primer lugar, la inflación de la noción de servicio público ha venido a introducir corpúsculos extraños a su núcleo central, y así, el replanteo de esta noción para comprender en la misma la hipertrofia sufrida, produce el efecto de que sea tan amplia que sirva para todo, y por ello demasiado ambigua como para tener utilidad heurística<sup>2</sup>, o bien, por el contrario, la reacción doctrinal opuesta a esta hipertrofia propugna la restricción del concepto de servicio público hasta reducirlo prácticamente a la nada.

En segundo lugar, la indefinición en la acotación de la noción de servicio público, y sus múltiples corporizaciones, juntamente con el decidido ejercicio de actividades económicas por parte de las Administraciones Públicas, han dado lugar a una invasión cada vez más amplia en extensión e intensidad del Estado en la actividad económica y prestacional, en competencia la primera con los agentes sociales llamados primariamente a ser sus protagonistas, y han traído como consecuencia ineludible un aumento desbocado del déficit público, ya que el coste de la actividad prestacional rara vez lo va a repercutir el Estado en el beneficiario, o, en todo caso, no pasa de hacerle una imputación simbólica, y de la misma manera, es decir con cargo a los presupuestos públicos, enjuga el déficit, y así se ha llegado incluso a poner en peligro el edificio del Estado del bienestar social; de la conjunción de todos estos factores nace la quiebra de la noción de servicio público con su consiguiente secuela: el fenómeno de las privatizaciones<sup>3</sup>, y la huida de la Administración Pública del Derecho Administrativo, huida que, incluso es del mismo Derecho, como han llegado a señalar algunos autores<sup>4</sup>.

En tercer lugar, la categoría de servicio público es una noción extraña para la inmensa mayoría de los países de la Unión Europea, lo que añadido a los principios de libertad económica y libertad de competencia que transpira la legislación comunitaria, hace que el concepto de servicio público, al menos como lo cono-

---

<sup>2</sup> Giovanni Sartori hace esta reflexión de la vacuidad de los conceptos latos a propósito de la noción amplia del concepto de *pluralismo* en su obra "*La sociedad multiétnica*". Editorial Taurus, 2001.

<sup>3</sup> Francisco José Villar Rojas en su obra "*Privatización de servicios públicos*" (editorial Tecnos, 1993) señala cómo en el Reino Unido a una larga etapa de inversión pública siguió otra de privatizaciones; así, la participación del sector público en el periodo de entreguerras era del 25% del PIB, en 1953 del 36,9%, en 1970 del 40%, y en 1979 del 44%, en 1990, tras la privatización del sector público el PIB se redujo a un 39,5%.

<sup>4</sup> Ramón Parada califica esta huida de la Administración Pública del Derecho Administrativo como "huida a ninguna parte" (Parada en el prólogo a la obra "*La desadministración pública*", de Felio Bauzá Martorell, editorial Marcial Pons, 2001).

ceмос en España, Francia e Italia, no sea una institución capital en la construcción del Derecho Administrativo común.

El repliegue de la Administración Pública en la prestación de servicios públicos cuyo máximo exponente es la ola de privatizaciones que recorre el mundo occidental, y que suele venir acompañado, paradójicamente, de la intrusión de los poderes públicos de forma francamente decidida en el ejercicio de actividades económicas en competencia con los sujetos privados del mercado, intrusión admitida por los gurús del neoliberalismo económico siempre que tal actuación se someta a las mismas reglas que los particulares, y la reducción, en consecuencia, de la actividad de los poderes públicos al papel de agente velador del correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado, suprimiendo el viejo intervencionismo público económico asumido y revestido con las potestades del *ius imperium*, o bien a participar en el mismo pero despojados de sus atributos de poder y como un sujeto privado más, conforman el escenario que lleva a justificar la pregunta de partida: ¿el servicio público es una categoría a extinguir en la actualidad? Esta interrogante, a su vez, implica no solamente redefinir el contenido y límites del Derecho Administrativo, sino a replantear, ni más ni menos, el papel del Estado en los albores del siglo XXI.

Y en medio de este panorama general de crisis, el servicio público constituye la piedra angular de la autonomía de los entes locales, según reiterados pronunciamientos del TC y del TS y de la doctrina, como veremos más adelante. Aparte de fundamentar la autonomía de los entes locales en el servicio público, el Municipio y la Provincia son auténticos titulares de servicios públicos, imponiéndoles la legislación la prestación de un amplio elenco de servicios con el carácter de obligatorios o mínimos, y a su vez, tanto el Estado como, fundamentalmente, las Comunidades Autónomas delegan en ellos la prestación de sus propios servicios; por otra parte los vecinos son cada vez más exigentes en la demanda de la prestación y en los niveles de calidad de los servicios públicos locales a sus Ayuntamientos; demandas a las que responden los entes locales asumiendo decididamente el papel protagonista no solamente en la prestación de toda clase de servicios públicos con independencia de que sean llamados por la legislación primaria y originariamente a su prestación, sino también mediante el ejercicio de las más diversas actividades económicas dentro del mercado y como un particular más.



## II | ORIGEN DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

### 1. Presupuesto

La noción de servicio público es una construcción francesa, y para explicar su origen es preciso remontarnos al contexto del fin del Antiguo Régimen y de la Revolución Francesa. En efecto, fue la Revolución Francesa quien sentó las bases del Derecho Público. El Derecho Público alumbrado por la revolución liberal consiste, en esencia, en un conjunto de normas que regulan, por una parte, la organización y ejercicio del poder, y, por otra, las relaciones entre los órganos titulares del poder y los ciudadanos. Pues bien, en un primer momento, y por antítesis de lo que había ocurrido en el reciente régimen absolutista, las normas que regulaban estas relaciones pusieron el acento en la defensa de los derechos y libertades individuales al objeto de proteger al individuo frente a las injerencias del poder, siempre tentado de restringirle el ámbito de su autonomía personal. El Estado cumplía simplemente con garantizar esta libertad individual de forma abstencionista. Es la época del Estado-policía<sup>5</sup>, cuya misión se sintetiza en el conocido lema “*laisser faire, laisser passer, le monde va par lui-même*”.

Este sistema sirvió mientras duró la realidad social en la que se basaba, y dio frutos importantes, hasta el punto que los derechos públicos y las libertades individuales fueron perfilados y contruidos entonces, y han llegado hasta nuestros días, en su esencia, con el alcance y contenido de su elaboración original. Pero

---

<sup>5</sup> Estado-vigilante nocturno, lo denominó Ferdinand Lasalle en 1862.

pocos años después, el contexto social cambió radicalmente: el aumento demográfico provocado por la disminución de la mortalidad infantil y el aumento de la longevidad de la población debidos a los avances médico-higiénico-sanitarios, y el éxodo masivo de la población rural a las grandes urbes generaron una serie de necesidades colectivas, desconocidas hasta entonces, a las que el Estado tuvo que hacer frente, propiciando así, un avance cualitativo en la determinación de las funciones del Estado. Ahora no bastaba que el Estado dictara un conjunto de normas y que estableciera los medios necesarios para garantizar la paz y la seguridad públicas y el libre ejercicio de los derechos y de las libertades públicas e individuales; no, era preciso, por el contrario una implicación y participación activa del Estado para subvenir a las necesidades del individuo. El Estado se vio en la necesidad de acometer grandes obras en materia de transportes, carreteras, sanitarias, etc., propiciadas por la aglomeración masiva de la población urbana y los grandes avances tecnológicos que se producen en esta época, y a los que la iniciativa particular no puede hacer frente por necesitar un conjunto de recursos de todo orden (materiales, técnicos, organizativos, financieros) e, incluso en algunos casos, ejercicio de soberanía (expropiación forzosa), que sólo el Estado podía acopiar.

Este era el sustrato adecuado, el caldo de cultivo idóneo, en definitiva, el supuesto de hecho necesario, para la construcción jurídica de la noción de servicio público.

## 2. Formulación de la teoría

Como he dicho anteriormente, la construcción de la noción de servicio público se debe a Francia, pero no es obra del legislador, sino de la jurisprudencia y de la doctrina. En efecto, fue el Consejo de Estado francés quien usó por primera vez la expresión servicio público, en el famoso *Arrêt Blanco*, dictado en fecha 8 de Febrero de 1873, en el que el Alto Órgano del país vecino estableció una relación directa entre la aplicación del Derecho Administrativo, el servicio público y la competencia de la jurisdicción contenciosa, sirviendo la presencia del servicio público de criterio delimitador para determinar la sujeción a la jurisdicción contenciosa de aquellos contratos celebrados por la Administración Pública, cuyo objeto fuera la ejecución de obras y servicios públicos, y que por ello demandaban un régimen especial, a diferencia de aquellos otros que no tuvieran esta cualidad, y que por ello quedaban sometidos al conocimiento de la jurisdicción civil. Esta misma postura fue mantenida en el *Arrêt Terrier* y en el *Arrêt Théron*,

de fecha 6 de Febrero de 1903 y 4 de Marzo de 1910, respectivamente, y a partir de entonces se generaliza la expresión.

La doctrina gala enseguida se hace eco del concepto creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés floreciendo la Escuela Francesa del Servicio Público, también llamada “Escuela de Burdeos”, que tiene sus máximos exponentes en **Duguit**, **Jèze**, **Bonnard** y **Hauriou**. **Duguit** llega a decir que el fundamento del Derecho Público está constituido por la gestión de los servicios públicos, hasta el punto de que aquél es el derecho objetivo de éstos, y que ésta noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho Público, ya que la potestad de mando, antaño atributo del poder soberano, es sustituida por la facultad de organización de los servicios públicos<sup>6</sup>; y de esta concepción del servicio público, atributo de la soberanía, deriva el importante hallazgo de la responsabilidad patrimonial del Estado. Profundizando en esta idea del papel capital del servicio público, **Jèze** afirma que la noción de servicio público constituye la idea maestra del Derecho Público<sup>7</sup>. **Hauriou**, si bien se aparta en la concepción del servicio público de los anteriores, en el sentido de que no llega a identificar al Derecho Público con el servicio público, no deja de atribuirle un papel esencial, y así, este autor sostiene que el Derecho Público tiene una base dual: el poder público y el servicio público, considerando éste último como una autolimitación del primero, que se objetiviza mediante la organización de los servicios. **Duguit** pone el acento de la noción de servicio público en el aspecto objetivo, es decir, considera que el servicio público es ante todo una *actividad*, la total actividad del Estado, mientras que, por el contrario, **Hauriou** destaca su aspecto subjetivo. Ambos autores dieron lugar a dos escuelas distintas del servicio público, la objetiva y la subjetiva que dividió por mitad a la doctrina francesa; pero lo que aquí interesa destacar es que estos autores fueron los que sistematizaron y propagaron la doctrina del servicio público, no solo en su patria sino también allende sus fronteras.

---

<sup>6</sup> “*Les transformations du droit public*”, de **Léon Duguit**, París, 1913, citado por **Fernando Albi Cholbi** en “*Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*”, Editorial Aguilar, 1961, y “*Soberanía y libertad*”, de **Léon Duguit**, Madrid, 1921.

<sup>7</sup> “*Principes généraux de Droit administratif*”, de **Gaston Jèze**, París, 1921-1936, cit. idem.

### 3. Recepción en España e Italia

La elaboración francesa fue recepcionada rápida y miméticamente por la doctrina española, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurrió en Italia, que si bien importó una noción de servicio público influenciada por la doctrina y jurisprudencia francesas, su construcción difiere de ésta en el sentido de concebir el servicio público no como la total identificación de éste con el Derecho Público, ni como una objetivación del poder público, sino como una actividad material, concreta y técnica, realizada por las Administraciones Públicas y enderezada a satisfacer las necesidades generales, y otorgando así al servicio público una categoría más modesta y un alcance más restringido, pero, sin embargo, más práctico y moldeable para adaptarse a una realidad cada vez más cambiante. Por el contrario, algunos autores españoles actuales consideran inherente al Estado la prestación de servicios públicos, y su única razón de ser, tal y como fue mantenido por la mayoría de la doctrina francesa<sup>8</sup>. A diferencia de lo que ocurrió con la doctrina española, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se acerca más a la concepción italiana del servicio público.

No obstante, y para concluir este epígrafe, interesa resaltar la íntima conexión entre servicio público, Derecho Administrativo y jurisdicción contenciosa, y cómo aquél, si no generó, sí desarrolló y fue el fundamento y la razón de ser de éstos, al menos en sus inicios.

---

<sup>8</sup> Francisco Sosa Wagner, al entonar su oración fúnebre del servicio público, afirma: “Tengo la impresión de ser uno de los últimos creyentes en los servicios públicos. No es descartable que el futuro nos depare un Estado deshuesado, es decir, un Estado en el que perviva únicamente la representación de los poderes públicos pero del que se haya ido descolgando los grandes servicios públicos (...). El mismo diagnóstico podría hacerse para las corporaciones locales. Las entidades públicas se convertirían así en colosales escenarios en los que no quedaría sino la inane y atildada compostura de los decorados” (“La gestión de los servicios públicos locales” de Francisco Sosa Wagner, editorial Civitas, 1992).

### III | CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

#### 1. Introducción

A pesar de la larga tradición que tiene la noción de servicio público en España, nuestra legislación no se ha atrevido a dar una definición del concepto, ni tampoco la jurisprudencia<sup>9</sup>; a lo más que ha llegado aquella ha sido a predicar de forma tímida unos atributos que han de concurrir en la noción, y a enumerar una lista más o menos larga de aquellas actividades que entendía que constituían servicios públicos; y ésta, durante largo tiempo, más que ofrecer una definición del concepto, o bien ha ofrecido, las características que han de concurrir en una actividad para elevarla a la categoría de servicio público, o bien ha dado una noción de la categoría, más que una definición, y no es sino en tiempo ya reciente cuando la jurisprudencia ha ofrecido una definición del concepto, si bien siguiendo a la doctrina mayoritaria. Finalmente, la doctrina, desde siempre ha ofrecido una definición, cuya característica más destacada es su evolución, pues tras recibir alborozada y acriticamente en un primer momento las posiciones del país vecino, más adelante rectifica y evoluciona a una concepción más práctica y acorde con la jurisprudencia. Es más, es frecuente que la legislación sectorial

---

<sup>9</sup> Tampoco, ni la doctrina ni la jurisprudencia francesas se atrevieron a elaborar un concepto de la institución, lo cual fue constatado por Albi con las siguientes palabras: “*Si bien es cierto que la doctrina francesa, de modo casi unánime, adoptó apasionadamente, la noción de servicio público como base del Derecho Administrativo, no lo es menos que jamás consiguió ponerse de acuerdo sobre el alcance exacto de dicha concepción, la cual se ha desenvuelto siempre en un ambiente impreciso, con tanto mayor motivo cuanto que el Consejo de Estado francés, evitando todo dogmatismo, no ha establecido jamás una definición de la idea a que nos referimos*”. Albi: op. cit.



emplee la expresión de servicio público con absoluta falta de rigor y de precisión técnica, precisamente por no tener una referencia legal del concepto.

## 2. Aportación de la legislación

En efecto, en lo que a la legislación se refiere, ni la legislación francesa dio una definición de nuestra institución, a pesar de ser en ese país donde fue elaborada la categoría, mas no olvidemos que fue una construcción jurisprudencial a la que pronto se unió la doctrina, ni la legislación española, de la misma manera, se atrevió a ofrecerla. Precisamente, se ha de insistir, la falta de definición legal de nuestra institución tiene buena parte de culpa en la confusión que ha acompañado al servicio público, casi desde el mismo momento de su recepción.

Hagamos una rápida excursión histórica al tratamiento que la legislación española ha dado a nuestra institución. El Estatuto Municipal de Primo de Rivera de 8 de marzo de 1924, no define el concepto de servicio público, ni siquiera usa esta expresión, sino que utiliza las expresiones de “*municipalización de servicios*” (Exposición de Motivos), “*servicios municipales obligatorios*” (art. 169) y “*obligaciones mínimas de los Ayuntamientos*” (art. 201), si bien el listado de estos artículos comprende aquéllas actividades que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la época, e incluso anterior, venían entendiendo como servicios públicos, por lo que el legislador tenía en mente el concepto de servicio público.

El Estatuto Provincial, también de Primo de Rivera, de 20 de marzo de 1925, sigue la misma tónica, y habla de “*servicios e institutos*” (art. 107, de donde se desprende que el legislador estaba pensando tanto en la concepción objetiva del servicio público de **Duguit** como en la subjetiva de **Hauriou**).

La Constitución española de 1931 recoge la expresión “servicio público”, mas no se piense que tal expresión aparece por generación espontánea, sino que por el contrario, es un corolario de la asunción de los denominados “derechos sociales”, que venían ya tomando carta de naturaleza en las legislaciones de los países más avanzados de la época, como se verá en un epígrafe posterior. Lo cierto es que el artículo 44 de dicha Constitución dispone que “*Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija*”; el último inciso del artículo 87 dice que “*A los Ministros corresponde la alta dirección y gestión de los servicios públicos asignados a los diferentes departamentos ministeriales*”, y, finalmente, el artículo 44

permite a los funcionarios civiles constituir asociaciones profesionales siempre que “*no impliquen ingerencias en el servicio público que les estuviera encomendado*”.

La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, sigue sin definir el concepto de servicio público, pero, al menos, y por primera vez en un texto legal español, enumera las características que ha de reunir esta categoría (art. 131):

**Los Municipios podrán administrar y explotar directamente todos aquellos servicios que tengan carácter general, sean de primera necesidad, de utilidad pública y se presten o puedan prestar dentro del término municipal en beneficio de sus habitantes.**

La legislación española de régimen local tras la Guerra Civil, rehuye dar una definición del servicio público<sup>10</sup>, y, así, la Ley Régimen Local de 24 de junio de 1955, tampoco enumera, siquiera, sus atributos, como hacía el texto anterior, y de forma tautológica afirma en su artículo 156 que:

**son servicios municipales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia municipal por el capítulo primero de este título.**

Es decir, que servicios públicos municipales son aquellos que la Ley expresamente considera y enumera como tales, en cuanto que son manifestaciones de su competencia<sup>11</sup> tal y como hacía la legislación anterior a la República, y ocurre en la actualidad con el artículo 85 de la vigente LRBRL, como se verá *infra*<sup>12</sup>. El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 únicamente precisa frente a la Ley de Régimen Local, la finalidad de los servicios públicos municipales:

**con el fin de atender a las necesidades de sus administrados, las Corporaciones locales prestarán los servicios adecuados para satisfacerlos,**

<sup>10</sup> Con referencia a la legislación de Régimen Local de 1955 Albi echa de menos una formulación general de la noción de servicio público.

<sup>11</sup> Fernando Albi Cholbi, op. cit.

<sup>12</sup> No obstante, adelantemos que el art. 85.1 de la LRBRL dice textualmente: “*Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias*”. Obsérvese la semejanza de este texto con el art. 156 LRL.

dice el artículo 30 del Reglamento, justificación del fin de los Servicios Públicos que también recogía la Ley Municipal de 31 de Octubre de 1935.

La Constitución Española de 1978 no ofrece una definición del concepto de servicio público, pero esto no quiere decir que el legislador constitucional desconozca el concepto y su función; por el contrario, el texto constitucional parece dar por supuesta la institución del servicio público al utilizar a lo largo del mismo diversas expresiones en las que está latente su noción; en este sentido **Martín-Retortillo Baquer** señala que la presencia del servicio público es patente, incluso sorprendentemente abundante, por más que hayan de convivir significados diferentes<sup>13</sup>. Asimismo, **Bassols Coma** sostiene que el concepto de servicio público hay que considerarlo vigente tras la Constitución, en cuanto que aquél no se opone a ésta, y que el propio texto constitucional adopta diversas expresiones que directa o indirectamente pueden tener conexión con la técnica del servicio público, como en los artículos 28.2, 43, 128.2 y 158<sup>14</sup>. Buena prueba de todo ello es la legislación postconstitucional que se refiere al servicio público<sup>15</sup>. Incluso en una única ocasión, la Constitución emplea la expresión “servicio público,” al regular el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en el artículo 106.2, cuyo tenor es el siguiente:

**Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.**

Por tanto, si el legislador constitucional anuda la producción de la responsabilidad patrimonial a que el hecho productor del daño sea consecuencia del funcio-

---

<sup>13</sup> **Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**: “Derecho de acceso a los servicios de interés económico general” en “Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo”. Editorial Civitas, 2003.

<sup>14</sup> **Martín Bassols Coma**: “Constitución y sistema económico”. Editorial Tecnos, 1985.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el Título II del Libro II del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que lleva por rúbrica “Del contrato de gestión de servicios públicos”, y cuyo primer artículo, el 154, dice que estos contratos son aquellos mediante los que “las Administraciones Públicas encomienden a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio público”.

namiento de los servicios públicos sin explicitar este concepto, es porque da por presupuesta la noción de servicio público<sup>16</sup>.

Pero fuera de este artículo la Constitución no utiliza la expresión de “servicios públicos”. Así, su artículo 28.2, tras reconocer el derecho a la huelga de los trabajadores, pone como límite al ejercicio de tal derecho “*el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”, expresión esta de *servicios esenciales de la comunidad* que también utiliza el artículo 37.2 al regular las medidas a adoptar en los casos de conflicto colectivo entre trabajadores y empresarios. En la redacción de estos artículos fue presentada una enmienda por el grupo de UCD para que fuera sustituida la expresión “*servicios esenciales*” del anteproyecto constitucional por la de “*servicios públicos esenciales*”. Tal enmienda no fue aceptada por la Ponencia, y a mi juicio con razón, puesto que en caso de huelga ha de quedar garantizado el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, sean estos de titularidad pública o de titularidad privada, y si hubiera sido aprobada la enmienda, la garantía del funcionamiento de los servicios esenciales en caso de huelga o de conflicto colectivo, habría quedado reducida a aquellos servicios esenciales del sector público, mas no a aquellos de titularidad privada, o al menos, no hubiera quedado aclarada la cuestión de forma indubitada, tal y como queda con la redacción del texto definitivo. La expresión de “*servicios esenciales*” vuelve a aparecer en el artículo 128.2, en que tras reconocer la iniciativa pública en la actividad económica, reserva al sector público “*recursos o servicios esenciales*”. A su vez, el artículo 158.1 utiliza la expresión “*servicios públicos fundamentales*”, al prever la posibilidad que con cargo a los Presupuestos Generales del Estado se establezca una asignación a las Comunidades Autónomas para garantizar un estándar mínimo en todo el territorio nacional en la prestación de estos servicios. Aquí, sí parecen ser equivalentes las expresiones “*servicios esenciales*” y “*servicios públicos fundamentales*” (prescindiendo de que aquellos hacen referencia tanto al sector público como al privado, y éstos se refieren únicamente al sector público); no obstante, para evitar confusiones hubiera sido deseable que los artículos 28.2, 37.2 y 158.1 hubieran utilizado una misma expresión: la de “*servicios esenciales*” los dos primeros, y “*servicios públicos esenciales*” este último, a no ser que el legislador constituyente haya entendido que las expresio-

<sup>16</sup> Inicialmente, el texto del anteproyecto de la Constitución no utilizaba la expresión “servicios públicos” en el artículo del mismo referente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La introducción de la expresión fue debida a una enmienda suscrita por el grupo UCD, que finalmente fue aceptada e incorporada al texto constitucional en la redacción actualmente vigente.

nes servicios esenciales y servicios fundamentales pertenecen a realidades distintas, en cuyo caso debía de haberlos delimitado.

Otras veces la Constitución emplea la expresión “servicios”, a secas, como en el artículo 145.2, al admitir la posibilidad de celebrar convenios las Comunidades Autónomas entre sí, previa autorización de las Cortes Generales para la “gestión y prestación de servicios propios de las mismas”. Ha de entenderse que esta expresión comprende tanto los servicios públicos propiamente dichos, como aquellos otros servicios propios del *ius imperium* estatal, es decir, funciones públicas o actividades intrínsecas a la misma idea de Estado como organización política<sup>17</sup>, y a los que Zanobini llama *funciones públicas soberanas*.

Finalmente, la Constitución utiliza la expresión “servicio”, en singular, para referirse a una determinada actividad (servicio militar, art. 30.2; servicio civil, art. 30.3; servicio meteorológico, art. 149.1.20), o en plural, “servicios”, pero acotada también a una concreta actividad (servicios de la Seguridad Social, art. 149.1.17).

Retomando el ámbito local, el legislador de la LRBRL rehuye el intento de elaborar una definición técnica del servicio público y acude al expediente del reenvío al listado de competencias de los entes locales, como en la época de Albi (art. 156 LRL), contenidos en los artículos 25 para el municipio y 36 para la provincia. El artículo 85.1 de la LRBRL dispone lo siguiente:

**Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.**

La dicción antedicha del art. 85.1 de la LRBRL ha sido introducida por la modificación efectuada en dicho artículo por la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. La dicción originaria de dicho texto era el siguiente:

**Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales.**

La modificación efectuada en la redacción del art. 85.1 de la LRBRL es meramente de orden técnico-formal, ganando en concisión, pero no altera la concepción que el legislador local ha tenido desde siempre del servicio público local,

---

<sup>17</sup> Vid. Juan Manuel Herreros López: “Las transformaciones del servicio público”. Revista Actualidad Administrativa, núm. 39, 20-26 octubre 2003.

que lo concibe, pues, como una objetivación de la competencia de los entes locales, abonándose por tanto a una noción amplia del concepto, en cuanto que abarca todos los ámbitos de actuación locales, competencia de los entes locales que ya de por sí es amplísima según se desprende de los propios términos del artículo 25.1 de la LRBRL. Sobre este tema trataré más adelante, baste ahora extraer las siguientes consecuencias de la identificación en el ámbito local del concepto de servicio público con competencia:

- a) La Ley habilita con carácter general al Municipio a prestar cuantos servicios públicos estime oportunos (art. 25.1).
- b) La habilitación sólo tiene dos límites deducidos del artículo 25: el límite de la competencia (ha de tratarse de servicios que entren dentro del ámbito de la competencia municipal), y el límite de la finalidad (ha de tratarse de servicios que contribuyan a satisfacer las aspiraciones de la comunidad vecinal, que en realidad no pueden ser otros que aquellos de competencia municipal).
- c) De lo dicho en los dos apartados anteriores resulta que se produce una identidad entre servicio público local, competencia local y satisfacción de aspiraciones de la comunidad vecinal. Sin embargo, el concepto de competencia es más amplio que el de servicio público; la competencia es el ámbito de actuación material del ente y de los instrumentos puestos a su disposición para ello, y comprende por tanto un conjunto de materias y un haz de potestades para cada una de éstas, y constituye la medida de la capacidad de obrar de un ente (u órgano) público. En este sentido, el artículo 2.4 de la LOFAGE afirma que

**Las competencias administrativas que, en cada momento tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros.**

Las legislaciones de las Comunidades Autónomas reguladoras del régimen local que han querido acercarse al concepto de servicio público local persisten en el error de la LRBRL de identificar y reenviar tal actividad al ámbito competencial local. Así, el artículo 185 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio de Navarra dice que

**Son servicios públicos locales cuantos se presten para realizar los fines señalados como de competencia de las entidades locales.**

Por su parte, el artículo 80 de la Ley 5/1997, de 13 de julio de Galicia dispone que

**El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podrá promover toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos que contribuyen a satisfacer las necesidades y esperanzas de la comunidad vecinal.**

Asimismo, el artículo 42 de la Ley 7/1999 de 9 de abril de Aragón declara que

**Los municipios, en el ejercicio de su autonomía y en el ámbito de sus competencias, pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.**

De la misma manera, el artículo 98.1 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de la Comunidad de Madrid, establece que

**Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales.**

Finalmente, el artículo 66.1 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril de Cataluña precisa que

**El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover todo tipo de actividades y prestar todos los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad vecinal.**

### **3. Aportación de la jurisprudencia**

El Tribunal Supremo adolece del mismo defecto que la legislación en su construcción de la noción del servicio público: rehuye formular una doctrina de tipo general y menos aún, ofrecer una definición de este concepto. No obstante, desde el primer momento recepcionó de Francia la doctrina del servicio público, y su primera sentencia al respecto, la de 22 de junio de 1894, declaró, como el Consejo de Estado francés, la doble naturaleza jurisdiccional de los contratos en los que interviene la Administración, los cuales estarán atribuidos a la jurisdicción contenciosa-administrativa cuando se refieran a “*obras y servicios públicos de toda especie*”. Pero sólo esto tiene de común con la doctrina francesa, ya que posteriormente, su aproximación a la noción de servicio público se acerca más a la construcción italiana que a la francesa, en el sentido de considerar al servicio público en sentido objetivo y restringido a una actividad material y técnica a

cargo del Estado y destinada a satisfacer necesidades de tipo general, si bien, en algunas ocasiones deja traslucir una reminiscencia de la influencia gala. Así, desde muy pronto entendió nuestro Alto Tribunal la noción de servicio público como una *actividad* considerada de *utilidad pública* (STS 28 de septiembre de 1896); otras veces, esta *actividad* tiene como finalidad la satisfacción inmediata y directa de una *necesidad pública* (Auto de 12 de junio de 1894); finalmente, también considera el Tribunal Supremo que esta *actividad* está destinada a satisfacer finalidades que se relacionan con el interés general de las colectividades (STS de 7 de julio de 1936). La STS de 20 de abril de 1936 destacó como notas características del servicio público las de creación y organización públicos, sujeción al Derecho Administrativo, prestación permanente y continua, y cuya finalidad es satisfacer necesidades colectivas

ante la dificultad de definir de un modo abstracto la noción de servicio público, cabe, no obstante, deducirla por sus elementos constitutivos, como una creación de los gobernantes ante los fenómenos de progreso social que se traduce en actividades estimuladas por cierto coeficiente de civilización, de cultura, y regulados jurídicamente con métodos administrativos de continuidad y permanencia, sobre los cuales los poderes públicos conservan la iniciativa y dominio de régimen y control, mediante ordenamientos dirigidos a la realización del fin colectivo, según sea el objeto de dichas actividades, que en suma se convierten en soporte del Estado, con obligaciones de orden jurídico susceptibles de recibir una acción positivamente organizada.

Posteriormente, las notas caracterizadoras del servicio público, señaladas por la anterior sentencia van a ser completadas con el requisito de que la actividad ha de ser técnica, mediante la STS de 2 de marzo de 1979, que a su vez reitera, si bien con mayor precisión, que su finalidad es satisfacer necesidades consideradas de utilidad pública y que su titularidad ha de ser pública. Dicha sentencia declaró que las Corporaciones Locales

desarrollan una triple actividad de intervención, fomento y servicio público, y ésta última, puede ser gestionada directamente por la Corporación o prestada mediante concesión, arrendamiento o concierto, mas en todo caso, para que con rigor pueda predicarse de una actividad el carácter de servicio público, no es suficiente que proporcione una utilidad al público, so pena de desnaturalizar el concepto, sino que debe exigirse que se trate de una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una Entidad Pública.



Sin embargo, algunas veces, el Tribunal Supremo ofrece un concepto más restringido del concepto de servicio público, identificando éste con el carácter esencial del servicio o con su exclusión de la iniciativa privada. Así, en este sentido, so pretexto de la ausencia de un texto legal que defina la noción de servicio público, declara en su sentencia de 24 de octubre de 1989 que:

**La cuestión puede surgir en torno a lo que debe entenderse por servicio público, ya que ningún texto legal da un concepto del mismo, pudiendo considerarse una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua.**

La identificación que hace la sentencia citada del servicio público con actividad legalmente reservada a la Administración excluiría, en principio, que el sector privado pudiera ejercitar libremente actividades de esta naturaleza, fuera de los supuestos de prestación indirecta como agente colaborador de la Administración, y será esta nota de exclusividad la determinante para la categorización de una actividad como de servicio público.

Siguiendo este, a mi juicio peligroso camino, iniciado por el Tribunal Supremo de identificar servicio público con *reserva absoluta* y *excluyente* de la actividad en cuestión del sector privado, y que ha aplaudido fervientemente un sector doctrinal, el Tribunal Constitucional ha tomado cartas en el asunto, al afirmar en Sentencia de 7 de Febrero de 1990:

**La declaración del transporte del agua como servicio público supone, en efecto, una publicación de una actividad hasta ese momento en el ámbito de la plena disponibilidad de la iniciativa privada (...). La declaración de servicio público y la asunción de titularidad del mismo por la Administración eliminan la libre iniciativa económico-privada.**

En lo que se refiere específicamente al servicio público local, como objetivación de la competencia, tal y como la ha caracterizado el legislador, y hemos visto en el párrafo anterior, mediante el reenvío a la competencia de los entes locales, y la triple identidad entre servicio público local, competencia local y aspiraciones de la comunidad vecinal, también ha sido recogido por la jurisprudencia:

**en el ámbito local existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el reiterado artículo 85 de la L.B.R.L., que consideran servicios públicos a cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de los entes lo-**

cales. Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local, no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones Públicas o a iniciativa de los particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos municipales caracterizados por la declaración formal o *publicatio*, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho Público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de los entes locales.

De esta manera, pueden considerarse servicios públicos locales los que los Entes Locales declaren como tales, siempre que cumplan los requisitos del artículo 85 de la L.B.R.L., aunque no puedan considerarse de titularidad local (Sentencia del TS de 23 de mayo de 1997).

Y la de 6 de mayo de 1999 declara que

es de destacar la clara conexión que mantiene el servicio de aparcamiento público con la competencia sobre la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas, que el artículo 25.2.b de la misma ley atribuye a los municipios. Y ello sin olvidar que este mismo precepto describe con carácter general la competencia municipal incluyendo en ella la prestación de cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, no siendo posible desconocer que entre las necesidades actuales de la población urbana figura la de disponer servicios de aparcamiento público. Y en cuanto a la jurisprudencia (...) alusiva al concepto estricto de servicio público, es abundante la jurisprudencia que califica específicamente como servicio público municipal la actividad de aparcamiento público prestada por particulares en régimen de concesión sobre terrenos de dominio público.

#### 4. Aportación de la doctrina

Como tributo a la doctrina de Francia, por haber alumbrado la noción de servicio público, voy a comenzar este epígrafe con una referencia a sus aportaciones. Como principio he de decir que la única aportación de la doctrina gala es la creación del concepto, ya que debido a la identificación que de él hizo con el Es-

tado y con el Derecho Administrativo elaboró un edificio confuso y ambiguo que tuvo que ser reparado por la jurisprudencia del país vecino para extraer sus indudables aspectos positivos; además, a este punto negativo de partida hay que añadir la disputa entre las diversas escuelas y autores galos que contribuyeron a oscurecer el paisaje; precisamente, todas estas causas dieron lugar a la primera crisis del concepto de servicio público unos cuantos años después de haber nacido; por ello, la crisis en la que actualmente se debate no es la primera, y las causas siguen siendo las mismas: una deficiente depuración del concepto técnico y una hipertrofia en sus manifestaciones, en virtud de la cual se quiere identificar diversas actividades o actuaciones de los poderes públicos con el servicio público, cuando en realidad, en buena técnica constituyen elementos espurios o extraños al mismo, que deben ser podados del árbol del servicio público para que éste florezca en todo su esplendor y produzca nuevos y sabrosos frutos.

Los autores franceses que dieron lugar al concepto de servicio público, aparte de identificar éste con toda actividad del Estado –unos con más énfasis que otros–, como ya vimos, aparecen encuadrados en dos escuelas distintas: la subjetiva y la objetiva, si bien es cierto que la primera tuvo mayor influencia y peso doctrinal.

Representante destacado de la orientación objetiva, que fija su atención en la actividad a prestar por las Entidades Públicas, fue el profesor **León Duguit**, quien ofrece la siguiente definición del servicio público: *“toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”*<sup>18</sup>.

La orientación subjetiva es la más numerosa, y parte del principio de identificar el servicio público no con la actividad, sino con la organización. Así, **Maurice Hauriou** lo define como *“una organización pública de poderes, de competencias y de costumbres, asumiendo la función de prestar al público un servicio continuo”*<sup>19</sup>, y **Louis Rolland** como *“una empresa que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está desti-*

---

<sup>18</sup> **Léon Duguit**: *“Traité de Droit constitutionnel”*, París, 1911, citado por **Fernando Albi Cholbi**, op. cit.

<sup>19</sup> Vid. Nota 7.

*nada a dar satisfacción a necesidades colectivas del público, a falta de una iniciativa privada suficiente, sometida normalmente a un régimen jurídico especial*<sup>20</sup>.

Volviendo a nuestro país, la doctrina recepcionó miméticamente la concepción francesa, abonándose a la noción objetiva. No obstante, poco a poco y por influencia de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha ido poniendo el acento en la consideración de la *actividad material o técnica* como nota distintiva.

Sin embargo, sobre una institución que siempre parece estar en crisis<sup>21</sup>, la polémica en la actualidad es otra. El concepto de servicio público ha sido intensamente perseguido por la doctrina, hasta el punto que no hay autor que no ofrezca el suyo, y a pesar de ello el esfuerzo no ha dado los frutos apetecidos, pues no hay un concepto del mismo pacíficamente aceptado. Asumida por la doctrina la dificultad de ofrecer una definición del concepto de servicio público<sup>22</sup>, algunos autores incluso reconocen de antemano la imposibilidad de aprehender un concepto de servicio público<sup>23</sup>, y otros afirman que a pesar de ser un concepto intensamente perseguido por la doctrina, el esfuerzo no ha dado los frutos apetecidos<sup>24</sup>. Ahora bien, la dificultad para perfilar un concepto o la crisis de éste no debe ser óbice para renunciar apriorísticamente al intento de delimitarlo, y así, puede ocurrir que aunque no se consiga una definición perfecta, válida para todo caso y momento, pueda servir al menos *hic et nunc*, dando por sentado que tiene fecha de caducidad, y, no obstante su modestia conscientemente asumida, servirá para aproximarnos al concepto de servicio público y deducir de él unas consecuencias con trascendencia práctica para su aplicación. Lo que ocurre es que el concepto de servicio público es especialmente sensible por la carga ideológica que subyace y la dialéctica política que lo anima, pues como ya he dicho en este trabajo, y es preciso insis-

<sup>20</sup> Louis Rolland: *“Le service public”*, París, 1934-1935, citado por Fernando Albi Cholbi, op. cit.

<sup>21</sup> Ya Albi se quejaba en su día de que el concepto de servicio público había entrado en crisis de manera irremediable, afirmando que la noción clásica de servicio público *“se ha deformado y ha perdido su precisión inicial para convertirse en una idea vaga y confusa, que ha ganado en extensión a costa de exactitud y de claridad”* (Albi, op. cit).

<sup>22</sup> Para Juan Carlos Etxezarreta Villaluenga el tratar de alcanzar una correcta definición de servicio público, o el intentar categorizar la noción, no hacen sino ahondar en la crisis del concepto (Juan Carlos Etxezarreta Villaluenga: *“La privatización en la Administración Local”*. Editorial Bayer Hnos. S. A., 1995).

<sup>23</sup> Gaspar Ariño Ortiz niega que pueda existir un concepto absoluto y homogéneo de servicio público (Gaspar Ariño Ortiz: *“Principios de Derecho público económico”*. Editorial Comares, S. L.).

<sup>24</sup> Francisco Javier Fernández González: *“La Intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman”*. Editorial Civitas, 1994.

tir, delimitar el sentido y alcance del concepto de servicio público en la actualidad significa redefinir los fines y el papel del Estado<sup>25</sup>.

## 5. Definición de servicio público

No obstante la dificultad y de la polémica existente en perfilar el contenido del servicio público, no me resisto a ofrecer una definición, elaborada teniendo en cuenta el contenido de las características predicables del servicio público, recogidas por la jurisprudencia y admitidas por la mayoría de los autores, y que suele encontrarse en cualquier Manual de Derecho Administrativo al uso. Así, el servicio público es una “*actividad material o técnica y de contenido económico y de titularidad pública, en cualquier caso positiva e indispensable para la vida social, prestada al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales, y bajo un régimen jurídico especial, y que es prestada por la propia Administración o por terceros por delegación de ésta*”. En esta definición, destacan como notas características las siguientes:

- a) *Actividad material o técnica*. La actividad ha de tener un contenido tangible, real, o bien, si es inmaterial ha de tratarse de una actividad de carácter eminentemente técnica; así, la actividad de servicio público puede consistir en una producción material de bienes (suministro de agua) como la prestación de servicios de tipo inmaterial (asistencia técnica de asesoramiento).
- b) *De contenido económico*. El servicio en sí mismo considerado ha de tener un contenido económico *per se*, es decir, tiene que tratarse de actividades que sean susceptibles de explotación económica independiente. Esta nota va a ser la piedra angular para delimitar las actividades de servicio público de aquellas otras que también presta la Administración y que son necesarias, como por ejemplo las actividades propias de los servicios administrativos (expedición de certificaciones), o de las denominadas prestaciones sociales<sup>26</sup>, pero que no son propiamente actividades de servicio público por faltar, precisamente, el

---

<sup>25</sup> Gaspar Ariño Ortiz justifica que el concepto de servicio público esté en crisis permanente porque “*el concepto de servicio público hay que plantearlo en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado*” (Gaspar Ariño Ortiz: “*Economía y Estado*”. Editorial Marcial Pons, 1993).

<sup>26</sup> No obstante, en las prestaciones sociales hay que distinguir aquellas que sí constituyen servicios públicos *stricto sensu* por ser susceptibles de explotación económica, de aquellas otras que no adquieren dicha categoría porque falta la nota del contenido económico de la prestación. Quede aquí apuntado este tema, si bien hablaré más adelante sobre esta cuestión.

requisito de la economicidad. Asimismo, no desnaturaliza la consideración del contenido económico de una actividad de servicio público el hecho de que su gestión sea deficitaria, o el hecho de que la Administración Pública titular del mismo imponga a los usuarios unos precios por debajo del costo efectivo de su prestación<sup>27</sup>.

- c) *Titularidad pública de la actividad*. La actividad ha de ser de titularidad pública. Esta nota ha de entenderse en el sentido de que la ley ha de reservar la actividad de que se trate a una Administración Pública, para que esta pueda prestarla. Esta reserva legal puede ser específica, numerativa o nominada, o genérica o innominada; a su vez, la reserva legal no quiere decir exclusión de la concurrencia del sector privado a su prestación, si bien, también puede ocurrir, en supuestos extraordinarios, y por declararlo así una ley que estos servicios públicos sean prestados en régimen de monopolio por una Administración Pública.
- d) *Actividad positiva*. Esta nota hace referencia a que la actividad ha de consistir en un *facere*, sin que la abstención o la inactividad puedan constituir servicios públicos.
- e) *Indispensable para la vida social*. La característica de que la actividad sea indispensable para la vida social para que pueda ser conceptuada de servicio público, es una nota que siempre ha estado presente en la legislación sobre régimen local. Para **Albi**, el requisito de que la actividad sea indispensable para la vida social precisa que se den alternativamente las siguientes circunstancias: que se trate de servicios o actividades de primera necesidad o que sean de utilidad pública; los primeros son aquellos –siguiendo al referido autor– que satisfacen las exigencias físicas elementales del organismo humano, y los segundos los que sirven a los intereses fundamentales de la colectividad derivados de la vida en común<sup>28</sup>. Obsérvese cómo **Albi** ya definía esta nota de manera suficientemente amplia, de tal modo que tenga acomodo en cualquier tiempo y lugar, pues así como las actividades o servicios que satisfacen las necesidades esenciales del organismo humano individual apenas pueden experimentar variación a lo largo del tiempo, no ocurre así con los que sirven a los intereses fundamentales colectivos, pues estos sí pueden ser objeto de muta-

<sup>27</sup> Incluso la legislación comunitaria europea, aunque tampoco ofrece una definición de servicio público, y parece desconocer esta categoría tal y como fue elaborada por la dogmática francesa, habla en el art. 86.2 del todavía Tratado de la Unión, de “servicios de interés económico general”, y en el art. III.166.2 del Proyecto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de “servicios de interés económico general”; de esta cuestión trato más extensamente *infra*.

<sup>28</sup> **Albi**, op. cit.

bilidad temporal, y lo que ayer era considerado esencial mañana no lo es, y viceversa. Característica del servicio público es la indeterminación apriorística y exclusiva de las actividades que pueden ser consideradas servicios públicos. También sobre esta nota volveré más adelante.

- f) *Dirigida al público*. La actividad ha de ser destinada a un número indeterminado de personas ya que el servicio público tiene una vocación universal. No empece a esta nota el hecho de que determinados servicios públicos vayan dirigidos a un sector o grupo determinado (por ejemplo, jubilados), siempre que dentro de este grupo el número de personas a que vaya destinado sea genérico e indeterminado, o dicho con otras palabras, puede concretarse o delimitarse apriorísticamente el sector del público a que va dirigido el servicio, pero dentro de este sector los llamados a servirse de él constituye un número potencialmente indeterminado.
- g) *Prestación regular y constante*. La nota de la prestación regular y constante del servicio público hace referencia a la ininterrupción del mismo y a su prestación continua.
- h) *Organización de medios personales y materiales*. El servicio público es esencialmente actividad, y esta actividad, al tener un contenido económico constituye una empresa en sentido objetivo; pues bien, esta empresa para poder ser desplegada requiere de un conjunto de elementos (personales y materiales) dispuestos en orden para realizar la actividad.
- i) *Régimen jurídico especial*. Peculiaridad del servicio público es su regulación mediante un régimen jurídico *ad hoc*.
- j) *Prestación por la propia Administración o por terceros*. El servicio público puede ser prestado por la propia Administración titular del servicio o por terceros, por delegación de ésta. Por ello hay que distinguir entre *titularidad de la actividad*, que siempre la tiene la Administración Pública, en el sentido expresado en la nota c), y la *titularidad de la gestión*, que puede estar en manos públicas o privadas. Esta distinción es capital para saber cuándo se produce una verdadera privatización en los servicios públicos<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Vid., más adelante el subepígrafe correspondiente a la privatización de los servicios públicos.

## **IV | EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SERVICIOS PÚBLICOS**

### **1. Introducción**

Una de las cuestiones capitales en el debate abierto en la actualidad, en los albores del siglo XXI, sobre los fines del Estado, es la del ejercicio de actividades económicas por parte del sector público en concurrencia con los particulares, así como la reserva al mismo de determinados servicios o actividades con o sin exclusividad, es decir, en régimen de monopolio o no. En definitiva, la cuestión del ejercicio de actividades económicas por las Administraciones Públicas está íntimamente ligada con la de la naturaleza de los servicios públicos, y a menudo aparecen confundidos aquellas y estos, confusión que ha perjudicado al servicio público. Por ello conviene tratar de delimitar ambas instituciones y establecer claramente las diferencias entre una y otra.

### **2. Fundamento legal del ejercicio de actividades económicas por las Administraciones Públicas**

Antes de entrar en profundidad en este debate se ha de comenzar por el principio, es decir, de dónde le viene al Estado la legitimidad para participar en el ejercicio de actividades económicas, o dicho de otra manera, averiguar los títulos que habilitan a las Administraciones Públicas para ejercer el papel de agente activo en el tráfico económico. Obviamente los términos de la habilitación se constriñen exclusivamente a la intervención del Estado en la actividad económi-



ca como un sujeto más que actúa en el mercado y sometido a las mismas reglas de aplicación que a los restantes agentes, y no a la legitimidad que tiene el Estado para dictar normas jurídicas sobre la materia, es decir, para establecer en cada momento las reglas abstractas y generales que disciplinen o regulen el sector económico del país, facultad ésta que constituye un atributo del Poder Legislativo; o dicho con otras palabras, la cuestión se plantea cuando el Estado se desprende de su “*ius imperium*” y desciende a la arena donde se desarrolla el juego económico entre todos los sujetos del mercado y sin más reglas que las que se aplican a éste de forma general y en régimen de igualdad con ellos.

Prescindiendo de títulos habilitantes anteriores a la CE, el título VII de la misma, que lleva por rúbrica “Economía y Hacienda”, comienza con el artículo 128, que es del siguiente tenor literal:

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.
2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente, en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

A los efectos de lo que aquí nos interesa, este artículo de la CE debe ser completado con el 131, perteneciente también al título VII, y el 38 que está ubicado en el Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales, y dentro de este Título, en el capítulo segundo, que lleva por rúbrica “derechos y libertades” El artículo 131 dice:

**El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la riqueza y su más justa distribución.**

Y, finalmente, el art. 38 declara que:

**Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de economía general y, en su caso, su más justa distribución.**

De estos artículos, que constituyen el núcleo esencial de la denominada “constitución económica<sup>30</sup>”, se pueden deducir las siguientes características que van perfilando la posición del Estado en relación con la actividad económica:

a) La libre iniciativa privada en el ejercicio de la actividad económica y el sistema económico de mercado quedan elevados al rango de derechos fundamentales, y además, derechos fundamentales de los incluidos en el capítulo segundo del título I de la Constitución, lo cual supone que la protección y garantía que la Constitución les atribuye es la máxima prevista en nuestro sistema constitucional, e implica que el derecho a la libre iniciativa privada y el sistema económico de mercado están protegidos por esta cuádruple garantía:

1<sup>a</sup>. Vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE), por lo que los poderes públicos tienen que hacerlos efectivos de forma directa, impidiendo cualquier obstáculo a su libre ejercicio.

2<sup>a</sup>. La regulación de estos derechos ha de hacerse necesariamente por ley orgánica que, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (art. 53.1 y 81.1 CE).

3<sup>a</sup>. Cualquier ciudadano, en caso de conculcación, puede impetrar su protección y defensa ante los tribunales ordinarios de justicia a través de un procedimiento especial y sumario.

4<sup>a</sup>. Esta protección alcanza su máxima expresión en la impetración directa mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

b) En consecuencia, *a sensu contrario* queda proscrito el sistema socialista de colectivización y propiedad estatal de los medios de producción, así como el sistema de planificación económica estatal y obligatoria para el sector privado.

c) Las Administraciones Públicas pueden entrar libremente en el mercado y permanecer en él, juntamente con los restantes sujetos privados, pero sometiéndose a las mismas reglas que éstos.

d) Todos los recursos y toda la riqueza generada por el ejercicio de actividades económicas, sean sujetos públicos o privados quienes la originen o sean sus titulares, quedan subordinados al interés general.

---

<sup>30</sup> Ariño Ortiz define la constitución económica como el conjunto de preceptos constitucionales que expresan principios, criterios, y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social (Ariño Ortiz: op. cit).

e) Como concreción de la nota anterior, al sector público le están reconocidas las siguientes atribuciones, de menos a más, de carácter extraordinario:

1ª. Reserva a dicho sector público de recursos o servicios esenciales en régimen de concurrencia.

2ª. Reserva, asimismo al sector público de recursos o servicios esenciales en régimen de monopolio.

3ª. Intervenir en empresas cuando así lo exija el interés general.

Obsérvese cómo la Constitución exige que estas atribuciones extraordinarias al sector público hayan de hacerse mediante ley, esto es debido a que tales facultades suponen una limitación, o al menos una modulación de los derechos fundamentales de libre iniciativa privada y de economía de mercado, y por tanto su regulación ha de hacerse mediante ley, como vimos.

Los preceptos citados y el ejercicio de la actividad económica por parte de las Administraciones Públicas ha dado lugar a un rico, profundo y apasionado debate doctrinal<sup>31</sup>, como no podía ser menos, puesto que se está debatiendo sobre el sentido y fines del Estado.

En efecto, tras la promulgación de la CE no puede ser cuestionada la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan ejercer la libre iniciativa económica, pues el primer inciso del número dos del art. 128 de la CE es meridiano. Ahora bien –y aquí está la polémica en la actualidad–, mientras que para unos autores esta libertad de acción para los poderes públicos es incondicionada, una vez obtenido su refrendo en el texto constitucional, para otros tal libertad no es absoluta, basándose para ello en una interpretación sistemática de los artículos constitucionales considerados como el núcleo duro de la denominada constitución económica, es decir, el 38, 128 y 131 de la CE y llegan a la conclusión de que la Administración únicamente puede concurrir al mercado de forma excepcional y siempre de manera subsidiaria, ante la ausencia o déficit de la iniciativa privada.

---

<sup>31</sup> Martín Bassols Coma señala que desde que la empresa pública comenzara a ejercer iniciativa en el orden económico, la cuestión de si ese libre ejercicio es absoluto e incondicionado, o si, por el contrario, tiene alguna limitación viene envuelta en intensas y prolongadas polémicas políticas y economicistas que en determinadas etapas ha tenido su reflejo explícito en los propios textos constitucionales (Bassols: op. cit).

El profesor **Francisco Sosa Wagner** es un partidario decidido de la libre iniciativa pública en la actividad económica sin cortapisa alguna. Y es que para este profesor esta libre iniciativa no se agota o justifica en sí misma, sino que es *“un típico instrumento de política económica y una de las características más expresivas del Estado social de derecho”*, y el artículo 128.2 *“supone erradicar del Ordenamiento jurídico el principio de subsidiariedad que en la legislación anterior presidía la actuación de la empresa”*. En apoyo de su posición cita el profesor Sosa Wagner la STS de 6 de septiembre de 1989, que explícitamente declara derogado el principio de subsidiariedad:

el artículo 128.2 CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores, el privado y el público, que constituye lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta, apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiariedad.

En el ejercicio de esta actividad distingue el autor citado, en función de su intensidad, una intervención pública ordinaria en la actividad económica, y otra cualificada; la primera tiene su asiento en el inciso primero del párrafo 2 del artículo 128 CE, declaración constitucional que legitima la acción económica de cualquier ente público (Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales), y comprende tanto la gestión directa de actividades económicas como indirecta, confiada a organizaciones públicas o privadas. Pues bien, para Sosa Wagner el ejercicio de este tipo de actividad deriva directamente de la propia Constitución, sin que sea exigible ley ordinaria habilitante para cada tipo de iniciativa pública, porque en estos casos estamos *“ante una típica actividad prestacional o, en su caso de fomento que sólo exigen un apoderamiento legal específico cuando desencadenan actuaciones con eficacia limitativa o ablatoria. Por tanto, para el ejercicio de este tipo de actividad basta con la mera decisión del Gobierno (en el caso del Estado o de las Comunidades Autónomas) o del Pleno (en el caso de las Corporaciones locales)”*. Por el contrario, la actividad cualificada es aquella en la que determinados servicios o recursos de carácter esencial quedan reservados al sector público, y ahora sí es preciso el título habilitante de ley formal.

Esta tesis aboca a una concepción amplia del servicio público. La definición del servicio público ofrecida más arriba encaja perfectamente con los postulados mantenidos por los defensores de esta postura. Para estos autores la distinción entre actividad económica pública y servicio público está clara y no supone confusión alguna: toda actividad de servicio público tiene contenido económico, pero no toda actividad económica pública tiene la consideración o constituye

servicio público. La actividad económica carece del matiz prestacional en el sentido de que con la misma no se da satisfacción a una necesidad socialmente sentida, sino que se actúa en el mercado con la finalidad de obtener un rendimiento económico, con independencia de la concreta actividad de que se trate; por el contrario, la actividad de servicio público va derechamente dirigida a satisfacer una demanda social, actividad que puede –y que debe– reportar un beneficio económico, pero la obtención del beneficio económico no es la causa mediata de la prestación.

En la posición contraria, **Gaspar Ariño Ortiz** restringe el concepto de servicio público, y aboga por la aplicación del principio de subsidiariedad en el ejercicio de actividades económicas por parte de las Administraciones Públicas. **Ariño** parte de la consideración de que el principio de subsidiariedad tenía hondo arraigo en la legislación anterior a la CE, y así los Planes de Desarrollo<sup>32</sup> se basaban en este principio de subsidiariedad, de tal modo que en ellos, las actuaciones del Estado en el ejercicio de la iniciativa pública económica tendían y se justificaban en suplir a la iniciativa privada en aquellos sectores o lugares en donde quedara contrastada su inexistencia o insuficiencia. Ocurrió, según **Ariño**, que la finalización de los Planes de Desarrollo (1976) vino a coincidir con el período constituyente y se produjo entonces un cierto rechazo crítico al principio de subsidiariedad que fue sustituido por la doctrina por el de “*complementariedad*” de la iniciativa pública o por el de “*coiniciativa*” económica, significando uno y otro que tanto la iniciativa privada como la pública empresarial debían de reconocerse en régimen de igualdad, y esta es la justificación del inciso primero del número dos del art. 128 CE. **García Ariño** no tiene más remedio que reconocer que la Constitución es cuando menos neutra en lo que se refiere al establecimiento del sistema económico, o dicho con las propias palabras del autor “*después de algunos años de discusión, la conclusión es hoy que la Constitución es neutral en materia de orden económico, dejando abiertas distintas posibilidades a legislador con el sólo límite de observar los preceptos constitucionales*”<sup>33</sup>, así como los principios derivados de la denominada Constitución económica. Esta neutralidad económica es una más de las calculadas ambigüedades buscadas a propósito por el legislador constitucional para permitir de forma flexible el juego de la dialéctica política de cada momento, y en lo que se refiere al papel de la iniciativa pública en la actividad económica, puede seguirse tanto el principio de subsi-

<sup>32</sup> En España fueron aprobados hasta cuatro planes de desarrollo de ámbito cuatrienal (1962-1976).

<sup>33</sup> **Gaspar Ariño Ortiz**, op. cit.

diariedad como el de economía mixta, ya que el art. 128.2 de la CE es meridianamente claro en habilitar al sector público al ejercicio de actividades económicas en concurrencia con los particulares en el mercado. No obstante, **García Ariño**, consciente que desde el punto de vista de la legalidad constitucional no es posible aplicar el principio de subsidiariedad, estima que la Administración Pública, en todo caso no tiene una libertad absoluta para el ejercicio de la libre iniciativa económica, sino que esta iniciativa únicamente será posible cuando su ejercicio quede justificado por el *interés general*, y en este sentido aboga en la práctica por un sector público abstencionista en lo que se refiere a su participación en el juego económico, pues, a su juicio esta participación de las Administraciones Públicas españolas en la vida económica es la causa principal del déficit del sector público y de la quiebra del Estado del bienestar social, y de la huída de las Administraciones del Derecho Público, temas éstos a los que me referiré en otro epígrafe posterior. Baste ahora decir que **García Ariño** propugna que la Administración Pública se retire a ejercer únicamente las actividades propias de su giro o tráfico que son las que le corresponden en función del *ius imperium* del que es titular, y solamente quedaría habilitada para participar en el libre juego de la iniciativa económica cuando lo exija el *interés general*, es decir, ante la ausencia, deficiencia o insuficiencia de la iniciativa privada en la concreta actividad de que se trate; pero claro, resulta que *mutatis mutandi* el interés general concebido como ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada para justificar el ejercicio de la iniciativa pública en este campo, no es sino volver al principio de subsidiariedad por otro camino, principio de subsidiariedad que, como hemos visto, no se sostiene desde el punto de vista del texto constitucional.

Enlazando con el anterior planteamiento, **García Ariño** construye una noción restringida del concepto de servicio público. Parte el ilustre profesor de considerar que el concepto originario de servicio público fue ampliándose poco a poco para dar cabida a toda clase de actividades económicas a que se lanzó el Estado, sobre todo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, y se confundieron ambas actividades, la de actividad económica de las Administraciones Públicas y la actividad de servicio público, a pesar de que estas actividades quedan sometidas al Derecho Privado, en cumplimiento de las reglas del mercado, aunque sean desempeñadas por sujetos públicos, mientras que el servicio público queda sometido al Derecho Público; éste supone ejercicio de potestades públicas y aquellas no. Por ello, el concepto de servicio público ha de desprenderse de estas actividades económicas extrañas a su organismo, y volver al concepto estricto de servicio público, concepto estricto que **García Ariño** fundamenta en el segundo inciso del párrafo dos del artículo 128 de la CE cuando dice que “*mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en ca-*

*so de monopolio*”, pues estos “*recursos o servicios esenciales*” no son otros que los servicios públicos, de tal modo que cuando la ley declare determinados servicios como esenciales, con independencia de que efectivamente sean ejercidos en régimen de monopolio estaremos en presencia de los auténticos servicios públicos, y aquellas otras actividades de tipo económico que ejerzan las Administraciones Públicas sin estar expresamente reservados al sector público, no constituirán servicio público, sino libre iniciativa económica. En este mismo sentido, **Garrido Falla** afirma que tras la entrada en vigor de la Constitución, y a virtud del artículo 128, el concepto estricto de servicio público de carácter económico queda referido exclusivamente a aquellos servicios esenciales que la ley reserve al sector público, con lo que niega la existencia de servicios públicos, en sentido estricto no esenciales<sup>34</sup>.

La anterior posición doctrinal aunque es compartida por ilustres administrativistas<sup>35</sup> tiene también ilustres opositores, entre ellos **Bassols Coma**<sup>36</sup>. Parte este autor de la evidencia de que en la doctrina española no ha existido hasta la fecha una categorización del instituto de las reservas, pero que en cualquier caso, su finalidad institucional no es otra que

la de preconstituir títulos excluidos de gestión económica a favor del sector público, no la de predeterminar o establecer la titularidad de servicios públicos y funciones públicas (...). Y ello queda patente si se considerara que, a efectos de la reserva de los “servicios esenciales” sólo pueden reputarse como tales a los “servicios públicos” en sentido formal y técnico, resultaría que la reserva se disolvería en una autorreserva apenas sin sentido sobre un servicio cuya titularidad ya tiene reconocida por el Ordenamiento jurídico<sup>37</sup>.

**Bassols** aboga por la concepción amplia del concepto de servicio público, negando la identificación absoluta entre servicio público económico y monopolio, y entendiendo por servicios públicos desde los que quedan integrados en la Administración hasta aquellos otros que la Administración simplemente reglamen-

<sup>34</sup> Fernando Garrido Falla: “*El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto del servicio público*”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 29. Abril-Junio 1981.

<sup>35</sup> Aparte de García Ariño y de Garrido Falla, ya citados, también es de la misma opinión Alejandro Guaita.

<sup>36</sup> De la misma opinión es José María Díaz Lema.

<sup>37</sup> Bassols Coma: op. cit.

ta y pasando por los servicios públicos virtuales o impropios<sup>38</sup>; de la misma manera, la expresión de servicios esenciales usada en el art. 128 de la CE puede comprender tanto a aquellas actividades económicas ya declaradas servicios públicos, como a aquellas actividades económicas privadas gestionadas en el ámbito del mercado, y que por el devenir histórico se aprecie que han adquirido la condición de servicios esenciales y que, en consecuencia, debe reservarse su gestión al sector público.

**Parada Vázquez** mantiene una posición ecléctica. Parte de la dificultad de establecer un criterio material que determine qué actividades son públicas por naturaleza y cuáles deben ser naturalmente confiadas a la libre iniciativa privada. Analiza, a continuación, las dos ideologías opuestas que llegan a resultados irreconciliables: la ideología liberal, caracterizada por reservar a la iniciativa privada toda actividad susceptible de rendimiento económico positivo, y constreñir a los poderes públicos únicamente aquellas actividades que o no son susceptibles de rendimiento económico, o éste es deficitario; y la ideología socialista, para la cual todas las actividades de prestación que comportan poder, y fundamentalmente las financieras y los grandes medios de producción y de servicios, tienden a depender del sector público. Pero tanto en uno como en otro sistema no hay un criterio válido para toda clase de situaciones, pues aquella actividad prestacional que hoy es esencial mañana puede no serlo, y, de la misma manera, aquella otra actividad que hoy es muy rentable económicamente mañana puede ser deficitaria, pero tiene que seguir prestándose por su carácter esencial para la comunidad. De aquí **Parada** llega a la conclusión de que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza y que la determinación de aquellas actividades que han de satisfacerse desde la Administración depende en cada caso y circunstancia de un acto volitivo del poder político mediante la reserva de determinadas actividades al sector público; y esta conclusión –añado yo– no es incompatible con el hecho de que la reserva al sector público tenga un carácter indeterminado, pero determinable, como ocurre en el ámbito local con los servicios públicos que califico en este trabajo, más adelante, de *innominados*<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Los servicios públicos impropios o virtuales están constituidos por aquellas actividades que la Administración declara de interés público, pero a su vez, permite su desarrollo por los particulares bajo determinadas condiciones de control administrativo, como por ejemplo, el servicio público de autotaxis.

<sup>39</sup> Utilizo la expresión de servicios innominados para designar a aquellos que la legislación atribuye la naturaleza de servicios públicos, pero que únicamente define de forma genérica, vaga o abstracta, en contraposición a aquellos otros que concreta mediante su enumeración individualizada.



Sin embargo, Parada, matiza más adelante su postura y concluye que la Constitución pretende ser neutral en este tema, pero que se decanta en pro de una cierta preferencia a favor del sector privado para el ejercicio de actividades económicas, dada la ubicación sistemáticamente preferente del artículo 38 que reconoce la libertad de empresa como un verdadero derecho subjetivo (Sección segunda del Capítulo II del Título I) con respecto al artículo 128 que reconoce, como sabemos, el ejercicio de actividades económicas por los poderes públicos en concurrencia con los particulares, y la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, incluso en régimen de monopolio<sup>40</sup>, y que está contenido en el Título VII de la CE bajo la rúbrica de “Economía y Hacienda”.

Personalmente, parto de un concepto amplio del servicio público acorde con la definición dada y que despliega toda su intensidad en la esfera local, como enseña examinaré. Una de las cualidades que ha de predicarse de una concreta actividad para que pueda ser calificada de servicio público, es que mediante la misma sea satisfecha una necesidad indispensable para la vida social, y procurar y gestionar su cumplimiento corresponde a los poderes públicos, de acuerdo con la configuración de nuestro Estado como social, según proclama solemnemente el artículo 2 de la CE. Y el instrumento adecuado y técnico que tiene el Estado para garantizar la procura de esta necesidad es el servicio público. Quizá la cuestión radique en concretar lo que en cada momento histórico una sociedad determinada entienda como indispensable para la vida social, y por esto el servicio público, o mejor dicho, las necesidades a las que da respuesta tienen carácter contingente y gradante. Esta es la miseria y la grandeza del servicio público; miseria, porque impide predeterminar con carácter absoluto e inmutable las actividades de servicio público, y grandeza, porque permite dar respuesta a necesidades cambiantes con el mismo instrumento, y creo que esta es la razón de la larga pervivencia de esta institución en nuestro Derecho más allá de sus crisis, crisis que, por otra parte, no son sino el proceso de adaptación a nuevas necesidades generadas por la sociedad a la que sirve.

En lo que se refiere al ejercicio de actividades económicas por las Administraciones Públicas, entiendo que toda actuación de la Administración Pública debe estar presidida por el interés general, entre otras razones, porque el art. 9.3 de la CE así lo demanda cuando declara que “La Administración sirve con objetividad el interés general”, y como segunda razón, porque es la única manera de conjugar

---

<sup>40</sup> Ramón Parada Vázquez: “Derecho Administrativo”. Editorial Marcial Pons, 1993. Tomo I.

el art. 38 de la CE, que establece el principio de libertad de empresa como uno de los derechos fundamentales, con el art. 128.2. De aquí que el ejercicio de actividades económicas por las Administraciones Públicas ha de quedar supeditado a la existencia, y previa justificación y acreditación correspondiente, de un interés general que lo justifique, pero sin caer en el dogma de la subsidiariedad, ya desfasado y abolido por la CE, pues este interés general no queda constreñido exclusivamente a los supuestos de subsidiariedad. Esta interpretación tiene la ventaja, además, de servir de parámetro para distinguir los servicios públicos in-nominados del simple ejercicio de actividades económicas: aquellos tienen como finalidad satisfacer *necesidades esenciales* de la comunidad, que habilita y obliga a las Administraciones Públicas para su prestación, mientras que para concurrir al ejercicio de actividades económicas es preciso aducir y demostrar un *interés general*, o dicho de otro modo, los servicios públicos son la respuesta a necesidades esenciales de la comunidad, y por tanto, es obligatorio su ejercicio, mientras que con el ejercicio de actividades económicas las Administraciones Públicas dan respuesta a necesidades accidentales de la comunidad, y por ello su ejercicio es más o menos discrecional.



## V | EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL

### 1. Importancia del servicio público local

En el ámbito local, decir municipio es decir servicios públicos; no hay ninguna otra Administración Pública que esté tan identificada con la actividad prestacional como la local, hasta el punto de que el municipio es la personificación del servicio público, el cual es percibido como una emanación natural de aquél. El origen de esta identificación quizá esté en el propio origen del municipio. En efecto, el municipio es la primera organización social compleja que conoce la humanidad una vez superada la fase de la mera agrupación familiar y tribal. Esta primitiva organización social tenía que velar por la supervivencia del conjunto de personas que habitaban en el mismo espacio, y proveer a sus necesidades. Así tenía que procurar que en el entorno físico que constituía su territorio no faltase agua potable, debía de velar porque hubiese letrinas, por el trazado y seguridad de los caminos... etc., en definitiva, el origen del servicio público aparece íntimamente ligado al origen del municipio, quizá, incluso fue la causa de su nacimiento histórico como organización social y política. Esta vocación de servicio que acompañó el nacimiento del municipio no la ha ido perdiendo a lo largo de la historia, y cuando el Estado aún era ajeno a la prestación de los ordinarios servicios públicos, el municipio los venía prestando. **Villar Rojas** señala que en Inglaterra, a lo largo de los siglos XVIII, XIX y buena parte del XX, los servicios públicos fueron atendidos casi exclusivamente por las entidades locales<sup>41</sup>. Y lo mismo podría decirse de la mayoría de los países continentales.

---

<sup>41</sup> Francisco José Villar Rojas: *“Privatización de..., op. cit.”*.

Esta vinculación de hecho entre servicios públicos y municipio fue observada por el legislador en la época de la codificación de las normas sobre régimen local, a partir del último tercio del siglo XIX y la sancionó en los textos articulados, de forma detallada. Así, el Estatuto Municipal de 1924 llegó a afirmar en su exposición de motivos

**Estima el Gobierno un acierto de gran significación pedagógica esta sistematización de servicios obligatorios, que por su misma índole enaltecen la alcurnia jurídica de la personalidad municipal.**

En fin, toda la legislación sobre régimen local en España a lo largo del siglo XX tuvo muy presente el alto papel que significa para los entes locales la prestación de los servicios públicos, y la ha regulado en consonancia.

Desde el punto de vista de la gestión, la recuperación del sistema democrático en la vida municipal, tras la promulgación de la Constitución de 1978, y la celebración de las primeras elecciones municipales en 1979, vino a poner de relieve el papel que desempeñan los municipios en la prestación de los servicios públicos, y la importancia que los vecinos electores otorgan a su eficiencia a la hora de depositar su voto en los comicios. En efecto, en los últimos tiempos del régimen del General Franco la institución municipal estaba en crisis, por diversas causas cuyo estudio no es objeto de este trabajo. Esta crisis quedó encarnada, entre otras manifestaciones, en la gestión de los servicios públicos, prestados en muchas ocasiones de forma obsoleta y que terminaron funcionando por mera inercia; incluso la sociedad demandaba a los municipios la prestación de otros servicios públicos acordes con los nuevos tiempos, aparte de los tradicionales (cementerios, suministro de agua, mercado de abastos... etc.). Así las cosas, los flamantes concejales democráticos se encontraron de la noche a la mañana, con una larga listas de problemas a resolver, empezando por los más básicos: que el municipio funcionara<sup>42</sup>, y para ello había que mejorar la calidad de los servicios públicos y aumentar su número, tarea a la que se dedicaron con ahínco y en la que consiguieron, como regla general, evidentes mejoras. Los buenos resultados obtenidos en la mejora de la gestión y funcionamiento de los servicios públicos

---

<sup>42</sup> A este respecto, **Martín Mateo** cuenta una anécdota significativa del profesor y alcalde de Madrid, **Enrique Tierno Galván**. Al acceder éste a la alcaldía de la Villa, un comentarista hizo notar cómo temblaba por el suministro de agua de su domicilio, pues temía que el nuevo alcalde, cuyas dotes morales y políticas no eran controvertidas, no iba a estar a la altura del suministro de los imprescindibles servicios municipales. **Ramón Martín Mateo**: “*Administración Local y Constitución*”. Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica, núm. 225, enero-marzo 1985.

hicieron que los gobernantes locales anudaran este éxito a la gestión democrática de los municipios, poniendo de relieve la diferencia que había con el régimen anterior en materia de prestación de servicios públicos. A su vez, el reconocimiento de los electores de esta realidad trajo como consecuencia que los regidores municipales se volcaran en el aumento del número y en la mejora de la calidad de los servicios a prestar. Por otra parte, el Estado se encontraba en aquel entonces en pleno proceso de transferencia a las Comunidades Autónomas de los servicios que hasta ahora venía prestando, por lo que estos servicios, objeto de transferencias del Estado a las Comunidades Autónomas, estaban en una situación de “impasse” en la que aquel dejaba de prestarlos, pero éstas aún no tenían a punto la maquinaria para gestionarlos adecuadamente, lo que vino a resaltar por comparación la diferencia en la calidad de los servicios prestados por los municipios y los prestados por las Comunidades Autónomas y el Estado. En este contexto la LRBRL –recuérdese que es de 1985 y que las primeras elecciones municipales tras la Constitución se celebraron en 1979– a la vista de esta realidad, pretendió reforzar el carácter positivo que en la práctica presentaba la gestión de los servicios públicos, y atribuyó a los municipios, aparte de un elenco de servicios obligatorios mínimos a prestar (art. 26), una lista en la práctica indefinida e indeterminada de competencias sobre los servicios que voluntariamente pueden prestar (arts. 25.1 y 28). En consecuencia, la acción decidida de los gobernantes locales en lograr una satisfactoria prestación de los servicios públicos locales, ha venido a reforzar el papel que para la sociedad tiene el servicio público local, llegando, incluso, a basar y legitimar en buena medida la acción de los gobiernos locales por los resultados obtenidos en la gestión de sus servicios públicos e incluso en detrimento de su acción política<sup>43</sup>.

Nuestra vigente LRBRL, pues, atribuye un amplio elenco de servicios a las Entidades locales, algunos de ellos esenciales para la vida humana como el abastecimiento de agua, o el alcantarillado. Sin embargo, las potestades que el ordenamiento jurídico les atribuye con respecto a los mismos se ciñen a la prestación por la propia entidad del servicio correspondiente, y la determinación de las condiciones de su prestación, tanto para la empresa titular de la gestión, en el supuesto de gestión indirecta, como para los usuarios del servicio, pero no alcanza a la potestad de regular de forma global la actividad, que constituye un auténtico servicio público, no lo olvidemos, de tal modo, que queda fuera del

---

<sup>43</sup> Videatur: “Reivindicación de la función política de los gobiernos locales”, de Juan Francisco Parra Muñoz. Revista La Actualidad Administrativa, núm. 5, 27 enero-2 de febrero de 2003.

alcance de la potestad del ente local la completa regulación del mismo cuando tal actividad no constitutiva de monopolio sea prestada por los particulares libremente; es decir, que el ente local tiene plena potestad para regular la prestación de “su” servicio, bien lo gestione de modo directo, bien de modo indirecto, pero carece de potestad plena para regularlo en su totalidad cuando esta misma actividad económica sea ejercida por los sujetos privados como titularidad propia y al margen de su prestación pública. La Comisión redactora del Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local ha señalado esta cuestión al decir

**Habitualmente se ha entendido que la obligación municipal de prestación de estos servicios se refiere a su mero establecimiento, sin incluir claramente potestades de regulación o de intervención. Sin embargo, la Comisión considera que el principio de autonomía local exige que se proyecte sobre estos servicios públicos no sólo la gestión, sino también las potestades de planificación, programación y regulación de los mismos,**

y propone

**unificar los actuales artículos 26, relativo a los servicios mínimos de prestación obligatoria por los municipios, y 86.3, referente a la reserva a favor de los entes locales de actividades y servicios esenciales, fijando un listado material debidamente actualizado a la realidad actual, respecto de las que el municipio ejercerá las potestades normativas y ejecutivas correspondientes<sup>44</sup>.**

Por tanto, es de desear que el legislador que reforme la LRBRL tenga en cuenta la propuesta de la Comisión redactora del Libro Blanco.

También el Tribunal Supremo ha tenido presente el alto papel a desempeñar por los servicios públicos para el municipio, hasta el punto de fundamentar en ellos la autonomía local, enlazando así con lo afirmado en la exposición de motivos del Estatuto de Primo de Rivera anteriormente transcrito. Dice la STS de 19 de enero de 1999:

**la imposición al municipio de la prestación de servicios mínimos o esenciales supone, simultáneamente, la asignación de competencias so-**

---

<sup>44</sup> “*Libro blanco para la reforma del gobierno local*”, editado por la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial del Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 2005.

**bre tales materias, constituyendo dichas competencias el núcleo irreductible de la autonomía local indisponible para el legislador sectorial.**

Es evidente que el Municipio ostenta una indiscutible naturaleza política, de donde le deviene un cierto grado de autonomía política, como asimismo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina<sup>45</sup>. Pero, volviendo al tema que nos ocupa, es que, además, los servicios públicos locales constituyen auténticos derechos subjetivos para quienes tengan la condición legal de vecinos, y como tales pueden exigir la prestación y el establecimiento del correspondiente servicio público, siempre que éste constituya una competencia municipal propia de carácter obligatorio, y que, en realidad, es una consecuencia lógica de la imposición legislativa a los entes locales de la prestación de una serie de servicios con el carácter de obligatorios (art. 26.1 LRBRL). En efecto, el artículo 18.1.g de la LRBRL declara como derecho de los vecinos

**Exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio.**

La concepción del servicio público local como un derecho subjetivo que otorga acción directa al vecino ante los tribunales de justicia para impetrar su establecimiento o funcionamiento, al menos, para los servicios mínimos obligatorios, es una importante novedad de la legislación local, que carece de correspondencia o analogía en el régimen legal de prestación de los servicios públicos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Una vez más, la Administración local constituye la vanguardia en la exigencia de la prestación de los servicios y en la adaptación de la normativa a la realidad social, y que es una consecuencia de la afirmación constitucional de la concepción del Estado como social y democrático de derecho (art. 1 de la CE), como ha reconocido la jurisprudencia.

Una cuestión muy interesante que suscita el hecho de que, por una parte determinados servicios tengan el carácter de obligatorios para los municipios, y de otra, que estos servicios constituyan auténticos derechos subjetivos para los vecinos hasta el punto de que pueden exigir por vía judicial su implantación y / o prestación, es el nivel de calidad exigible a la Administración local en la actividad prestacional de estos servicios. O dicho con otras palabras, ¿existe algún es-

<sup>45</sup> Vid., nota 43.



táandar mínimo en la calidad de la prestación de los servicios públicos? La LRBRL no dice nada al respecto, ni tampoco las diferentes leyes sobre régimen local de las distintas Comunidades Autónomas. A lo más que llegan algunas de estas leyes autonómicas es a exigir un nivel de prestación homogéneo de los servicios públicos en cada municipio. La más completa a este respecto es la legislación andaluza, cuya Ley 7/1993 de 27 de julio, sobre Demarcación Territorial, artículo 4 prescribe lo siguiente:

**4.1. Los Ayuntamientos andaluces están obligados a garantizar a la población residente en sus términos un mismo nivel de prestación de los servicios públicos de carácter básico de su competencia, sin distinción alguna por razón de la localidad territorial de aquella o su distanciamiento del núcleo principal.**

**4.2. El Consejo de Gobierno aprobará, a propuesta del Consejo Andaluza de Municipios, y a los efectos de lo dispuesto en este artículo, los niveles homogéneos de prestación de cada uno de los servicios mediante la fijación de resultados, de características técnicas o de modalidades de prestación que deban conseguirse.**

Si bien a la fecha de hoy no ha sido desarrollado el artículo 4.2, y no está aprobado el estándar de homogeneización de los servicios mínimos, y ello a pesar de que han transcurrido doce años desde que fuera promulgada la referida ley, cualquier vecino de cualquier municipio andaluz puede exigir a su Ayuntamiento que el nivel de calidad en la prestación de cada uno de los servicios mínimos sea idéntico para todo el territorio municipal; en este sentido puede entenderse que el artículo 4.1 de la Ley de Demarcación Territorial de Andalucía constituye un perfeccionamiento cualitativo del artículo 18.1 g. de la LRBRL. Pero, una cosa es que el servicio sea prestado de forma homogénea para todo el territorio de un mismo municipio, y otra muy distinta, es la determinación de una calidad mínima en su prestación; por esto, en la práctica, en tanto no quede fijado dicho estándar mínimo de calidad en la prestación de cada servicio obligatorio será muy difícil exigir una determinada calidad en tanto esta no quede prefijada legalmente<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Constituye una ocasión perdida el que una vez que la Ley de Andalucía 7/1993 ha dado el paso adelante de configurar una calidad mínima en la prestación de los servicios públicos municipales obligatorios, no haya desarrollado las previsiones en este sentido del artículo 4.2. Anudando el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por la prestación de los servicios públicos en los casos de que se produzca una lesión como consecuencia de su funcionamiento, a la calidad de los servicios públicos, Martín Rebollo pone el dedo en la llaga al decir que de *lege ferenda* cabría apuntar que fue-

Otra solución sería que la legislación sectorial, en su caso, de cada servicio estableciera los parámetros de calidad en su prestación, pero cuando ésta existe rehuye la cuestión.

Entonces, ¿el municipio cumple con implantar y prestar todos y cada uno de los servicios mínimos obligatorios, de forma homogénea para todo el territorio municipal, pero al margen de la calidad de su prestación? O formulada la pregunta desde otro punto de vista, el ciudadano, el vecino ¿no tiene derecho a exigir una determinada calidad en la prestación de los servicios obligatorios, que, incluso pueda hacerlo valer en vía jurisdiccional? La única respuesta positiva que hay en la actualidad es acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial. A este respecto, **Martín Rebollo**, en la obra citada en la nota anterior afirma que una de las funciones del instituto de la responsabilidad patrimonial es la de servir de control de calidad en la prestación de los servicios públicos, pues, dicho en palabras de **Martín Rebollo**, la responsabilidad apunta al corazón mismo de las dimensiones del Estado, a las pautas de calidad en la prestación de los servicios, a las exigencias del buen funcionamiento. No obstante señala el autor como punto débil la ausencia de fijación legal de los estándares de calidad de los diferentes servicios, función que necesariamente ha de ser asumida por el juez o tribunal, sin más criterio que el propio del juzgador, y de ahí la casuística dispar que se produce<sup>47</sup>. No obstante, siendo el instituto de la responsabilidad patrimonial el único arma existente para velar por un estándar mínimo de calidad en la prestación de los servicios públicos, y por tanto un instrumento necesario, no es suficiente, porque la responsabilidad patrimonial únicamente valora la calidad de los servicios públicos en el supuesto de que se haya producido una efectiva lesión como consecuencia de su funcionamiento, pero deja fuera de su cobertura todos aquellos casos en que el servicio es de calidad baja o pésima, pero que no produce una lesión efectiva en los usuarios del servicio público. Por ello sería deseable que el legislador autonómico andaluz desarrolle a la mayor

---

ra el legislador quien, en la medida de lo posible, fije pautas, criterios, reglas, principios orientadores, parámetros de calidad o de frecuencia en la prestación de los servicios públicos, para que, en los casos de responsabilidad patrimonial, no quede su determinación al albur de cada juez o tribunal (**Luis Martín Rebollo**: “*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España*”. Revista Documentación Administrativa, número 237-238, enero-junio 1994).

<sup>47</sup> En este sentido **Martín Rebollo**, en la obra citada, dice que “si el juez pone idealmente el elemento comparativo presuponiendo un estándar alto de calidad en el funcionamiento medio de los servicios, los supuestos de responsabilidad se amplían, pues todo funcionamiento por debajo de ese nivel óptimo –e irreal– implicaría un “funcionamiento anormal”, cuyos daños serían siempre indemnizables. Mientras que si la comparación se hace a partir del presupuesto de un funcionamiento medio de los servicios muy bajo sucedería lo contrario: los supuestos de responsabilidad se reducirían porque por encima de ese estándar medio no existiría un funcionamiento anormal”.

brevedad posible el artículo 4.2 de la Ley de Demarcación Territorial, y en todo caso, que se produzca la determinación legislativa de los parámetros de calidad en la prestación de los servicios públicos, tal y como solicitaba **Martín Rebollo**.

## 2. El servicio público local y la legislación estatal sectorial y autonómica

El artículo 137 de la CE garantiza la autonomía de los municipios, las provincias y las Comunidades autónomas para la gestión de sus respectivos intereses. Por tanto, la autonomía local (municipios y provincias) goza de garantía institucional constitucionalmente sancionada. Ello quiere decir que el legislador ordinario, bien el estatal, bien el autonómico, no puede desconocer la existencia de dichos entes locales, ni menoscabar su ámbito de actuación necesario para el ejercicio autónomo de sus intereses respectivos. Pero el problema se presenta porque, así como el propio texto constitucional fija la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y le asigna a éstas una larga lista de competencias en el art. 148, no sucede lo mismo con los entes locales pues la CE no concreta en ningún artículo cuáles sean las suyas. En consecuencia, esta labor la ha querido deferir la Constitución al legislador ordinario al que le compete concretarla en cada momento, pero ateniéndose a la limitación constitucional de que siempre ha de quedar garantizada a los entes locales la atribución de un foco competencial en todos aquellos asuntos que les afecten. Así lo reconoce el TC en su S de 28 de julio de 1981 que, aunque referida a la provincia, puede predicarse igualmente del municipio:

Los artículos 137 y 141 de nuestra Constitución contienen una inequívoca garantía de la autonomía provincial (...). No precisa la Constitución cuáles sean estos intereses ni cuál el haz mínimo de competencia que para atender a su gestión debe el legislador atribuir a la provincia, aunque sí cabe derivar de la Constitución razones que apuntan a la posibilidad de que estos intereses provinciales y las competencias que su gestión autónoma comportan, han de ser inflexionadas para acomodar esta pieza de nuestra estructura jurídica-política a otras entidades autonómicas de nueva creación (...). No cabe establecer a priori cuál es el límite constitucional de esta reestructuración de las autonomías locales; pero las autonomías garantizadas no pueden ser abolidas, pues la protección que la Constitución les otorga desborda con mucho de la simple remisión a la ley ordinaria en orden a la regulación de sus competencias. El legislador puede disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes, pero no

**eliminarlas por entero y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido sólo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución.**

La legislación de régimen local concibe el servicio público local como una objetivación de la competencia, como he dicho anteriormente; también hemos visto cómo la LRBRL ofrece un elenco de las competencias municipales en su artículo 25, y asimismo, el artículo 26 determina los servicios mínimos y obligatorios a prestar por todos los municipios españoles en función de su población. De aquí que surjan las siguientes preguntas: ¿Puede la legislación sectorial estatal modificar la atribución de competencias del artículo 25 de la LRBRL? ¿Y la determinación de los servicios mínimos obligatorios del artículo 26? Y la legislación de las diferentes Comunidades Autónomas sobre régimen local, ¿puede modificar las atribuciones competenciales? ¿Y la determinación de los servicios mínimos obligatorios? ¿Qué ocurre con la legislación sectorial de las Comunidades Autónomas? Estas preguntas en modo alguno corresponden a hipótesis retóricas, sino a realidades palpables. Veamos algunos ejemplos.

El artículo 80.2 de la Ley 5/1997, de 22 de junio de la Comunidad Autónoma de Galicia, reguladora de su régimen local, comienza diciendo que el municipio ha de ejercer, en todo caso, sus competencias en los términos de la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, y a continuación enumera las competencias de forma similar al artículo 25.2 de la LRBRL, hasta llegar a los apartados correspondientes a las letras *o* y *p*, que atribuyen a los municipios gallegos la siguientes competencias:

- o) la ejecución de programas propios destinados a la infancia, juventud, mujer y tercera edad.**
- p) la participación en la formación de activos desempleados.**

Podría decirse que estas competencias constituyen una concreción de la prevista en la letra *k* del apartado 2 del artículo 25 de la LRBRL, que literalmente dice lo siguiente:

- k) prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.**

Pero resulta que esta misma competencia del apartado *k*, repite, letra por letra, el artículo 80.2.*k* de la Ley 5/1997, de 22 de julio de Galicia, por lo que constituyen competencias distintas, al menos para el legislador gallego.

En lo que se refiere a los servicios mínimos obligatorios, ya sabemos que el criterio aceptado por el artículo 26.1 de la LRBRL para determinar cuáles deben de prestar cada municipio es el poblacional, estableciendo cuatro tramos: municipios de hasta 5.000 habitantes, de 5.001 a 20.000, de 20.001 a 50.000, y más de 50.000. Pues bien, el apartado *d*) del artículo 67 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, reguladora de su régimen local, crea un tramo nuevo, el de los municipios con más de 30.000 habitantes, e impone a éstos, como servicio mínimo obligatorio, el de lectura pública de forma descentralizada. Además, cuando el apartado *e*, de dicho artículo 67 enumera los servicios mínimos de los municipios catalanes de más de 50.000 habitantes, impone a éstos la prestación del servicio de transporte público de forma adaptada a las necesidades de desplazamiento de personas con movilidad reducida, servicio mínimo que, incluso, el mismo artículo hace extensivo a todos los municipios que sean capital de comarca, con independencia de su población, servicios mínimos que desconoce el artículo 26.2 de la LRBRL, y que suponen, pues, una extralimitación de la ley autonómica. Y no es una cuestión baladí, pues no se olvide que, por una parte, constituye la prestación de estos servicios una auténtica obligación para el municipio, que en consecuencia tendrá que ser establecido y prestado; pero es que, además, constituye a su vez un auténtico derecho subjetivo de los vecinos, y cuyo efectivo cumplimiento puede ser impetrado por vía jurisdiccional.

Finalmente, para concluir con los ejemplos, el artículo 39.2 del Decreto Legislativo 1/2000, de 31 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, del Deporte, impone a los municipios catalanes de más de 5.000 habitantes, con carácter de obligatorio, el servicio de instalaciones deportivas de uso público, servicio mínimo impuesto por una ley de la Comunidad Autónoma que no es la reguladora del régimen local catalán, sino de carácter sectorial, cuando el artículo 26.1.c, de la LRBRL impone este servicio mínimo obligatorio a los municipios de más de 20.000 habitantes. Bien es cierto que la vigente ley de régimen local de Cataluña, el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, en su artículo 67 *d*, impone esta obligación a los municipios de más de 20.000 habitantes, con lo cual, ha de entenderse derogado en este aspecto el Decreto Legislativo 1/2000, de 31 de julio, y en consecuencia, ya no existe discrepancia con respecto al régimen general. Pero, a lo que aquí nos importa, dicha obligación existió en Cataluña para los municipios de más de 5.000 habitantes desde la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1/2000 hasta la fecha de vigencia del Decreto Legislativo 2/2003, y por tanto, estas discrepancias con respecto a los servicios mínimos obligatorios regulados en el artículo 26 de la LRBRL puede volver a producirse en cualquier Comunidad Autónoma y sobre cualquier materia.

Por tanto, volvemos a plantear las mismas preguntas de partida ¿puede la legislación sectorial estatal y / o autonómica alterar el régimen de competencias previsto en el artículo 25 de la LRBRL? ¿Puede la legislación autonómica de régimen local alterar el sistema de competencias y / o los servicios mínimos obligatorios del artículo 26 de dicha ley?, o planteando la cuestión con otras palabras ¿es preferente la LRBRL sobre la legislación sectorial, estatal o autonómica, *ratione materiae*? ¿Y sobre la legislación autonómica de régimen local? ¿Es que acaso la LRBRL tiene rango jerárquico superior a las leyes reguladoras del régimen local de las Comunidades Autónomas, cuando todas tienen carácter de leyes ordinarias?

Para responder adecuadamente a estas cuestiones hay que partir del principio de que los entes locales, municipios y provincias, forman parte de la organización territorial del Estado, junto con las Comunidades Autónomas (art.,137 CE); es decir, que los entes locales *son Estado*, y por tanto tienen un reconocimiento constitucional con la consiguiente garantía institucional. De aquí que la Exposición de Motivos de la LRBRL diga que

**la autonomía local no puede definirse de forma unidimensional desde el puro objetivismo localista o regionalista, sino que requiere ser situada en el marco del ordenamiento integral del Estado.**

No obstante lo anterior, el legislador reconoce la peculiaridad de la organización territorial del Estado español y su incidencia en el ámbito local:

**La dificultad específica de ese objetivo radica en que éste (el Estado) no es único y homogéneo, sino constituido por la acción simultánea de los principios de unidad y autonomía de las nacionalidades y regiones, que encuentran su expresión organizada en la distribución del poder entre las instituciones generales de la nación y las Comunidades Autónomas.**

Pero insiste la Exposición de Motivos en que tales dificultades no pueden oscurecer el reconocimiento de que los entes locales forman parte integrante del Estado,

**pues las Corporaciones locales tienen en el sistema así descrito una posición propia que no se define por relación a ninguna otra de las instancias territoriales, afirmándose –igual que éstas– en su condición, ganada por su peso histórico y actual, de partes competentes de la total estructura del Estado.**

Con estos razonamientos llega a una primera conclusión sobre la posición preferente de la normativa sobre régimen local, no obstante su carácter de norma ordinaria

el régimen local tiene que ser, por de pronto, la norma institucional de los entes locales. Esta comprobación elemental implica consecuencias de primera importancia. En primer término, que esa norma desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada, o, lo que es igual, vedada a cualesquiera otras normas, presta a su posición en el ordenamiento en su conjunto una vis específica, no obstante su condición formal de ley ordinaria. De otro lado, el hecho de que las entidades locales, no obstante su inequívoca sustancia política, desplieguen su capacidad en la esfera de lo administrativo, justifica tanto esta última condición del marco definidor de su autonomía, como la identificación del título constitucional para su establecimiento en el artículo 149.1, apartado 18, en relación con el 148.1, apartado 2º, del texto fundamental.

Como segunda conclusión, el legislador de la LRBRL reconoce la capacidad legislativa a las Comunidades Autónomas en materia de régimen local:

La resolución adecuada a esa tensión exige desde luego la constricción del marco general a lo estrictamente indispensable para satisfacer el interés nacional, pero también desde luego una específica ponderación según su valor constitucional relativo, de las exigencias recíprocas del interés autonómico y el estrictamente local

Finalmente, como tercera conclusión en lo que aquí interesa, delimita los ámbitos de actuación del Estado y de las Comunidades Autónomas en la configuración y regulación del régimen local. Pero el régimen local, para cumplir su función de garantía de la autonomía e incluso, su cometido específico en cuanto norma institucional de la administración local, precisa extravasar lo puramente organizativo y de funcionamiento para penetrar en el campo de las competencias, las reglas de la actividad pública y el régimen de los medios personales y materiales, y para ello, obvio resulta decir que, en este campo, la regulación legal ha de tener muy presente la opción constitucional, expresada en el artículo 149.1, apartado 18, a favor de una ordenación común, configurando las inevitables peculiaridades de la Administración local desde ese fondo homogéneo para su integración coherente en el mismo.

Es de destacar el esfuerzo de razonamiento, de argumentación e incluso de retórica del legislador para pronunciarse por el carácter de legislación básica la estatal en materia de régimen local en lo que a competencias y servicios obligatorios de los entes locales se refiere, esfuerzo que no ha logrado el reconocimiento unánime de la doctrina. Así, entre aquellos autores que niegan, o al menos, ponen en duda la reserva a la legislación del Estado de los aspectos básicos del régimen local se pueden citar a **Martín Mateo**, para quien en ningún momento el artículo 149 CE reserva al Estado el régimen local, ni siquiera en sus aspectos básicos; **J. Leguina Villa**, que llega a las conclusiones de que a pesar de todos los esfuerzos de la Exposición de Motivos, la LRBRL no deja de ser una ley ordinaria, con todo lo que ello implica, y **Rafael Entrena Cuesta**, que emplea argumentos similares a los de **Leguina**. En la posición contraria están **Santiago Muñoz Machado**, **L. Ortega Alvarez** y **Antonio Iglesias Martín**, quienes se apoyan, fundamentalmente, en las Sentencias del Tribunal Constitucional<sup>48</sup>.

En efecto, la cuestión, al menos de momento, ha quedado resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La STC de 5 de agosto de 1983 declara que

Corresponde al legislador estatal la fijación de los principios básicos en orden a las competencias que deba reconocerse a las Entidades locales (...). Se mantiene y conjuga, en efecto, un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que no se descende a la fijación detallada de tales competencias, pues el propio Estado no dispone de todas ellas. De ahí que esa ulterior operación quede deferida al legislador competente por razón de la materia. Legislador, no obstante, que en caso de las Comunidades Autónomas, no puede con ocasión de esa concreción competencial, desconocer los criterios generales que los artículos 2.1, 25.2, 26 y 36 de la misma LRBRL han establecido.

Y la STC de 21 de diciembre de 1989:

Como titulares de un derecho de autonomía constitucional garantizada, las Comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de go-

<sup>48</sup> Para una más detenida exposición doctrinal, vid., “*Autonomía municipal, descentralización política e integración europea de las Entidades Locales*”, de **Antonio Iglesias Martín**. Editorial Ariel, 2002.



bierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de este derecho (...), por todo ello, el TC deja sentado que la garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado (...). La fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario. En el respeto de esas condiciones básicas, por tanto, las Comunidades Autónomas pueden legislar libremente.

No obstante, los argumentos de **Martín Mateo** son convincentes, pues ni el art. 149.1.18 CE, ni ningún otro apartado del mismo reserva al Estado competencias exclusivas en materia de régimen local, ni siquiera en sus aspectos básicos; efectivamente, dicho apartado reserva al Estado las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, pero una cosa es el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y otra muy distinta el régimen de las competencias y servicios de los entes locales, que afectan al núcleo de su esencia, y probablemente, hoy en día el TC, y a la luz de la doctrina sentada en otras de sus sentencias posteriores, hubiera dicho otra cosa. Y es que el régimen local ni es asunto ni es materia, sino que los entes locales, concretamente el municipio y la provincia forman parte del Estado, según el artículo 137 de la CE, y como tales son entes de naturaleza política y con autonomía política propia, autonomía que ha de ser afirmada tanto frente al Estado como frente a las Comunidades Autónomas, y en esta dialéctica sus competencias constituyen el rasgo distintivo de su esencia y por tanto indisponibles tanto para el legislador estatal como autonómico.

En fin, el caso es que la doctrina constitucional es la citada, y de acuerdo con la misma, y con la Exposición de Motivos de la LRBRL que, en consecuencia, queda ratificada por aquella, y con su texto articulado, podemos afirmar sobre la facultad legislativa del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de servicios públicos y ejercicio de la iniciativa pública para desarrollar actividades económicas las siguientes conclusiones:

- A) En lo que se refiere a las competencias atribuidas a los municipios en el artículo 25 de la LRBRL:

Primera. Tienen el carácter de mínimas, y la legislación sectorial, tanto estatal como autonómica, según la materia de que se trate, pueden reconocerles otras distintas. Así se desprende de la dicción literal del primer párrafo del artículo 25.2, según el cual: “el Municipio ejercerá *en todo caso*, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

Segunda. Asimismo, el legislador sectorial, estatal o autonómico podrá modular el ejercicio de las competencias por los municipios, lo que supone en palabras de Fernández-Figueroa Guerrero concretar las funciones o competencias específicas<sup>49</sup>, es decir, materializarlas, o lo que es lo mismo, condicionar su efectivo ejercicio, y así lo ha declarado la STS de 16 de septiembre de 1993:

**Pero en todo caso, para obtener el ámbito de actividad donde pueden administrar válidamente los entes locales hay que tener en cuenta que las amplias competencias que reconoce el art. 25 del texto legal han de ejercerse en el contexto de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas y en colaboración con ambos.**

Tercera. En ningún caso, el legislador sectorial, estatal o autonómico podrá restar al municipio ninguna de las competencias del artículo 25.2.

A este respecto, la STS de 10 de febrero de 1996 resolvió la impugnación interpuesta por la Comunidad Autónoma de Cataluña de un acuerdo de la Diputación Provincial de Barcelona que creó un teatro provincial, con el argumento de que, según el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la competencia en materia de cultura la tiene con carácter exclusivo la Comunidad. El Tribunal Supremo desestimó el recurso basándose, además de la autonomía de los entes locales garantizada por la Constitución, en que el acuerdo de la Diputación tiene cobertura en los apartados c) y d) del art. 36 de la LRBRL, artículo que regula las competencias de las Diputaciones Provinciales.

B) En lo que se refiere a los servicios mínimos obligatorios del artículo 26 de la LRBRL:

Primero. Al quedar reservada al legislador estatal la legislación sobre régimen local en esta materia, el legislador autonómico no puede modificar, ni por

<sup>49</sup> Vid., de Iglesias Martín: “Autonomía... (op. cit).”

exceso, ni por defecto, el número y clase de los servicios públicos municipales en función de los correspondientes tramos población, ni alterar éstos.

Segundo. En cambio, el legislador autonómico de régimen local sí puede matizar o modular la forma de prestar estos servicios. Por ejemplo, puesto que según la LRBRL es obligatoria para los municipios de más de 5.000 habitantes la prestación del servicio de biblioteca pública, nada impide que el legislador autonómico module la prestación de este servicio de forma que exija que en los municipios de más de 30.000 habitantes se preste de forma desconcentrada, como ocurre en Cataluña; y lo mismo respecto al servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros, pues al ser obligatorio, según la LRBRL para los municipios de más de 50.000 habitantes, no existe inconveniente en admitir que el legislador autonómico exija que sea prestado de forma que pueda atender a los desplazamientos de las personas discapacitadas. Sin embargo, constituye una extralimitación del legislador autonómico exigir a los municipios de más de 5.000 habitantes que presten el servicio de instalaciones deportivas públicas, cuando la LRBRL exige la prestación de este servicio a los municipios de más de 20.000 habitantes.

C) En lo que se refiere a la declaración de reserva de servicios y actividades:

Primero. Aparte de las actividades o servicios enumerados en el art. 86.3 de la LRBRL, el Estado o la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus respectivas competencias sobre el sector de la actividad o de los servicios de que se trate, podrán mediante ley reservar otros (art. 86.3, párrafo primero, último inciso).

Segundo. La efectiva ejecución en régimen de monopolio de las materias o servicios que en cada momento tengan reservados los entes locales, bien por ley estatal, bien por ley autonómica, requiere en cualquier caso la aprobación del órgano de gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 86.3 de la LRBRL, último párrafo).

D) En lo que se refiere al ejercicio de la iniciativa pública económica, la habilitación legal genérica del artículo 128.2 CE es materializada mediante el art. 86.1 de la LRBRL, luego corresponde al Estado la legislación sobre esta materia.

### 3. Teoría de la gradación y contingencia de los servicios públicos

Como ya he adelantado anteriormente, la categoría del servicio público admite varias gradaciones, y es en la esfera local donde se aprecia de forma más nítida; así, hay una serie de actividades que constituyen servicios públicos, y que los

entes locales pueden prestar o no prestar, y en todo caso en régimen de concurrencia con los particulares; en segundo lugar, hay otro conjunto de actividades que constituyen también servicios públicos, pero que aquellos están obligados por ley a prestarlos, si bien en concurrencia con los particulares; y, finalmente, hay una tercera subcategoría constituida por aquellas actividades que constituyen servicios públicos, que estas Administraciones Públicas pueden prestar en régimen de monopolio, previo el cumplimiento de determinados trámites previstos en la ley.

Si he dicho en reiteradas ocasiones en este trabajo que una de las notas para caracterizar una actividad como de servicio público es que mediante su prestación quede cubierta una necesidad indispensable para la vida social, mal casa con esta aseveración la consideración de servicio público de aquellas actividades que las Administraciones Públicas tienen la facultad discrecional de ejercer o de no ejercer, puesto que si son libres para no ejercerlas será porque su realización no satisface esa necesidad indispensable para la vida social. Y no existe contradicción o paradoja alguna porque la concreción de aquellas actividades que son consideradas servicios públicos, o lo que es lo mismo, la determinación de aquellas actividades que son indispensables para la vida social, y que por tanto han de ser prestadas por las Administraciones Públicas es algo mutable en el devenir histórico-social, y así, la necesidad que ayer era considerada indispensable para la vida social hoy se tiene por fútil, y, por el contrario, puede haber actividades cuya ejecución en manos privadas, satisface necesidades consideradas secundarias o indiferentes para la vida social y que mañana pueden ser consideradas esenciales<sup>50</sup>. Unos ejemplos bastarán para ilustrar lo que quiero decir. Una actividad tradicionalmente considerada servicio público local es el servicio de abastecimientos y mercados municipales. Desde el Estatuto Municipal de Primo de Rivera de 1924, por no remontarme más atrás en el tiempo, hasta nuestros días esta actividad tiene la consideración legal de servicio público municipal (subsistencias, también llamado antiguamente). Pues bien, esta actividad viene enumerada en la letra g) del número 2 del art. 25 de la LRBRL como una materia sobre la que el municipio ejerce sus competencias propias, actividad, además, que el art. 26.1.b) del mismo cuerpo legal eleva a la categoría de servicio público y de prestación obligatoria para todos los municipios que cuenten con una población de más de 5.000 habitantes (y sin embargo, para aquellos municipios de pobla-

---

<sup>50</sup> A este respecto, Sosa Wagner afirma que *“cuál es el momento en el que una actividad pasa de ser puramente privada a constituir un servicio público es algo que nos marca el a menudo imprevisible ritmo de la historia en forma de pasos graduales”* (Sosa Wagner, op. cit.).

ción inferior no constituye servicio público obligatorio). En tiempos pasados, en la época del Estatuto, por ejemplo, en la inmensa mayoría de los municipios del país, el único mercado de alimentos y productos alimenticios de primera necesidad eran los municipales, y en los municipios pequeños, y no tan pequeños, eran raros los establecimientos de este tipo de carácter privado que garantizaran la totalidad de los alimentos de primera necesidad; de ahí la consideración de que tal actividad constituía un servicio público por satisfacer una necesidad sentida socialmente; por el contrario, hoy en día es raro que municipios relativamente pequeños, a partir de 2.000 habitantes, e incluso de menor población, no cuenten con mercados privados que ofrezcan todo tipo de alimentos y no solamente los considerados actualmente de primera necesidad, por lo que este servicio público municipal se encuentra debilitado en lo que se refiere a la consideración de que a través del mismo se sirve a una necesidad sentida socialmente, y así, en un municipio que en la actualidad tenga más que cubiertas satisfactoriamente la prestación de servicios de mercado por la iniciativa privada, no es que deje de prestar el servicio municipal, pero quedará éste relegado a un segundo plano en beneficio de otros servicios públicos que se aprecien, por las razones que sean, como más necesarios y socialmente sentidos, como por ejemplo, el servicio público de tratamiento integral de los residuos sólidos urbanos. Por otra parte, ya se ha dicho que este servicio de mercado y de abastecimiento en nuestra legislación actual sobre régimen local se impone como obligatorio, y como tal consta en la lista del artículo 26 a los municipios de más de 5.000 habitantes, sin embargo, cuando el mismo artículo en el apartado correspondiente enumera los servicios públicos obligatorios para los municipios de menos de 5.000 habitantes, no se refiere para nada a este servicio, y entonces, ¿quiere esto decir que si un municipio de menos de 5.000 habitantes decide ofrecer a sus vecinos la actividad de mercado municipal, servicio que no está obligado legalmente a prestar, la actividad así ejercida pierde la categoría de servicio público local? Porque, claro, si la legislación no obliga al municipio a prestarlo es porque no considerará que su prestación responda a dar satisfacción a una necesidad sentida socialmente como indispensable, y por tanto no tendrá la consideración de servicio público. No, no se trata de esto y ello porque el criterio de actividad socialmente indispensable hay que interpretarlo en un sentido no absoluto, sino matizado, gradante, y atemperado a la realidad social en que haya de desenvolverse y determinar así si la actividad a prestar responde a una necesidad considerada de gran relevancia o útil para la vida social. Lo que sí puede afirmarse con rotundidad es que el elemento teleológico que motiva el ejercicio de la actividad no ha de constituir una actividad económica desgajada de cualquier referente de dar respuesta a una necesidad social. Otro ejemplo, para finalizar: en un municipio de 25.000 habitantes en el que no exista un esta-

blecimiento hotelero, el hecho de que el propio municipio asuma la titularidad y la gestión de la prestación hotelera, puede considerarse una actividad de servicio público (de los previstos en el art. 25.1 de la LEBRL), y sin embargo, en un municipio eminentemente turístico y de población incluso inferior al anterior, pero en el que exista gran variedad de ofertas de establecimientos de este tipo, el ejercicio por el propio municipio de la actividad hotelera no constituirá un servicio público, puesto que no existe la necesidad socialmente sentida de dar respuesta a la prestación hotelera, sino que la actividad constituirá un simple ejercicio de actividad económica, a la que estará habilitado el municipio en virtud del art. 128.2 de la CE, si bien tendrá que seguir el procedimiento previsto en el art. 86 de la LRBRL y concordante de su texto refundido.

Y es que el carácter contingente y gradante de las materializaciones del servicio público es característica común a la propia actividad administrativa en cuanto que actividad humana y sujeta, por tanto, a la doble dimensión espacial y temporal. En éste sentido, **García de Enterría** dice que las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce<sup>51</sup>.

#### 4. Carácter *apertus* o *clausus* de los servicios públicos

Esta cuestión está engarzada con la de determinar si las actividades consideradas servicios públicos constituyen una lista cerrada, taxativa o, si por el contrario, la enumeración listada que hace la legislación ha de entenderse simplemente como enumerativa, ejemplificativa. Para los autores que siguen el concepto amplio de servicio público, la respuesta es clara: el servicio público es ante todo y en primer lugar un concepto amplio que comprende todas aquellas actividades que entren dentro de los márgenes de su definición, con independencia de la enumeración listada más o menos amplia que el derecho positivo pueda recoger en un momento determinado, y por ello, la lista de actividades que considera la legislación vigente servicios públicos es simplemente enumerativa.

---

<sup>51</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Curso de Derecho Administrativo”. Editorial Thomson-Civitas, 2004. Tomo I.

Ya hemos visto en otro lugar de estas páginas cómo el legislador de la LRBRL elude ofrecer una definición de lo que entiende por servicio público, y así, el art. 85.1 dice:

**Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias,**

con lo que el legislador identifica los servicios públicos locales con aquellas actividades a través de las cuales se realizan los fines de competencia de los entes locales, o como se ha dicho, el servicio público local es la objetivación de la competencia de los entes locales, con lo cual, lo que hace el legislador es desplazar el objeto de estudio y lo que tendremos que hacer es examinar cuáles son estos fines de competencia municipal. A tal efecto, los artículos 25 y 26 de la LRBRL nos dice cuáles sean estos fines de la siguiente manera:

a) El número 1 del art. 25 declara que es de competencia municipal

**promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.**

b) El número 2 del mismo artículo concreta estas competencias a través de una larga lista de materias sobre las que el municipio ejerce competencias (sin perjuicio de las competencias que sobre las mismas materias corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas).

c) Finalmente, el art. 26 impone a los municipios unos *servicios mínimos obligatorios* que en todo caso habrán de prestar, en función del número de habitantes<sup>52</sup>.

La sistemática de la determinación de los servicios públicos en la LRBRL es la misma que la de la Ley de Régimen Local de 1955. Anteriormente vimos cómo el art. 156 de dicha LRL decía lo siguiente

---

<sup>52</sup> Estos *servicios mínimos obligatorios* son los siguientes: Para 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; para los municipios de más de 5.000 habitantes, además de los anteriores, parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos; para los municipios de más de 20.000 habitantes, además de los anteriores, protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público; finalmente, para los municipios de más de 50.000 habitantes, además de los anteriores, transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.

**son servicios municipales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia municipal por el capítulo primero de este título.**

Este artículo 156 de la LRL es coincidente con el 85 de la LRBRL.

A su vez, el art. 101.2 de la LRL, ubicado en el capítulo primero del mismo título en donde se encuentra el 156, ofrecía un amplio elenco de estos fines de competencia municipal, con lo que se establece un paralelo entre este precepto y el 25.2 de la LRBRL.

Finalmente, los artículos 102 y 103 de la LRL contenían los que he denominado *servicios mínimos obligatorios*, a prestar por los municipios en función de su población, de forma paralela al actual art. 26 de la LRBRL.

Ya *Albi* en relación con la municipalización de los servicios<sup>53</sup> se decantaba por mantener el criterio de *numerus apertus* respecto a ellos. En efecto, el art. 164 de la LRL establecía la definición genérica de aquellas actividades susceptibles de municipalización, mientras que el art. 165 establecía una enumeración concreta de estas actividades. Y *Albi* se preguntaba si las actividades contenidas en el listado del artículo 165 constituían meros ejemplos, o si por el contrario había que darle el valor de precisiones exhaustivas, fuera de las cuales no cabe la municipalización, y respondió que había de prevalecer el art. 164 sobre el art. 165, ya que la enumeración de este último no puede tener más valor que el de un simple ejemplo *–demonstracionis non taxationis causa*, decía *Albi*–. Otro argumento a favor de la consideración del *numerus apertus* en la municipalización es el de los antecedentes legislativos de la LRL. En efecto, como es sabido, la LRL es tributaria del Estatuto Municipal de 1924; pues bien, el art. 169 del Estatuto establecía que podían ser municipalizados todos los servicios mínimos obligatorios, y fuera de estos, aquellos otros en los que concurrieran las siguientes circunstancias: a) Que tenga carácter general, b) que sea de primera necesidad, c) que se preste preferentemente dentro del término municipal, y d) que redunde en beneficio directo o indirecto de una parte considerable de los habitantes del municipio.

---

<sup>53</sup> La municipalización de los servicios en la LRL era un concepto más amplio que el de servicio público, de tal modo que este constituía el género; más adelante haré un breve excurso sobre este asunto. Baste ahora, y a mero título de hipótesis, para determinar el carácter de *numerus clausus* o *numerus apertus* del listado de Servicios Públicos partir de la identidad de ambos conceptos.



Idéntico razonamiento es de observar en relación con el debate del carácter abierto o cerrado del listado de los servicios públicos locales: el antiguo art. 156 de la LRL, y sus equivalentes en la vigente LRBRL, 85.1 y 25.1, contienen el criterio para entender que no existe un listado cerrado de actividades consideradas de servicio público, mientras que la enumeración ejemplificativa estaba contenida en el viejo art. 101.2 de la LRL, actual artículo 25.2 de la LRBRL; finalmente los *servicios mínimos obligatorios* de los municipios venían regulados en los arts. 102 y 103 de la LRL, y en la actualidad en el art. 26, por lo que habrá de prevalecer la interpretación amplia<sup>54</sup>.

Y esta postura que abogo es la que mantiene el Tribunal Supremo. Interesante a este respecto es el razonamiento a que llega nuestro Alto Tribunal para calificar un centro municipal de informática como actividad de servicio público en su sentencia de 11 de marzo de 1988:

**no puede compartirse una interpretación estrictamente literal de los servicios municipales enumerados en el art. 101 de la Ley de Régimen Local, pues al margen de que dicho precepto ha de interpretarse (art. 3.1 del CC) de acuerdo con la realidad social subyacente, no puede olvidarse que, en último término, la construcción técnico-jurídica de los servicios públicos, en cuanto expresión dinámica de los deberes prestacionales de la Administración, no puede ser un obstáculo para el necesario desarrollo y cumplimiento de los intereses públicos que convergen en las competencias municipales. Un adecuado control de la informática, como instrumento de apoyo al normal desenvolvimiento de los servicios municipales clásicos, se convierte hoy en día en presupuesto de una Administración eficaz, por lo que, en modo alguno, puede verse la iniciativa aquí controvertida como ajena a los intereses generales.**

En el mismo sentido, STS de 6 de mayo de 1999, anteriormente citada.

---

<sup>54</sup> Puede surgir el interrogante de por qué Albi se planteó esta cuestión respecto a la municipalización y no respecto al propio servicio público. Ello fue debido a que para Albi la municipalización no era sino la habilitación legal para que los municipios pudieran prestar cualesquiera otros servicios públicos fuera de aquellos mínimos obligatorios que necesariamente debían de prestar *ex lege*, por lo que al plantear la cuestión del *numerus apertus* o *clausus* de las actividades municipalizables, implícitamente quedaba planteada la misma cuestión con respecto al servicio público.

## 5. La municipalización, los servicios públicos, el monopolio y el ejercicio de actividades económicas

Recapitulando lo dicho hasta ahora sobre el servicio público local y el ejercicio de la iniciativa económica por parte de los entes locales, resulta que el servicio público local queda definido legalmente como objetivación de la competencia (art. 85.1 LRBRL); que hay determinados servicios públicos que necesariamente han de prestar todos los municipios en función de su población (art. 26.1 LRBRL); que hay otros a los que los entes locales son llamados en función de lo que dispongan las leyes de las Comunidades Autónomas o del Estado, según proceda (artículo 25.2 LRBRL); que algunos servicios públicos o actividades esenciales pueden ser reservados a los entes locales en régimen de monopolio mediante ley estatal o autonómica (art. 86.3 LRBRL); que además de todos los anteriores hay otros servicios públicos *innominados* que el municipio y la provincia pueden prestar (art. 25.1 LRBRL); y, finalmente, que los entes locales pueden ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas (art. 86.1).

Esta situación que a priori pudiera parecer pacífica dista mucho de serlo, debido a la confusión del legislador y de la jurisprudencia, y –¿por qué no decirlo también?– de la doctrina, por entremezclar el concepto de servicio público con el de ejercicio de actividades económicas por un lado; de otro, por reservar una serie de actividades o servicios esenciales a los entes locales, sin saber a ciencia cierta qué sea la tal reserva, pues su declaración no es equivalente de ejercicio en régimen de monopolio de forma automática, sino que hace una lista enumerativa de las actividades o servicios reservados sin criterio definido; y, finalmente, por gravitar sobre todos estos conceptos el fantasma de la municipalización.

Buena parte de culpa tiene, desde luego el legislador por la confusa redacción de los siguientes artículos:

### Artículo 86 LRBRL

1. Las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución.
2. Cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

3. 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; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público y 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<sup>55</sup>.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.

#### Artículo 96 TRLRBRL

La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sean en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.

#### Artículo 97 TRLRBRL

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 aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.

---

<sup>55</sup> En el texto transcrito del artículo 86.3 LRBRL he omitido la dicción literal que hace dicho texto a la reserva del suministro de gas y de los servicios mortuorios, pues la reserva de aquél fue derogada por la Ley 34/1988, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos, y la de éste por el Real Decreto ley 7/1996, de 7 de junio, de Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de liberalización de la Actividad Económica.

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 artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio, si bien el acuerdo a que se refiere su 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.

Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta.

En lo que se refiere a la *municipalización*, el artículo 22.2 f) de la LRBRL atribuye a la competencia del Pleno

**La aprobación de las formas de gestión de los servicios y de los expedientes de municipalización.**

Y el artículo 47.2.k) del mismo cuerpo legal exige voto favorable de la mayoría absoluta legal de los miembros de la Corporación para adoptar acuerdos referentes a

**Municipalización o provincialización de actividades en régimen de monopolio y aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente.**

Pues bien, de la legislación citada surgen las siguientes preguntas: ¿acaso no es un contrasentido que la iniciativa pública local para el ejercicio de actividades económicas pueda ejecutarse en régimen de monopolio, según se desprende a sensu contrario del art. 86.2 de la LRBRL y del art. 96 de su TR? ¿Por qué referido al ejercicio de actividades económicas emplea la letra b) del nº 1 del art. 97

TRLRBRL la expresión *servicio*? ¿Por qué este artículo regula conjuntamente el procedimiento a seguir para el ejercicio de actividades económicas con el procedimiento para la ejecución en régimen de monopolio de los servicios y actividades reservadas? El número 3, párrafo 1º del art. 86 LRBRL reserva a favor de las entidades locales determinados servicios o actividades esenciales, mientras que el párrafo segundo declara que su efectiva ejecución en régimen de monopolio exige una serie de requisitos, entre otros, su aprobación por el órgano de gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma, entonces ¿qué diferencia existe entre reserva y monopolio? Porque, claro, si reserva quiere decir atribución de estas actividades o servicios esenciales, esta atribución ya viene establecida en el art. 26.1. ¿Son equiparables los conceptos de servicios o actividades esenciales reservables del art. 86.3 con el de servicios mínimos obligatorios del art. 26.1? Evidentemente no porque sólo unos pocos de los servicios mínimos obligatorios del art. 26.1 aparecen revestidos de la cualidad de actividades o servicios esenciales del art. 86.3, y además, la actividad o servicio de suministro de calefacción, actividad reservable, no resta en la enumeración del 26.1. Item más, como sabemos, los servicios mínimos obligatorios del art. 26.1 son indisponibles para el legislador autonómico, mientras que el 86.3 permite a las Comunidades Autónomas que puedan reservar a los entes locales otros servicios o actividades esenciales fuera de los recogidos en dicho artículo. Entonces, ¿donde encaja, pues, la pieza de los servicios o actividades esenciales? Y ¿qué es la municipalización, concepto que parece colado de rondón, pues la LRBRL se refiere únicamente a ella para atribuir la competencia en esta materia al pleno de la Corporación, y además con mayoría cualificada?

Empecemos por la última cuestión pues la municipalización es la clave de toda esta confusión. Para este menester es preciso remontarnos al Estatuto Municipal de 1924, cuyo art. 169 definía la municipalización como “la administración y explotación directa de los servicios municipales obligatorios y los que no tengan esta característica”. Por su parte, el art. 164 LRL la definía como la explotación directa de *servicios* de naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agrícola que sean de primera necesidad o utilidad pública y se presten dentro del término municipal en beneficio de sus habitantes, pudiendo hacerse en régimen de monopolio o en el de libre concurrencia. El art. 166 enumeraba los *servicios* que podían ser municipalizados en régimen de monopolio<sup>56</sup>, enumeración que,

---

<sup>56</sup> Estos eran los siguientes: abastecimiento de agua, electricidad, gas, recogida y aprovechamiento de basuras, alcantarillado, lonjas, mercados, mataderos, cámaras frigoríficas, pompas fúnebres, autobuses, tranvías, trolebuses, ferrocarriles y demás medios de transporte dentro del término municipal y estaciones

aquí sí, entendía la doctrina que, puesto que suponía una restricción a la libre concurrencia sí tenía carácter exhaustivo de *numerus clausus*, salvo, en otro caso, que fuese autorizado por el Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado. Finalmente, los arts. 168 y 169 establecían el procedimiento para proceder a la municipalización de los servicios (*para municipalizar un servicio*, decía textualmente dicho precepto), que en síntesis era el siguiente: a) acuerdo inicial del Ayuntamiento, previa designación de una Comisión compuesta por concejales y por técnicos. b) Redacción por dicha comisión de una Memoria relativa a los aspectos social, jurídico técnico y financiero del *servicio* a municipalizar, y a la que había que acompañar, además el proyecto de tarifas del servicio. c) Exposición pública de la Memoria. d) Aprobación del proyecto por el Ayuntamiento. e) Aprobación por parte del Ministro de la Gobernación. En el caso de tratarse de municipalización en régimen de monopolio de aquellos *servicios* no enumerados en el art. 166 se precisaba, además, autorización del Consejo de Ministros, oído informe del Consejo de Estado<sup>57</sup>. El RS sigue la misma tónica en relación con nuestro concepto, y hay que tener presente que dicho Reglamento no está formalmente derogado<sup>58</sup>.

Por tanto, el concepto de municipalización comprendía tanto los servicios públicos, entendidos en sentido estricto, como cualesquiera otras actividades que

---

de autobuses, y en los municipios de más de 10.000 habitantes, el suministro al por mayor de determinados alimentos (carnes, pescados, leches, frutas y verduras). Obsérvese la similitud de los servicios susceptibles de ser gestionados en régimen de monopolio de la vieja LRL con los enumerados en la actualidad en el art. 86.3 LRBRL.

<sup>57</sup> Es de destacar la identidad entre el procedimiento para municipalizar de la LRL con el establecido en la actualidad para el ejercicio de la iniciativa económica por los entes locales.

<sup>58</sup> El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales es el único que está en vigor de los que desarrollaron la LRL, salvo aquellos artículos que hayan entenderse tácitamente derogados por regulación posterior incompatible, ya que no ha sido formalmente derogado. En efecto, como es sabido, la disposición final primera de la LRBRL ordenaba al Gobierno a que en el plazo de un año procediera a actualizar y a acomodar a lo dispuesto en la misma todos los antiguos Reglamentos de desarrollo de la LRL, y entre ellos mentaba expresamente al Reglamento de Servicios de 1955. El Gobierno incumplió lo dispuesto en la referida disposición final primera en lo que se refiere al Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de Mayo de 1952, al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de Enero de 1953 y al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de Junio de 1955. Como quiera que el Reglamento de Contratación fue derogado totalmente por la letra b) del apartado 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y que la letra a) de la disposición derogatoria del Real Decreto 1174/1987, de 18 de Septiembre, que regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, derogó expresamente el Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de Mayo de 1952 en todo aquello que afecte específicamente al régimen jurídico de estos funcionarios habilitados de carácter nacional, resulta que de los viejos Reglamentos de la LRL quedan en vigor por no haber sido derogados expresamente, y en lo que no se opongan a la legislación posterior, el Reglamento de Funcionarios de 1952 con la salvedad expuesta, y el Reglamento de Servicios. Finalmente, el Tribunal Supremo, ha declarado en su Sentencia de 18 de Marzo de 1993, la vigencia del texto del Reglamento de Servicios de 1955 “hasta que el Gobierno haga uso de la autorización conferida”.

efectivamente realizaran los municipios; ahora bien, las materias objeto de municipalización habían de tener naturaleza económica, como se desprende de la naturaleza de los servicios enumerados en el art. 164 LRL, y exigida expresamente en el art. 45.1 del RS, y tenían que estar conectados con el interés público de la comunidad municipal.

Así pues, si resulta que la municipalización tenía por objeto los servicios públicos municipales, la pregunta es obvia: ¿qué razón de ser tenía la institución de la municipalización, o –dicho en palabras de hoy– qué valor añadido aportaba el concepto de municipalización respecto al de servicio público? Albi, con gran precisión fruto de su maestría indiscutible, advirtió esta realidad y planteó la cuestión en los siguientes términos, que cito literalmente, pues su claridad resuelve la cuestión:

A la vista de todo lo dicho, y después de haber tratado inútilmente de encontrar una noción diferenciadora que nos permitiese caracterizar la institución jurídica que estamos estudiando, hemos de preguntarnos una vez más ¿qué es la denominada municipalización? A ello sólo cabe una respuesta: la municipalización no es nada concreto; sólo puede considerársela como un puro convencionalismo, como un mito jurídico, es decir, como una simple supervivencia anacrónica de una situación pasada, desprovista de sentido actual, que ha persistido hasta ahora por ese fenómeno de la inercia, tantas veces comprobado en la elaboración de las ideas jurídicas.

Y daba la siguiente respuesta:

Después del detenido estudio que acabamos de efectuar en los anteriores capítulos, si concretamos al máximo, si prescindimos de matices secundarios, habremos de reconocer que la municipalización no es, ni más ni menos, para la legalidad vigente en España, que la simple exigencia de una autorización ministerial para el establecimiento de actividades económicas de la competencia local, que no tengan carácter obligatorio y no hayan de prestarse mediante concesión. Eso es todo<sup>59</sup>.

Y recogiendo la idea de Albi, Díaz Lema, en la actualidad, afirma que la municipalización era el instrumento utilizado para superar la tradicional aversión del

---

<sup>59</sup> Albi (op. cit).

Estado liberal del ejercicio por sí mismo, sin concesionario, de servicios y actividades económicas, de forma directa y asumir en consecuencia la responsabilidad de su gestión y la asunción del riesgo inherente a toda explotación económica, y así se terminó convirtiendo la municipalización en un instrumento de ampliación de la competencia local restringida al ámbito de los servicios públicos, y que el propio art. 46.1 extendía a todas aquellas otras actividades de naturaleza económica aunque no se encontraran específicamente determinadas en las enumeraciones de las actividades y servicios de competencia local<sup>60</sup>. En este sentido, **Fernández González** afirma que la municipalización no es en la legislación vigente sobre régimen local, sino el mecanismo que autoriza al municipio el ejercicio de actividades económicas, ni siquiera es el título habilitante para ello, ya que éste lo tiene el municipio atribuido por el propio artículo 128 de la CE, que es extensivo a todas las Administraciones Públicas; en suma, la municipalización equivaldría a la tramitación prevista en el artículo 97.2 del TRLRBRL<sup>61</sup>, y **Díaz Lema** concluye con que la municipalización sin monopolio de nuestra vieja LRL es el antecedente del ejercicio de actividades económicas actual por los entes locales. Y lo mismo podemos decir hoy en día de la municipalización, que, o no es nada, o es todo; es decir que o no tiene sentido usar esta terminología, o que por el contrario municipalización hace referencia al ejercicio de actividades económicas con asunción del inherente riesgo económico de la explotación. Y así ha sido admitido por la jurisprudencia: la STS de 21 de julio de 1987 ha declarado que

**En definitiva, el protagonismo de la Administración en la actividad económica adopta diversos grados: Reglamentación intensivas de la actividad económica, declaración de servicio público, y empresa pública. La municipalización pertenece a este último grupo, porque asume el riesgo de ganancia o pérdida convirtiéndose en empresario. Y así con toda claridad lo dice el artículo 45.1 del Reglamento de Servicios.**

En los cuadros siguientes se observa con claridad la equivalencia entre ejercicio de la iniciativa económica y servicio público en la regulación de ambas instituciones, en la vieja legislación de la LRL y en la actual de la LRRL y de su TRLRBRL, así como las nulas variaciones sufridas.

<sup>60</sup> Vid.: “*Los monopolios locales*”. José Manuel Díaz Lema. Editorial Montecorvo, 1994.

<sup>61</sup> Francisco Javier Fernández González: “*La intervención... op. cit.*”.



<b>ACTIVIDADES ECONÓMICAS</b>	<b>LRL</b>	<b>LRBRL</b>	<b>TRLRBRL</b>
Habilitación ejercicio actividades	164.1	86.1	-
Necesidad de que sirvan al interés general	164.1	25.1	96
Procedimiento a seguir	168	-	97.1
Listado (numerus apertus)	165	25.1	-
Modos de prestación	167	-	95
<b>SERVICIOS PÚBLICOS</b>	<b>LRL</b>	<b>LRBRL</b>	<b>TRLRBRL</b>
Enumeración abierta	101.2	25.1 y 2	-
Habilitación para monopolio	164.2	86.3	-
Identificación con competencia y fines	156	85	-
Listado de actividades monopolizables	166.1 y 2	86.3	-
Modos de prestación	157	85.2, 3, 4	101 a 108
Modos de prestación en monopolio	172 y 173	-	100
Procedimiento para monopolizar	166.3	86.3	97.2
Quórum cualificado para monopolio	168 y 303	47.2.k)	97.2
Servicios mínimos obligatorios	102 y 103	26.2	-

Entendida como aquí se propone, la municipalización está superada en la actualidad, y así se pronuncia la jurisprudencia. En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 5 de junio de 2001, la Sala se enfrentó a la demanda interpuesta por un concejal del Ayuntamiento de Valladolid contra un acuerdo plenario de dicha Corporación, que decidió sustituir la prestación de los servicios municipales de abastecimiento de agua y saneamiento mediante gestión directa por el propio Ayuntamiento, por el sistema de gestión indirecta mediante concesión. Entre otros argumentos, el concejal recurrente alegó que el servicio estaba municipalizado, por lo que sustituir la forma de gestión, por la de concesión suponía el cese de la municipalización, y para ello había de existir una causa, de conformidad con el artículo 98 del RS, causa que ni fue alegada ni justificada en el expediente. La Sala declaró lo siguiente:

En la contestación (...) el Ayuntamiento también manifiesta oposición a este motivo argumentando que el acuerdo plenario sólo decide sobre el cambio de gestión del servicio. También afirma que el demandante confunde lo realmente ocurrido por no tener en cuenta la naturaleza de estos servicios públicos y el régimen legal vigente; así dice que el concepto de municipalización está superado a la vista del artículo 86 de la Ley de Bases de Régimen Local que declara la reserva que la municipalización significa asumir un servicio o actividad pero sin prejuzgar sobre su forma de gestión, que no cabe hablar de esa actuación respecto

de un servicio cuya titularidad por ley compete al Ayuntamiento, y que los servicios de agua y saneamiento no implican ejercicio de autoridad y por eso nada impide su gestión indirecta.

Esta Sala da prevalencia a las razones del escrito de contestación puesto que tienen apoyo tanto en lo que realmente decide aquel acuerdo plenario, que sólo es cambiar la técnica de gestión del servicio, como en lo que dice el artículo 126.1 del RSCL, que sanciona el principio básico de que el servicio concedido sigue siendo público y de competencia de la Corporación Local, lo que sucede en este caso; también en lo que establecen los artículos 85 y 86 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, que diferencian entre el ejercicio de actividades económicas del artículo 128.2 de la Constitución, en concurrencia o no con los particulares, y la prestación de servicios o actividades en los que se declara la reserva y cuya gestión puede ser indirecta según contempla el artículo 95.1 del Texto Refundido 781/1986, a los cuales (su ámbito) pertenece la decisión adoptada en el acuerdo recurrido.

En todo caso, no existe inconveniente en considerar en la actualidad que la municipalización es la respuesta dada por el Estado para que el municipio pueda participar en el ejercicio de actividades económicas en concurrencia con los particulares. Se parte de un Estado liberal al que, por definición repugnaba el intervencionismo de las Administraciones Públicas en este campo que estaba vedado exclusivamente a la libre iniciativa privada. No obstante, este Estado liberal, por determinadas circunstancias que no son del caso exponer ahora<sup>62</sup> tuvo la necesidad de superar estas resistencias iniciales mediante una fórmula transaccional: permitir el libre ejercicio de las Administraciones Públicas de actividades económicas, pero de forma limitada. Estas restricciones eran las siguientes: a) Este ejercicio de actividades económicas quedaba restringido a aquellos servicios estimados de utilidad pública o interés social. b) Su ejercicio lo era en concurrencia con los particulares, y sujeto a las mismas reglas del mercado. c) Sólo en casos excepcionales y a través de un procedimiento especial el ejercicio de estas actividades quedaban reservadas en régimen de monopolio al sector público, con la consiguiente exclusión del sector privado en las mismas (salvo como concesionario o contratista de las Administraciones Públicas).

---

<sup>62</sup> Entre otras se pueden enumerar la insuficiencia privada para prestar servicios de contenidos económicos pero esenciales para la vida humana, la crítica situación de estos servicios al fin de las dos guerras mundiales que asolaron Europa en la primera mitad del siglo pasado y las ideas socialistas que postulaban un intervencionismo en toda la actividad económica.

Por la explicación antedicha decía **Albi** que no tenía sentido el concepto de municipalización como algo distinto de la prestación de los servicios públicos de competencia municipal, porque en su momento no se cuestionaba la facultad intervencionista del Estado en el ejercicio de actividades económicas con las limitaciones expresadas, de aquí la conclusión a la que llegaba de explicar la municipalización como la habilitación legal, fruto de un residuo histórico, para el establecimiento y ejercicio de actividades económicas por parte de las Administraciones Públicas.

Pero, en la actualidad, aún admitiendo que la municipalización es equivalente al ejercicio de actividades económicas por parte del municipio, en ningún caso puede identificarse municipalización con gestión de servicio público local. Como ya advirtiera **Albi** en su día, la municipalización no es sino el procedimiento a través del cual los municipios quedan autorizados para ejercer la iniciativa económica, es decir la función del art. 164 de la LRL en cuanto habilitación legal para el ejercicio de actividades económicas es elevada en la actualidad a rango constitucional en virtud del primer inciso del número 2 del art. 128 CE, y ello porque ahora la realidad jurídico-política es otra, situación que no se daba en la época de la LRL en la que **Albi** podía encontrar habilitación legal suficiente para el ejercicio de actividades económicas en concurrencia con los particulares por parte de las Administraciones Públicas en el rango normativo de la LRL. Ahora bien, la referida habilitación constitucional es extensible a todas las Administraciones Públicas de forma genérica, y la habilitación concreta a los Entes locales la encontramos en el art. 86.1 de la LRBRL.

No obstante, la confusión de los textos legales vigentes proviene de que en su origen, la municipalización se refería al ejercicio directo del municipio en todas aquellas actividades de naturaleza económica, bien fueran servicios públicos tipificados, como cualesquiera otros, y de aquí viene el entrecruzamiento y solapamiento en la regulación legal de dos instituciones que en la actualidad son diferentes: el servicio público y el ejercicio de la iniciativa económica pública. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia también ha caído en el error de referirse a la municipalización como forma de gestión de los servicios públicos. En este sentido, *videatur* STSJ de Canarias de 30 de noviembre de 1998, STSJ de Andalucía (Granada) de 17 de noviembre de 1999, STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de mayo de 2001, y STSJ de Galicia de 27 de diciembre de 2002.

Como sabemos, determinadas actividades pueden ser ejercitadas por los municipios en régimen de monopolio. Estas actividades reservadas o servicios esenciales, según la dicción del art. 86.3 de la LRBRL, son las siguientes: abastecimiento y de-

puración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales, transporte público de viajeros; y, finalmente, cualesquiera otras aparte de los mencionados que el Estado o las Comunidades Autónomas puedan establecer mediante Ley.

Sin embargo, hay que destacar que la gestión real en régimen de monopolio de los servicios del art. 86 no es automática, sino que es preciso tramitar un expediente específico para ello; así lo dispone el último inciso del número 3 del art. 86, que exige, además del pertinente acuerdo de la Corporación municipal, su aprobación por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente. Esta exigencia legal de la determinación, que aquí sí es *numerus clausus*, de los servicios que pueden ser prestados en régimen de monopolio por los municipios, así como que la efectiva prestación de esta manera requiere acuerdo en tal sentido de la correspondiente Comunidad Autónoma, es de gran trascendencia, porque ello significa que el municipio no tiene la exclusiva en la prestación de los servicios que gestione, aún tratándose de los mínimos y obligatorios; es más, ni siquiera puede excluir el municipio a la iniciativa privada para que preste en concurrencia con el municipio aquellos servicios llamados a ser gestionados en régimen de monopolio por el propio municipio, en tanto no sea tramitado el correspondiente expediente y recaiga acuerdo de la correspondiente Comunidad Autónoma aprobatorio de su efectiva prestación en régimen de monopolio. En consecuencia, la iniciativa privada puede gestionar libremente cualquiera de las actividades que constituyen servicios públicos municipales en tanto no concluya el expediente de su efectiva prestación mediante monopolio, en su caso. Así, la STS de 21 de diciembre de 2000 sienta la siguiente doctrina relativa al concreto servicio de abastecimiento y depuración de aguas:

Por lo que ya en particular se refiere al ejercicio de actividades o servicios en régimen de monopolio, por parte de las Entidades Locales, la lectura de los artículos 128 de la CE, 86 de la LBRL y 96 y 97 del TRRL permite distinguir, como aspectos o conceptos diferenciados, los siguientes:

- La posibilidad general de reservar al sector público actividades o servicios esenciales, con la consiguiente exclusión respecto de ellos de la titularidad privada, que está prevista en la Constitución, y para la que dicha norma fundamental requiere una específica habilitación legal (al disponer que ha de hacerse “mediante ley”).
- La habilitación legal específicamente referida a la reserva a favor de las Entidades locales del servicio esencial de abastecimiento y depu-

ración de aguas, que se encuentra establecida en el artículo 86 de la LBRL.

- La decisión de la Entidad local por la que, ejercitando esa habilitación legal, asume de manera efectiva la responsabilidad sobre la ejecución de la actividad legalmente reservada, para desarrollarla en régimen de monopolio, y que, por ello, impide en lo sucesivo la iniciativa privada que con anterioridad pudiera haber existido sobre esa actividad. Esta decisión requiere cumplir los trámites ordenados en los artículos 86 LBRL y 97 TRRL, y además la aprobación del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.
- La gestión del servicio monopolizado, que puede ser directa o indirecta. Y
- La adjudicación a un particular del contrato por el que se encarga de la gestión indirecta del servicio municipal monopolizado.

Volviendo al concepto de municipalización, existe un hilo conductor, pues, entre ésta y el ejercicio de actividades económicas por una parte, y en su regulación legal, tanto en la LRL y su RS como en la LRBRL y su TRLRBRL; así, Díaz Lema afirma que el sistema es sustancialmente idéntico en la vieja y en la nueva legislación<sup>63</sup>, y aunque a veces ésta usa como términos distintos la expresión “servicios” y la de “actividades económicas”, como ocurre en el TRLRBRL, otras veces emplea la expresión “municipalización” en la LRBRL, para referirse tanto a los servicios públicos como al ejercicio de actividades económicas, y por ello utiliza una misma fórmula para determinar el modo de gestión de unos y de otros; así dice el art. 95.1 del TRLRBRL:

Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa.

El legislador hace una plena equiparación entre el ejercicio de actividades económicas y los servicios públicos locales como sabemos. Como método para resolver la confusión legal sobre la identificación entre servicio público local y

---

<sup>63</sup> José Manuel Díaz Lema: “Los monopolios... op. cit”.

ejercicio de actividades económicas locales hemos de examinar si en la actualidad, en la legislación vigente existe alguna restricción o límite al ejercicio de actividades económicas por parte de los Entes locales, o por el contrario, si éstos tienen libertad absoluta para ejercer cualquier tipo de actividad de naturaleza económica.

Recordemos que la antigua LRL exigía la limitación de que las actividades de que se trataran debían de ser, en todo caso, de utilidad pública o interés social. Pues bien, entiendo que en la actualidad esta limitación sigue existiendo en base a la dicción del art. 25.1 de la LRBRL, según el cual el municipio

**puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal;**

y la misma conclusión puede extraerse del art. 3.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y 103.1 de la CE, según los cuales la Administración sirve con objetividad los intereses generales, por lo que de acuerdo con estos preceptos, las Entidades locales no podrán ejercitar la iniciativa económica de aquellas actividades que no vayan encaminadas derechamente a satisfacer estos intereses generales y necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal; conceptos éstos indeterminados, pero no indeterminables y que habrán de acotarse en cada caso concreto y cuya concreción estará sujeta a la revisión de los tribunales de justicia.

Pero este aserto nos puede llevar una vez más al punto de partida y establecer una identidad entre servicio público local y ejercicio de actividades económicas en el ámbito local. En efecto, si hemos dicho con anterioridad que en la actualidad, como en la época de la LRL, la enumeración de los concretos servicios públicos no constituye *numerus clausus*, y que puede haber servicios públicos locales innominados que tienen la cualidad de tales siempre que sirvan a dar satisfacción a las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, y por otra parte esta misma vocación de servicio a la comunidad vecinal es el supuesto necesario para que los Entes locales puedan ejercer las actividades económicas (obsérvese que el art. 25.1 de la LRBRL habla indistintamente de actividades y servicios: promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos, y que el art. 95 del TRLRBRL parece considerar a determinados servicios públicos locales como meras actividades económicas), ¿dónde radica entonces la diferencia entre los servicios públicos innominados y el ejercicio de actividades económicas? Parece, pues, que la situación es idéntica a la planteada en la LRL que equiparaba el concepto de servicio público, entendido en sentido amplio, con el de la municipalización: en ambos casos se estaba en presencia de presta-

ciones de tipo económico por parte de los Entes locales, prestaciones que, a su vez, satisfacían necesidades de la vida local. ¿Entonces ello quiere decir que es inútil el tratar de distinguir entre ambas categorías? Los partidarios del concepto restringido del servicio público y de la vigencia del principio de subsidiariedad, en el ejercicio de actividades económicas por parte de las Administraciones Públicas, y entre ellas, los entes locales, utilizan este argumento para identificar el servicio público local con las actividades reservadas; es decir, para estos autores defensores del concepto restringido del servicio público local, únicamente adquieren la categoría de servicios públicos locales aquellas actividades que el propio artículo 86.3 del TRLRBRL reserva para su ejercicio en régimen de monopolio por parte de los entes locales, de tal modo, que la prestación por estos de cualquier otra actividad o servicio constituye el ejercicio libre de actividades de contenido económico a que se refiere el art. 128.2 CE, el cual, además, sólo puede ser ejercido en caso de insuficiencia o ausencia de la iniciativa privada (principio de subsidiariedad), aduciendo que, en otro caso, no tendría sentido la reserva de las actividades consignadas en el art. 86.3 del TRLRBRL, puesto que su ejercicio en régimen de monopolio no es automático, sino que requiere, como sabemos, la tramitación de un expediente *ad hoc* que ha de culminar con la autorización de la correspondiente Comunidad Autónoma, por lo que la única manera de interpretar coherentemente dicho artículo es entender que las actividades llamadas a ser prestadas en régimen de monopolio, con independencia de que efectivamente terminen de este modo, son los servicios públicos locales que, juntamente con los servicios mínimos obligatorios regulados en el artículo 26.2 de la LRBRL son las únicas actividades de las que puede predicarse diáfananamente los atributos de los servicios públicos locales, y fuera de ellos no existe sino el libre ejercicio de actividades económicas.

Incluso alguna jurisprudencia se ha hecho eco del principio de subsidiariedad en el ejercicio de actividades económicas por parte de los entes locales, con evidente exageración, ya que ha declarado la exigencia de tramitar el expediente para el ejercicio de la iniciativa económica previsto en el art. 97.1 del TRLRBRL, para la prestación de forma directa mediante la constitución de una sociedad de capital íntegramente municipal, los servicios de abastecimiento de agua y depuración de aguas residuales. Dice la STS de 1 de febrero de 2002:

**Como se deduce de los anteriores fundamentos de derecho, la creación de una empresa municipal no puede hacerse, conforme al artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, sin un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida. Este requisito aparece justificado por el carácter excepcional que, desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de**

mercado (artículo 38 de la Constitución) reviste la intervención pública en la actividad económica (artículo 128 de la Constitución). La existencia de ésta no resulta afectada por el hecho de que la actividad económica de que se trate se haya reservado al poder público como servicio esencial en régimen de monopolio (artículo 128.2, inciso segundo, de la Constitución), en contra de lo que sostiene la parte demandada y hoy recurrente. El sometimiento al Derecho mercantil de una actividad de carácter económico, con la consiguiente huida de las limitaciones que impone el Derecho Administrativo a la actividad de los poderes públicos, comporta por sí una intervención de aquella naturaleza.

Sin embargo, a pesar de los ilustres autores que sostienen esta postura (García Ariño), y de la jurisprudencia en este sentido, mi opinión personal es otra. Parto de la base de que en la actualidad es difícil encontrar una prístina categoría jurídica en Derecho Administrativo que responda a lo que Max Weber llamaba “*tipo ideal*”<sup>64</sup>; por el contrario la realidad y la práctica nos tiene acostumbrados a instituciones poliédricas en las que se entremezclan características y atributos de varias de ellas, aunque terminen prevaleciendo los de una sobre las restantes, características prevalentes que va a ser las que definan y den contenido a la categoría. La institución así configurada admite gradaciones que oscilan en una escala más o menos amplia, desde aquellas más puras, que más se aproximan al tipo ideal de la institución, hasta aquellas más degradadas que presentan unas características tan debilitadas del “tipo ideal” que quedan diluidas en otra categoría con la que, ciertamente, presentan semejanza.

Y esto es lo que ocurre con la institución del servicio público local. Los servicios públicos locales, que constituyen servicios mínimos obligatorios para aquellos municipios de una determinada población son expresiones más cercanas al tipo ideal de servicio público (pero sólo para aquellos municipios para cuya población sean obligatorios estos servicios, hasta el punto de que si un municipio de población inferior a partir de la cual ya no es obligatoria la prestación de ese determinado servicio, y que, consecuentemente, no tendría la obligación de prestarla, decide hacerlo, para éste, el servicio correspondiente tendrá una gradación

---

<sup>64</sup> El “tipo ideal” de Max Weber consiste según el profesor Pérez-Prendes en la construcción ideal de una institución en su forma más pura y desarrollada y comprender después la acción real influida por elementos de toda especie, que aparece como una desviación del puro tipo concebido mentalmente como entidad abstracta. Este tipo ideal o puro no se da prácticamente nunca en la realidad, pero permite comprender cada una de las realidades por su referencia al tipo ideal (José Manuel Pérez-Prendes y Muñoz de Arracó: “*Historia del Derecho español. Parte general*”. Editorial Darro, 1973).



inferior que la que tenga ese mismo servicio para aquel otro municipio que por el número de habitantes resulte obligatorio). E igual ocurre con aquellos servicios públicos que pueden llegar a ser prestados en régimen de monopolio (art. 86.2), con independencia de que algunos de ellos, a su vez, sean considerados legalmente servicios mínimos obligatorios. Precisamente, desde mi punto de vista, esta llamada al ejercicio del servicio en régimen de monopolio no tiene más finalidad que la de servir de advertencia a los agentes económicos privados por si decidieran ejercer en régimen de concurrencia con la Administración Pública este servicio queden avisados que en cualquier momento puede la Administración decidir prestarlo en régimen de monopolio, sin perjuicio del abono de su justiprecio (art. 98 TRLRBRL)<sup>65</sup>.

Lo cierto es que la confusión legal existente, al identificar, unas veces al servicio público con el ejercicio de actividades económicas y al regular de forma conjunta ambas instituciones no hacen sino oscurecer dos instituciones perfectamente delimitadas y que responden a fundamentos distintos. Por ello sería conveniente *de lege ferenda* que el legislador de régimen local omita de una vez por toda la expresión “municipalización”, así como que regule de forma autónoma e independiente, sin interferencias mutuas la institución del servicio público y la del ejercicio de actividades económicas. Pues bien, la reciente reforma de la LRBRL por Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local no ha aprovechado la oportunidad para aclarar el panorama.

---

<sup>65</sup> En este sentido Díaz Lema.

## VI | CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO

### 1. Introducción

En el ámbito de la fenomenología, muchas veces ocurre que creemos que las experiencias que vivimos carecen de antecedente en el devenir histórico y social, y así, nos parece que muchas instituciones del orden social, como las jurídicas, que son las que a nosotros nos interesan, o sus vicisitudes y sus crisis no han tenido precedente en la historia de la institución de que se trate. Tal ocurre con la institución objeto de este estudio. Que el servicio público en la actualidad está en crisis, nadie lo niega. Que en la actualidad existe un replanteamiento sobre los fines del Estado, tampoco. Que la mayoría de los autores están de acuerdo en las causas de esta crisis, con independencia de que cada uno de ellos ponga el énfasis en una u otra, también es cierto. Lo curioso es que el servicio público parece que siempre ha estado en crisis, a pesar de ser una institución capital para el Derecho Administrativo y la razón de ser de la propia Administración. Pero más curioso aún es que las causas, a las que los autores de hoy les atribuyen el origen de la crisis en la actualidad sean las mismas que las que señalaban los autores hace más de cincuenta años. En aquella época Albi decía lo siguiente:

Toda la concepción teórica, tan concienzuda e ingeniosamente construida por los juristas de aquel país (Francia), se tambaleó desde sus cimientos y se desmoronó en su parte fundamental. Las notorias exageraciones de una síntesis forzada hasta el máximo, en torno a la idea de servicio público, no pudieron sobrevivir al impacto de las nuevas circunstancias (...). Las causas de la misma se derivaron de dos factores fundamentales: en primer lugar, de la tendencia estatal, cada día más acentuada, a intervenir en un conjunto de numerosas materias, tradicionalmente reservadas, de modo exclusivo, a la actividad de los parti-

culares; y, por otra parte, de la colaboración de los mismos –cada vez más frecuente– con sujeción a su propio régimen jurídico de Derecho Privado, en finalidades de interés general, promovidas y fiscalizadas por la Administración Pública. De todo ello resulta que la distinción entre actividad pública y privada, entre Derecho Público y privado, tan fácil, tan simple, hasta 1914, se ha ido complicando, progresivamente, a partir de esa fecha, hasta llegar, con posterioridad a 1940, a una situación de profundo confusionismo, en el que la Administración Pública ha quedado convertida en una enmarañada e inextricable proliferación de situaciones ambiguas, de formas mixtas, con numerosa gama de grados y matices, en las que las ideas clásicas del Derecho Público y del privado se superponen y entrecruzan, sin posibilidades de diferenciación científica, de sometimiento a reglas generales. Y, claro está, que toda la construcción jurídica que se basaba, precisamente, en una separación tajante y neta de ambos conceptos, se ha venido abajo.

Creo que la claridad, precisión y dicción del autor excusan la extensión de la cita; por otra parte rara vez y en tan pocas y exactas palabras se ha explicado las causas de la crisis de la noción de servicio público. Para Albi, pues, que partía de la distinción neta entre Derecho Público y Derecho Privado como fundamento del servicio público, la crisis estaba fundamentada en las siguientes causas: a) síntesis forzada de la concepción del servicio público (en la actualidad, concepto restringido del mismo). b) Ejercicio de actividades económicas por el Estado extrañas a sus intereses generales. c) Sujeción del Estado en las anteriores actividades a formas de Derecho Privado (en la actualidad, la llamada “*huida del Derecho Administrativo*”). d) Confusión entre Derecho Público y Derecho Privado. Todas estas causas señaladas por Albi como desencadenantes de la crisis del servicio público hace cincuenta años, están presentes, igualmente, en la crisis actual del concepto, si exceptuamos la adición de la influencia del Derecho comunitario, que en la época en la que escribía Albi era difícil de predecir los avances producidos en torno a la Unión Europea<sup>66</sup>.

Seguidamente voy a examinar las causas actuales de la crisis del servicio público, adelantando ya desde ahora que, según mi opinión, esta crisis lejos de perjudicar

<sup>66</sup> El seguidor y traductor al castellano de las obras de Duguit, José G. Acuña afirma en el prólogo de la edición española de la obra de aquel “*Soberanía y libertad*”, escrita en 1921, que la supuesta unidad moral de Europa, para que existiera, tendría que fundarse sobre un estado de conciencia político-social cada día más lejos de concretarse y mostrar sus efectos.

a la institución, lo que hace es reforzarla, en cuanto que al desnudarla de ropajes extraños nos la muestra pura y en su verdadera esencia<sup>67</sup>.

## 2. La hipertrofia en el ejercicio de actividades económicas

El sistema económico de mercado jamás ha sido cuestionado en los diversos textos constitucionales en ningún momento de la historia de España y, de la misma manera, tampoco ha sido cuestionado el ejercicio de actividades económicas por los poderes públicos, al menos en cuanto a concepto; cuestión distinta es el de su extensión, pero en cualquier caso sometido este ejercicio a las reglas del mercado y en régimen concurrencial y de igualdad con los sujetos particulares; de cuyo fundamento constitucional y legal ya he hablado suficientemente en el epígrafe correspondiente, y ahora voy a tratar sobre la incidencia que esta actividad económica de los poderes públicos ha tenido y tiene para el propio sector público.

Esta actividad económica pública tiene su origen en las grandes obras y servicios que demandaba la sociedad del último tercio del siglo XIX, fruto, principalmente, de las grandes concentraciones humanas en las primeras megaurbes, concentraciones que tuvo como causa la revolución industrial y sus secuelas y que supuso el tránsito de una sociedad agraria y rural a una sociedad industrial y urbana y que, además, tuvo una repercusión de gran calado en el plano de las ideas políticas.

Pues bien, esta concentración demográfica en una extensión de terreno más o menos limitado demandó la realización de grandes obras y servicios (saneamiento, transportes, obras hidráulicas) para los que los recursos de la iniciativa privada no eran suficientes, bien porque había de acopiarse ingentes recursos financieros, bien por la extraordinaria complejidad técnica de las obras. Además, muchas de estas obras y servicios requerían de la capacidad normativa del Estado para llevarlas a buen término (expropiaciones forzosas, créditos oficiales, re-

---

<sup>67</sup> En este sentido, **García de Enterría** afirma que *“Las discrepancias y las correlativas polémicas constituyen el necesario caldo de cultivo de todas las ciencias y el instrumento imprescindible de su desarrollo y progreso. No otra cosa ocurre en la ciencia jurídica. El sucesivo ajuste, la reconfiguración de los conceptos, la adaptación a las cambiantes circunstancias de la sociedad a que el Derecho sirve (art. 3 CC), los descubrimientos inesperados de la casuística, la depuración de soluciones, es la vida misma del Derecho. Sería inimaginable la sacralización absoluta de cualquier doctrina (...), doctrina que exigiese sumisión incondicional a sus cultivadotes; sería la muerte de la ciencia jurídica en un plazo no muy largo”*. **Eduardo García de Enterría**: *“Democracia, Jueces y control de la Administración”*. Editorial Civitas, 2000.

gulación legal del uso de estos servicios... etc.), por lo que el Estado liberal y abstencionista de entonces se vio en la tesitura de vencer su natural repudio a intervenir en la actividad económica para promocionar y ejecutar tales obras y servicios. Ahora bien, el Estado liberal, para ello, busca unos instrumentos que minimicen su presencia directa, y descubre dos conceptos fundamentales que van a ser esenciales para el propio Derecho Administrativo: el servicio público y la concesión. Ya hemos visto cómo y dónde surge el concepto jurídico de servicio público, aquí solamente diré que el concepto de servicio público va a servir de coartada al Estado para maquillar su intervención económica en la vida económica: si el Estado interviene en la gestión económica no es por capricho, sino porque su actuación en este campo va a estar vinculada derechamente a la ejecución de determinadas obras y servicios, que dada su trascendencia para la vida social, califica a unas y a otros de “públicos” (así, al lado del concepto de servicio público nace también, de forma paralela y con el mismo fundamento, el de obra pública). Pero el Estado liberal que se ve obligado a prescindir de su natural abstencionismo y es arrastrado a la arena del campo económico, no va a consentir en gestionar él mismo las obras o servicios públicos de que se trate, e idea la figura de la “concesión” y del “concesionario”, y si bien no es este el lugar para tratar de esta figura, baste decir que el concesionario es el empresario interpuesto del Estado, el que corre con el riesgo económico de la ejecución de la obra o de la gestión del servicio, percibiendo del Estado (en el caso de obras públicas), o bien directamente de los usuarios (en el caso de los servicios públicos) la contraprestación económica por sus servicios, y siendo regulada la relación entre el concesionario y el Estado por un lado, y la del concesionario con los usuarios, por otro, por un régimen especial sujeto al Derecho Público y a través de unas condiciones previamente establecidas y aprobadas por el Estado, condiciones sobre las que éste se reserva el derecho a modificar (*ius variandi*), si así lo aconseja el interés público.

Así pues, el origen del intervencionismo directo del Estado en la actividad económica estuvo motivado por razones de interés público, intervención que quedaba sujeta al Derecho Público, y que dio lugar al nacimiento del concepto de servicio público (por esto exigía la doctrina que era menester que los servicios públicos tuvieran naturaleza económica).

Pero una vez concluida la Primera Guerra Mundial surge la convicción de que la concepción de un Estado liberal y abstencionista debía de ser superada por un Estado intervencionista, pues la situación económico-social en ésta posguerra no permitía que la intervención del Estado se limitara tan sólo a aquellos servicios cualificados y calificados como públicos, y únicamente mediante la figura inter-

puesta del concesionario, y así el Estado se despojó de su pudor primitivo y por una parte empezó a ensanchar en extensión e intensidad su actividad económica, y por otra entendió que dicha intervención no tenía que estar necesariamente mediatizada por la figura del concesionario, y una de las consecuencias en el campo del Derecho de este nuevo papel del Estado fue el de la primera crisis del concepto de servicio público de la que **Albi** se quejaba, y de la que dado cuenta anteriormente.

Esta convicción generalizada de que el Estado (y por ende, la totalidad de las Administraciones Públicas) tiene que participar en las actividades económicas como un actor más del mercado, se ve reforzada con el fin de la Segunda Guerra Mundial. Para superar la devastación generalizada en que quedó sumida Europa después de esta guerra, era acuciante la inversión pública. A reforzar la convicción intervencionista contribuyeron notablemente las teorías económicas de **Keynes** y la aplicación a la inversión pública del instrumento metodológico de la planificación. **Keynes** sostuvo que la inversión pública en la economía producía necesariamente su reactivación, pues cada unidad monetaria pública invertida en el mercado produce un efecto multiplicador sobre el consumo privado, que produce, a su vez, un aumento de la producción con el consiguiente aumento de la renta nacional y, en definitiva, un aumento de los índices de bienestar de la comunidad.

Por su parte, la planificación ha sido una de las formas tradicionales de la intervención del Estado en la economía. La planificación estatal tiene su origen en el Estado soviético desde el nacimiento de éste en 1917 e inicialmente consistió en un instrumento para dirigir y controlar la actividad económica. A través de los planes quinquenales la economía es planificada y dirigida de forma centralizada por el Estado. Aunque por definición la planificación soviética excluye el mercado, ésta llegó a traspasar las fronteras de los países comunistas y asentarse en Europa occidental. Francia fue el primero de los estados no comunistas en adoptar, en los años 40 del siglo pasado, esta fórmula de acción política en la economía mediante una planificación fuertemente centralizada, aunque a diferencia de los países soviéticos, esta planificación era obligatoria para el sector público (crédito oficial, polos de desarrollo, inversiones públicas... etc.), pero no para el sector privado, que era meramente indicativa.

España siguió el mismo camino del resto de Europa pues, aunque no tuvo implicación directa en las dos conflagraciones mundiales del siglo XX, le alcanzó de lleno la crisis generalizada de Europa del fin de la Primera Guerra, y sobre todo, sufrió las consecuencias devastadoras de la Guerra Civil española, cuyo fin coinci-

dió con el estallido de la Segunda Gran Guerra. España, cuando se recuperó de sus más esenciales carencias hacia fines de la década de los cincuenta del siglo XX abandonó su política económica basada en la autarquía, se abrió a las inversiones del capital extranjero, y el Estado comenzó a participar activamente en la gestión económica, adoptando, además con la fe de un neófito la planificación<sup>68</sup>.

Este intervencionismo económico estatal, practicado de modo generalizado en los países capitalistas, del que España no fue una excepción como hemos visto, queda justificado por las circunstancias históricas por las que ha atravesado Europa entre 1850-1970, que requirieron una decidida intervención económica del sector público para, en un primer momento hacer frente a las primeras grandes obras y servicios a los que tuvo que enfrentarse la sociedad, y, posteriormente para revitalizar las economías tras las grandes guerras del siglo XX. Por ello se ha de tener presente, para ser justos al realizar la crítica de este intervencionismo, que terminó produciendo consecuencias perversas para el propio sistema económico, al que paradójicamente quería servir, como en seguida veremos, que fue necesario en su día; cuestión absolutamente diferente es que las circunstancias económico-sociales de nuestros días sean distintas, y consecuentemente se considere que así como el interés público exigió antaño un fuerte desembarco estatal en la economía, desembarco estatal avalado por importantes economistas nada sospechosos de simpatizar con el marxismo (como **Keynes**), este mismo interés público demande hogaño justamente lo contrario, es decir, el repliegue del Estado del intervencionismo económico, en el bien entendido que este repliegue nunca será total<sup>69</sup>.

Retomando el tema, tras el paréntesis dedicado a justificar la intervención estatal en la gestión económica, así como el carácter de contingente e histórico, y, por encima de todo, supeditado siempre al interés general, a mediados de los años setenta del siglo XX, esta intervención económica del Estado en la economía llegó a ser asfixiante para el propio sistema económico. Así, a principios de 1980, el porcentaje del sector público en el producto interior bruto de casi todos los

---

<sup>68</sup> En España fueron aprobados cuatro planes de desarrollo de duración cuatrienal (1962-1976) propulsados por el ministro López Rodó.

<sup>69</sup> El profesor **Bermejo Vera** dice a este respecto que siempre ha habido un intervencionismo económico estatal, otra cosa es el grado y la forma que en cada momento pueda adoptar (**José Bermejo Vera**: “*Derecho Administrativo. Parte especial*”. Editorial Civitas, 1994).

países de la CEE estaba situado en torno al 50%<sup>70</sup>, destacando Suecia con el 67% (llegaría hasta el 70%), por arriba, y Alemania, Austria, Italia y Noruega entre el 50% y el 45% por abajo. Inglaterra es uno de los casos más paradigmáticos de pragmatismo, pues a una amplia etapa de inversión pública (en el período de entreguerras era del 25%; en 1953, tras la segunda ola de nacionalizaciones, el 36,9%; en 1970, sube al 40%, y en 1979 alcanzó su cota más alta con el 44%), siguió otra de fuerte repliegue (en el año 2000, el porcentaje de este país era del 40,6%). En España, en 1974, casi al fin de la era de los planes de desarrollo el porcentaje era del 28,6%; en 1983, año de la victoria electoral del Partido Socialista Español, el 37,6%; en 1990, hacia la mitad del gobierno socialista, del 42,5%<sup>71</sup>; en 1995, hacia el final de la época socialista del gobierno de Felipe González, del 45,5%; en 1996, año del triunfo electoral del Partido Popular, el 43,7%; y en el año 2000, del 40,3%.

En la actualidad, por el contrario, hay una convicción generalizada de que ese interés general que en su momento demandó la gran inversión y participación del sector público en la economía demanda ahora lo contrario, el repliegue del Estado, en el entendido de que las posiciones que abandone van a ser ocupadas inmediatamente por la iniciativa privada. Esta es una opinión común en el mundo occidental<sup>72</sup>. Inglaterra fue el primer país que inició el camino de regreso en los primeros años de la década de los ochenta del siglo XX, y como dato curioso hay que señalar que este repliegue económico del sector público británico estuvo exento de los grandes y apasionados debates políticos que sí tuvieron lugar en Europa continental; asimismo, es de destacar que en Inglaterra la época de las grandes nacionalizaciones y consiguiente inversión pública fue realizada bajo gobiernos de signo conservador. ¿Qué quiero decir con esto? Pues que como señala Villar Rojas en su obra citada, en Inglaterra el cambio de actitud del Estado estuvo motivado en razones de orden práctico debido al convencimiento

<sup>70</sup> Todos los datos del porcentaje del sector público en el PIB están tomados de las obras de Ariño Ortiz: "Principios... op cit" y Villar Rojas: "Privatización... op cit".

<sup>71</sup> Como ejemplo de la importancia e "invasión" del sector público en actividades económicas típicamente privadas, Ariño, en su obra citada en la nota anterior, expone cómo en 1990 eran propiedad del Estado las empresas líderes de los diversos sectores económicos: en el sector editorial, el BOE; en el sector audiovisual y de medios de comunicación, Radiotelevisión y Agencia Efe; en el sector de la energía, REPSOL y CAMPSA; en transporte, RENFE, Iberia, ENATCAR y Transmediterránea; en servicios bancarios, Argentaria; en telecomunicaciones, Telefónica; en distribución, Tabacalera, MERCASA; en minería, HUNOSA; en siderurgia, ENSIDESA; en construcción naval, BAZAN; en el sector inmobiliario, SEPES ....etc.

<sup>72</sup> Ariño dice que lo que hace cincuenta años fue la expresión de entusiasmo de toda Europa hacia la empresa pública como gran instrumento del nuevo Estado social que alumbró tras la Segunda Guerra Mundial, ha hecho crisis hoy.



generalizado de la necesidad de reducir la participación e influencia del Estado en la economía como presupuesto necesario para su reflatación.

¿Cuáles fueron las causas que motivaron el cambio de estrategia del sector público con respecto al ejercicio de la iniciativa económica? Casi todos los autores están de acuerdo en señalar las siguientes:

- a) El fracaso de la experiencia extrema de planificación centralizada y economía dirigida de los países socialistas del Este europeo.
- b) El fin del crecimiento indefinido de las economías nacionales producido en 1973 como consecuencia de la crisis energética de dicho año.
- c) El avance insostenible de los déficits públicos.
- d) La incapacidad del Estado para asumir la dirección de la economía en un sistema de mercado.
- e) La ineficiencia del Estado del Bienestar Social, de la cual hablaré a continuación.

### 3. Los servicios públicos sociales

Hay que comenzar diciendo que los derechos sociales, presupuesto de los servicios públicos sociales, que han dado lugar al Estado de Bienestar Social es un logro alcanzado por la sociedad, al menos en aquellos países que los tienen reconocidos, y que en el caso de España es imposible suprimir sin modificar la CE porque vienen recogidos ni más ni menos que en el artículo 1 del texto constitucional y en el Título I, que lleva por rúbrica “*De los derechos y deberes fundamentales*”.

Los servicios públicos sociales tienen su presupuesto y razón de ser en los derechos sociales, como he dicho, por ello, para comprender la verdadera incidencia de los servicios públicos sociales es preciso hacer un excursio sobre los derechos sociales.

Lo primero que hay que decir con respecto a los derechos sociales es que están recogidos en casi todos los textos constitucionales modernos. Sin embargo, estos derechos no fueron recogidos en las primeras constituciones promulgadas tras la Revolución Francesa, que sólo conocieron los denominados derechos civiles y políticos, que por ello se conocen también con el nombre de derechos de prime-

ra generación, y tenían su fundamento en el primero de los tres lemas de la Revolución, el de *libertad*; el Estado que reconoció estos derechos es el llamado Estado de derecho. Pero pronto se advirtió que estos derechos eran necesarios pero no suficientes para dar cumplimiento al segundo lema de la Revolución, el de *igualdad*, y cuya necesidad fue puesta al descubierto por los nuevos problemas sociales producidos por la revolución industrial que siguió de forma inmediata a la Revolución Francesa (deplorables condiciones de trabajo, sobre todo de los niños y mujeres, hacinamiento de grandes masas en espacios reducidos... etc.), y hay que establecer las garantías para que la *igualdad* fuera efectiva, y así surgen los derechos económicos, sociales y culturales, comúnmente conocidos como derechos sociales o derechos de segunda generación, y que tienen como finalidad subvenir a las necesidades básicas de las personas<sup>73</sup>.

El Estado que recoge los derechos sociales es el Estado social, denominación utilizada por primera vez por **Louis Blanc** en 1848, y se extendió rápidamente por la Europa de la época; así, **Lorenzo Von Stein** utiliza el adjetivo social referido a la monarquía germánica del siglo XIX, que consistía, como él mismo decía, en compaginar el progreso de las clases menos privilegiadas con la conservación de las instituciones más tradicionales. Es la misma actitud que estuvo presente en la política de extinción del pauperismo patrocinada por **Napoleón III** en Francia, o en el llamado “Estado de servicio social” propugnado por **Bismarck** en Alemania.

Estos conceptos tempranamente echaron raíces en nuestro país, incluso de forma adelantada a otros. El adjetivo “social”, como actuación del Estado fue utilizado en 1839 por **Ramón de la Sagra**, y al que se sumaron entusiásticamente otros autores y políticos como **Pastor Díaz**, **Concepción Arenal**, **Eduardo Dato** y **Canovas del Castillo**; para este último, el Estado debe intervenir en el orden social y económico hasta donde pida el bien necesario de los hombres socialmente justos. España, además, fue pionera en plasmar en la legislación estos derechos, como la Ley de 24 de julio de 1873, que regula de manera limitativa el trabajo de los menores, o en la creación de la Comisión de Reformas Sociales en 1883.

La primera Constitución que recogió estos derechos fue la de México de 1917, a la que siguió la de Weimar en 1919, y la española de 1931. La Constitución

---

<sup>73</sup> En la actualidad, la doctrina habla de los derechos de tercera generación, que se fundamentan en la *solidaridad* (tercer lema de la Revolución Francesa, *fraternidad*); son los llamados “derechos difusos”, como el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo... etc. Vid. “*La nueva generación de derechos*”, de **María Eugenia Rodríguez Palop**, editorial Dykinson, 2002.

francesa de 1946 es la primera que califica el Estado como social, a la que siguió la de Alemania, República Federal, de 1948, que acuña definitivamente el término al definir a la República alemana como “Estado federal, democrático y social”.

A nivel internacional, los derechos sociales están recogidos en diversos textos, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, el Convenio Americano sobre Derechos Humanos (1969), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), la Carta Social Europea (1961) y la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores (1989).

El Estado social también viene recogido en el Tratado de la Unión<sup>74</sup>, cuyo Preámbulo dice:

**CONFIRMANDO su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, de 1989.**

**DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pueblos teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible (...) y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente, y a desarrollar políticas que garanticen los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos<sup>75</sup>,**

<sup>74</sup> En la actualidad, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha sido firmado por los Jefes de Estado de los veinticinco países miembros de la Unión, e iniciado el proceso de ratificación, ha sido aprobado en referéndum por España, y rechazado por los ciudadanos de Francia y de Holanda, por lo que el proceso está atascado, y parece claro que en el mejor de los casos ya no va a entrar en vigor el 1 de noviembre de 2006, tal y como preveía el artículo IV-447 de dicho documento, si tales ratificaciones se producían; por tanto, en el texto cito el Tratado de la Unión vigente en la actualidad, que es el aprobado en la cumbre de Niza.

<sup>75</sup> El Proyecto de Tratado de Constitución dice en el preámbulo de la Parte II, titulada “*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*”, lo siguiente: “(...) la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho (...). La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa (...); trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible (...). Para ello es necesario, dándoles mayor proyección mediante una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos (...). La presente Carta reafirma (...) los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales (...), así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Preámbulo que es desarrollado en los artículos 136 y ss. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según los cuales la Comunidad y los Estados miembros tendrán como objetivo el fomento del empleo<sup>76</sup>, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo<sup>77</sup>, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso el reforzamiento de la cohesión económica y así como reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las distintas regiones<sup>78</sup>.

La CE, no ya en el título Preliminar, sino en su art. 1 define al Estado español como social:

**España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político.**

La concreción constitucional de los derechos sociales viene recogida en el título I, si bien, en función del grado de protección que a ellos la misma les ofrece, se pueden establecer los siguientes tres grupos:

1°. Derechos sociales que constituyen derechos fundamentales. Estos derechos son el derecho a la educación, a la libertad de enseñanza y derecho a la enseñanza básica gratuita y obligatoria (art. 27), derecho a la libertad de sindicación (art. 28.1) y derecho a la huelga (arts. 28.2 y 37.2). La protección de estos derechos es la máxima que permite la CE y ya fue examinada en el párrafo IV.2.

2°. Derechos sociales que constituyen derechos de los ciudadanos, pero no fundamentales. La protección de estos derechos es menos intensa que los anteriores y se manifiesta de una doble manera: por una parte, su regulación ha de hacerse necesariamente por ley, y por otra pueden ser invocados directamente ante los tribunales de justicia. Estos derechos son el derecho al trabajo (art. 35), a la negociación colectiva (art. 37.1) y el derecho a la fundación (art. 34).

3°. Derechos sociales que tienen la consideración de principios rectores de la política social y económica. Esta categoría de derechos sociales es la más numerosa, pero a la que la CE ofrece una protección de menor grado, ya que, según el art.

<sup>76</sup> Artículos III-117 y III-205, entre otros del Proyecto de Tratado de Constitución.

<sup>77</sup> Artículo III-209 del Proyecto.

<sup>78</sup> Artículos III-220 y ss. del Proyecto.

53.2 la virtualidad de estos derechos es informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. **Bassols Coma**, en su obra citada, dice que aunque estos derechos constituyan principios informadores, y en consecuencia contienen una normativa de contenido eminentemente programático, ello no impide su consideración como normas jurídicas constitucionales vinculantes; así, tienen una eficacia interpretativa de primer orden, sirven de orientación, estimulación y promoción de la política de los poderes públicos, y máxime, cuando el Tribunal Constitucional se apresuró a advertir en la primera ocasión (Sentencia de 2 de febrero de 1981) que no hay en la CE normas meramente programáticas, sino que, por el contrario, todos los preceptos constitucionales contienen un mandato que vincula en sus propios términos a los poderes públicos, y lo único que varía son los términos concretos de esa vinculación. En el mismo sentido se pronuncian **García de Enterría** y **Lucas Verdú**. Por el contrario, **Ariño Ortiz** opina que los derechos sociales incluidos en el texto constitucional como principios rectores del orden económico y social son guías, principios conformadores del orden económico que sólo al ser concretados por el legislador atribuirán derechos subjetivos a los particulares<sup>79</sup>. Sin embargo, la posición de la jurisprudencia se aproxima más a la de aquellos autores que a la de éste. A este respecto es significativa la STS de 9 de mayo de 1986 que estimó un recurso de apelación contra una sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona que desestimó un recurso interpuesto por una Coordinadora de Minusválidos contra acuerdos del Ayuntamiento de Pamplona que rechazaron la pretensión de esta Coordinadora de que se adaptara el acceso de un parque a los minusválidos, desestimación de la Audiencia que estuvo fundamentada en que los servicios públicos municipales, tal y como los regulaba la legislación a la sazón vigente, la LRL, no constituían verdaderos derechos subjetivos de los vecinos exigibles a su Ayuntamiento<sup>80</sup>. La STS como digo, revocó la sentencia de la Audiencia y declaró la obligación del Ayuntamiento de hacer las obras precisas para establecer el acceso de minusválidos al parque en base al siguiente razonamiento contenido en su fundamento jurídico segundo:

**A la misma conclusión hay que llegar si se trae a colación el artículo 49 de la vigente Constitución española, conforme al cual, “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento e integración de**

<sup>79</sup> **Ariño Ortiz**: “Principios... op. cit”.

<sup>80</sup> En la actualidad, como ya hemos visto anteriormente, el art. 18.1.g) de la LRBRL atribuye a los vecinos el derecho a exigir la prestación, y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público en el caso de constituir una competencia municipal de carácter obligatorio.

los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”, derechos entre los que se encuentra, por ejemplo, el de circulación (art. 19), debiendo recordarse que este mandato del artículo 49, pese a estar incluido bajo la rúbrica “de los principios rectores de la política social y económica”, no es una mera norma programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Trop versus Duller*, “las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación. Son regulaciones de Gobierno”. Y esta doctrina, aunque establecida por un Tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país es perfectamente trasladable a nuestro ámbito para subrayar el sentido de los artículos 9.1 y número 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución española. De manera que este artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos<sup>81</sup>.

Podemos definir los Derechos sociales como aquellos derechos de titularidad individual, cuya realización requiere una actividad positiva, a menudo material de los poderes públicos y produce una satisfacción tanto individual como de carácter colectivo y contribuye a fomentar la cohesión social. Examinemos esta definición.

- a) Derechos de titularidad individual. Los derechos sociales solamente son atribuibles a la persona física, individualmente. Los derechos sociales son de *titularidad individual*, como los derechos civiles y políticos, pero se inspiran en una concepción empírica y realista del ser humano. Aunque se ha defendido que los destinatarios de los derechos sociales eran los colectivos, los grupos, el

---

<sup>81</sup> Esta Sentencia es de capital importancia, tanto porque ratifica la posición del TS de la aplicación directa de las normas constitucionales constitutivas de principios rectores de la política social y económica, como porque declara el carácter de derecho subjetivo de los vecinos a la prestación de los servicios públicos, rompiendo así la inercia del propio TS que venía admitiendo la posición contraria desde su S. de 8 de marzo de 1935, que declaró: “Es facultad privativa de la Administración la de acordar lo más adecuado para atender a la distribución y aprovechamiento de un servicio público, sin que los acuerdos sobre esta materia supongan ni creen un derecho especial a favor de cada uno de los administrados que puedan hacer valer hasta la vía contenciosa”.

carácter comunitario no se pueden sostener, pues es el individuo concreto, sea niño, joven, mujer, anciano, etc., quien ostenta la titularidad del derecho.

- b) La realización de los derechos sociales producen una satisfacción tanto individual como colectiva. Al ser los derechos sociales de titularidad individual, su realización produce obviamente un efecto positivo respecto a su titular, e igual y simultáneamente, a una colectividad más o menos extensa y determinada o determinable; y a la inversa, en la medida que la colectividad afectada percibe la satisfacción del derecho respecto a la misma, esta percepción social se comunica individualmente a cada uno de los individuos titulares del mismo aumentando la sensación de satisfacción personal.
- c) La realización de los derechos sociales requiere una actividad positiva, a menudo material, de los poderes públicos. En efecto la realización de los derechos sociales en sentido estricto, requiere una actuación positiva, a menudo prestacional de los poderes públicos, de tal modo que la efectiva realización de los mismos da lugar a lo que se ha llamado la actividad prestacional de la Administración Pública. Los derechos sociales son *derechos de prestación*, es decir, que requieren, como hemos dicho, la concurrencia de un *facere* del Estado; su papel en este campo es establecer las políticas sociales precisas para que dichos derechos estén al alcance del conjunto de la población y de cada uno de sus individuos y puedan vivir con calidad. A diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales crean obligaciones positivas de las que es deudor el Estado, en la medida en que son sólo realizables a través de la acción social del Estado. Pero el Estado, además de establecer las necesarias políticas sociales, tiene que establecer, organizar y gestionar los correspondientes servicios para llevarlas a cabo, y, en este sentido, los derechos sociales son servicios públicos.
- d) La realización de los derechos sociales fomentan la cohesión social, convirtiéndose así en elemento de solidaridad social. En la medida que los derechos sociales se realizan se articula el Estado social, y consiguientemente, cobran sentido y plena efectividad las libertades públicas y derechos fundamentales de primera generación.
- e) Además de fomentar la cohesión social o, precisamente por eso, remiten a un concepto de libertad a partir de la igualdad.

Entonces, ¿no existe diferencia alguna entre los servicios públicos clásicos y los servicios públicos sociales? Para contestar a esta pregunta voy a utilizar la clasificación que de los derechos sociales hace **Ariño Ortiz**<sup>82</sup>: a) derechos sociales que ofrecen bienes tutelares, como educación, sanidad y vivienda; b) derechos sociales que ofrecen garantías de rentas, como ocurre en las relativas a pensiones de jubilación; y c) derechos sociales que ofrecen garantía de relaciones laborales a través de regulaciones legales o reglamentarias; a esta clasificación, yo le añado otra cuarta categoría: d) derechos sociales difusos, es decir, aquellos que garantizan satisfacciones de este tipo, como el medio ambiente, la preservación del patrimonio cultural... etc. Pues bien, quedarían fuera de la noción clásica de servicio público aquellos derechos sociales que integran la categoría c) y la d), pues su realización no requiere, en sentido estricto, una actividad técnica o material, ni tienen necesariamente contenido económico; así por ejemplo, para garantizar el derecho a la huelga basta con que el Estado realice una actividad legislativa positiva, o para hacer efectivo el derecho a la estabilidad en el empleo, asimismo se requerirá una actuación legislativa en tal sentido, o de fomento, pero no una actividad material o técnica. A su vez, los derechos sociales incluidos en el grupo b) son auténticos servicios públicos, pues el servicio de la Seguridad Social es un servicio público que requiere una organización a través de la cual realiza una actividad material; actividad material que a su vez tiene contenido económico, pues en definitiva, el sistema detrae del usuario una determinada cantidad de dinero cada vez que percibe su salario durante toda su vida laboral y que le será reintegrada en concepto de pensión una vez llegue a la edad de jubilación; y este mismo servicio también es prestado por los particulares (planes de pensión privados).

**Ariño Ortiz**<sup>83</sup> critica estos derechos desde el punto de vista social y económico. Parte de que la Constitución Española consagra el modelo de los derechos sociales, como no podía ser de otro modo, y que no se pretende abolir o renunciar a ninguno de los logros sociales conseguidos, lo que ocurre es que ya **Ernst Forsthoff** advirtió que la oferta de estos derechos por parte del Estado implica una enorme dependencia del hombre actual para con el Estado con el que queda vinculado para que le satisfaga las necesidades básicas, configurándose así el Estado como una entidad cuya función cuasi única es la de prestar servicios al ciudadano, Estado, que por tal motivo es llamado por **Roscoe Pound** “*service state*”.

---

<sup>82</sup> **Ariño Ortiz**: “Principios... *op. cit.*”.

<sup>83</sup> **Ariño Ortiz**, “Principios... *op. cit.*”.



Añado yo que así se hace realidad la identificación entre servicio público y Estado profetizada –y propugnada– por **Duguit**.

Por otra parte, **Ariño** expone que la época dorada de la prestación y realización efectiva de los derechos sociales por parte del Estado coincide con la época de las vacas gordas de la prosperidad europea (1960-1975), etapa que coincidió asimismo con el intervencionismo estatal en materia económica, como ya vimos. De hecho, buena parte de la inversión pública estaba dedicada a sufragar el coste del Estado del Bienestar, y de la misma manera que el excesivo intervencionismo estatal acaba colapsando tanto al propio Estado que se ve abocado a un déficit sin freno, la excesiva realización por parte de los poderes públicos del Estado del Bienestar es perjudicial tanto para el mercado como para el propio Estado del Bienestar porque elimina de éste a aquellos agentes que ofrecen los mismos bienes (sanidad, educación) con la consiguiente pérdida de calidad del único ente prestador del servicio.

Por ello, como **García Ariño** sostiene que el Estado del Bienestar hay que mantenerlo, entre otros argumentos porque la complejidad de la vida social en la actualidad hace que no haya retorno en la dependencia de la vida humana de estos servicios, lo que propone es mejorar la calidad de los servicios prestados por este Estado mediante el cambio de su forma de gestión, de tal modo que sean prestados por empresas y empresarios privados en régimen de concurrencia y no por el Estado (o por cualquiera de las Administraciones Públicas) en régimen de monopolio, si no de derecho, sí de hecho. Este cambio de gestión no tiene por qué suponer merma alguna a los ciudadanos puesto que la regulación tiene que seguir siendo pública, y además, los empresarios que presten estos servicios pueden cobrar directamente de los usuarios, para lo cual el Estado puede entregar previamente esta cantidad a dichos usuarios con esta finalidad. Este sistema, por ejemplo, en materia de educación es conocido como cheque escolar, y es utilizado ya en algunos países europeos; en nuestro país, el presidente de la institución educativa San Estanislao de Koska, **Felipe Segovia Olmo** propugna este modelo con las siguientes palabras:

**El que la educación sea un servicio público y un derecho de todos los ciudadanos no supone que la gestión y titularidad de los centros docentes deba ser propiedad del Estado. Si en todos los ámbitos del quehacer social, la iniciativa privada ha demostrado ser más eficaz que la pública, ¿por qué no adoptar ese modelo en el sector educativo? Se podría transferir la propiedad de los centros estatales a sus actuales profesores, haciéndoles responsables de su éxito o fracaso. El docente que pasase, por supuesto gratuitamente, de ser miembro pasivo de una**

enorme burocracia a ser propietario y gestor cambiaría radicalmente de actitud. Estaría realmente motivado y dispuesto para superar permanentemente su acción educadora (...). ¿Cuándo se comprenderá que sin competencia, sin la figura del cliente, hablar de calidad (de la enseñanza) es una utopía? El sistema actual de financiación de la enseñanza en España ahoga la posibilidad de elección y penaliza a las familias que optan por un centro privado autónomo. El actual modelo de subvencionar directamente a los centros escolares es el instrumento más poderoso de la Administración para su control y para imponer sus criterios (...). El cheque o bono escolar, en el que la ayuda estatal se entrega individual y directamente a las familias, es el sistema que hace compatibles la gratuidad de la enseñanza con la libertad de los padres para elegir el centro docente acorde con sus principios. El cheque escolar, de fácil aplicación práctica, transforma a los padres de beneficiarios en clientes y amplía el ámbito de sus libertades concretas. La competitividad entre los centros y la necesidad de respuesta válida y eficaz a las expectativas de las familias de los alumnos haría que se alcanzasen los niveles de calidad que de ninguna otra manera podrían lograrse.

#### 4. El servicio público en el Tratado de la Unión Europea

Como ya he avanzado en este estudio, el concepto de servicio público es una noción que no alcanza a todos los países europeos; así, por ejemplo, la categoría jurídica tal y como fue elaborada por la dogmática francesa es desconocido por el Derecho anglosajón, o por el Derecho alemán, hasta el punto de que para González-Varas Ibáñez, el servicio público aparece como un elemento perturbador del Derecho Administrativo europeo<sup>84</sup>, sobre todo porque el Derecho común europeo se fundamenta en la libre concurrencia y en la libre competencia; como es natural, este desconocimiento de nuestro concepto de servicio público no quiere decir que de una u otra manera todos los Estados no hayan tenido que desarrollar fórmulas para atender a las necesidades colectivas de sus sociedades, y es que, en definitiva, las grandes necesidades colectivas son una consecuencia del signo de los tiempos que las sociedades modernas demandan y que sus organizaciones políticas –el Estado y el resto de los poderes públicos– tienen que re-

---

<sup>84</sup> Santiago González-Varas Ibáñez: *“El Derecho Administrativo privado”*. Editorial Montecorvo, 1996.

solver; por otra parte, también hemos visto cómo los derechos sociales requieren, de la misma manera, de una respuesta pública organizada para conseguir su realización efectiva, derechos sociales que reconocen los diversos Estados como derechos fundamentales, así como el Tratado de la Unión.

El artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en la redacción dada por el Tratado de Niza<sup>85</sup> dice:

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 contrario al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas<sup>86</sup>.

Para entender cabalmente este precepto y, en general, toda la legislación de la Unión Europea en materia económica, hay que tener en cuenta que el fundamento de la Unión, en sus orígenes, estaba constituido por la eliminación de los aranceles fronterizos con vistas a la instauración de un mercado único para los países signatarios del Tratado, sobre la base de la libre competencia y el liberalismo económico<sup>87</sup>. Y este espíritu impregna la materialización de todo el Dere-

<sup>85</sup> Ver nota 74.

<sup>86</sup> El mismo texto es reproducido en el artículo III-166 del Proyecto de Tratado de Constitución Europea.

<sup>87</sup> El origen de la Unión Europea está en la explotación y gestión común de los recursos mineros del carbón y del acero, y tuvo su fundamento en eliminar los roces que estuvieron presentes en el inicio de las dos guerras mundiales por la ocupación de la importante cuenca minera del Ruhr, que tradicionalmente había enfrentado a Francia y a Alemania. El 18 de abril de 1951 fue firmado en París el Tratado que creó la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)*, signado por Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, si bien dejaba la puerta abierta para que otros países se unieran en un futuro, si

cho comunitario con su Tratado fundacional a la cabeza. Así, el artículo 31 prohíbe los pactos monopolísticos contra el Tratado, y el art. 81 prohíbe los acuerdos entre empresas que afecten al tráfico comunitario y falseen la competencia<sup>88</sup>; el art. 87 prohíbe, salvo excepciones la concesión de ayudas públicas por parte de los Estados (y sus Administraciones Públicas) a las empresas, que falseen o amenacen falsear la competencia<sup>89</sup>. Por tanto, con estos antecedentes, el art. 87 constituye una excepción, o si se quiere, una regla especial a aquellos principios de liberalismo económico y libre competencia que inspiran el TUE; incluso el propio art. 86 en su apartado 1, admite la existencia de empresas públicas, si bien a continuación y sin solución de continuidad aclara que los Estados correspondientes no adoptarán en su favor medida alguna contraria a las normas del Tratado; e igual se puede predicar del apartado siguiente del mismo artículo que, al hablar de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, aclara que quedan sometidos a las normas de competencia del Tratado<sup>90</sup>, con excepciones que han sido matizadas por la jurisprudencia del TJCE, y que más adelante veremos.

Por tanto, una primera consecuencia que se extrae del art. 86 es que el TUE admite la existencia de empresas de titularidad pública, lo que lleva a la admisión de ejercicio de actividades económicas por parte de las Administraciones Públicas de los Estados de la Unión, si bien impone el número 1 de este art. 86 que este ejercicio se haga con sometimiento a las reglas de la libre competencia, articulando esta imposición mediante la técnica de lo que se conoce en la legislación y jurisprudencia de la Unión como “abuso de posición dominante”. Ade-

---

lo deseaban. Su objetivo principal era la creación de un mercado común del carbón y del acero. Dicho Tratado entró en vigor el 25 de julio de 1952.

<sup>88</sup> El artículo III-161 del Proyecto de Tratado prohíbe todo acuerdo que restrinja la libre competencia.

<sup>89</sup> Artículo III-166.1 en relación con el III-167.1 del Proyecto de Tratado de Constitución.

<sup>90</sup> El art. III-166 del Proyecto de Tratado de Constitución Europea, literalmente dice lo siguiente:

*“1. Los Estados miembros no tomarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y de las empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a la Constitución, en particular al apartado 2 del artículo I-4 y a los artículos III-161 a III-169.*

*2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal estarán sujetas a las disposiciones de la Constitución, en particular a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas disposiciones no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo del comercio no deberá verse afectado de forma contraria al interés de la Unión.*

*3. La Comisión velará por la aplicación del presente artículo y adoptará, según sea necesario, los reglamentos o decisiones europeas apropiados”.*

más, para evitar una posible restricción a la competencia, el Tratado prohíbe, además las ayudas estatales de fondos a las empresas, salvo las excepciones previstas en el propio Tratado que vienen recogidas en el art. 87, como ya vimos, e, igualmente el art. 81 prohíbe las prácticas oligopolísticas de las empresas, como también sabemos. En definitiva, el Tratado de la Unión, sin prohibir la empresas públicas (aunque tampoco define qué entiende por tal)<sup>91</sup>, parte del principio de igualdad de trato por parte de los poderes públicos entre las empresas públicas y las privadas.

Asimismo, el art. 86 permite que las empresas públicas sean titulares de derechos exclusivos o especiales por concesión del Estado correspondiente. El profesor **Herreros López** identifica la concesión de estos derechos exclusivos con nuestra reserva al Estado (o a cualquier otra Administración Pública, añadido yo) de una actividad esencial para la sociedad, para ser prestada en régimen de monopolio, es decir con nuestro servicio público prestado de forma monopolística<sup>92</sup>. Estos derechos también pueden ser concedidos por el Estado, según la dicción del art. 86, a empresas de titularidad privada, en cuyo caso estaríamos, en nuestro Derecho y siguiendo con la argumentación de **Herreros López**, ante un servicio público prestado en régimen de monopolio y por terceros mediante la figura de la concesión; en definitiva, la legislación comunitaria y el propio TUE viene a admitir en determinados casos el régimen de monopolio, si bien lo contempla como una excepción, y restringe su aplicación a aquellas empresas encargadas de la gestión de los llamados *servicios de interés económico general*, y, además palia los efectos negativos que puede tener tal régimen para la libre competencia, médula espinal de la legislación comunitaria, al declarar la aplicación de las normas del Tratado aún en estos casos, con la salvedad de que sea necesaria excepcionar las normas sobre competencia en la medida que, en cada caso concreto, lo exija el cumplimiento del *servicio de interés económico general* de que se trate. Veamos a continuación cuál es la posición de la jurisprudencia del TJCE.

---

<sup>91</sup> Si bien, ni el Tratado de la Unión, ni el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea definen el concepto de empresa pública, la Directiva 80/723/CEE entiende por empresa pública “*cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer directamente una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen*”.

<sup>92</sup> **Juan Manuel Herreros López**: “*Las transformaciones del servicio público*”, Revista Actualidad Administrativa, núm. 39, 20-26 octubre 2003.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido interpretando, sin fisura alguna y con gran rigurosidad, la prohibición de excepcionar el régimen de la competencia incluso a las empresas de titularidad pública. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de octubre de 1991 que se enfrentó con el problema que ocurría en el puerto italiano de Génova en el que una empresa pública de Italia, de acuerdo con su legislación interna, tenía la exclusiva de la ejecución de los trabajos portuarios y de almacenamiento de mercancías, declaró que

**Para poder recurrir a la excepción a la aplicación de la norma del Tratado prevista en el apartado 2 del artículo 90 (en la actualidad, 86), no basta sólo con que los poderes públicos hayan confiado a la empresa de que se trate la gestión de un servicio económico de interés general, sino que es preciso, además, que la aplicación de las normas del Tratado obstaculice el cumplimiento de la misión específica confiada a dicha empresa, y que el interés de la Comunidad no resulte afectado (...). El apartado 2 del artículo 90 del Tratado (hoy, 86) ha de interpretarse en el sentido de que una empresa y / o una compañía portuaria que se encuentren en la situación descrita (...) no pueden considerarse, basándose únicamente en los datos contenidos en esa descripción como encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, en el sentido de dicha disposición.**

Esta interpretación ha venido manteniéndola el Tribunal desde el primer momento<sup>93</sup>, si bien, el mismo Tribunal ha admitido, posteriormente la validez con arreglo al Tratado, de las excepciones a la libertad de competencia cuando se trate de empresas que presten servicios de interés económico general, siempre que queden suficientemente justificadas dichas medidas, cuya intensidad debe reducirse al mínimo indispensable para que las empresas en cuestión puedan cumplir su misión específica. La primera STJCE en este sentido fue de fecha 19 de mayo de 1993, en el asunto conocido con el nombre de *Corbeau*. En síntesis, la cuestión era la siguiente: la Administración Postal belga es titular, con carácter de exclusividad, de un servicio de transporte y distribución de todo tipo de correspondencia en todo el territorio nacional, tipificando la legislación penal belga sanciones de este orden para los infractores del monopolio. Pues bien, un

---

<sup>93</sup> En efecto, en el mismo sentido se pueden citar las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 30 de abril de 1974, 3 de octubre de 1985, 11 de abril de 1989, 23 de abril de 1991 y 10 de julio de 1991.

empresario, el Sr. Corbeau prestaba en una zona determinada un servicio de reparto rápido, y ante la demanda del Estado belga contra el Sr. Corbeau, la cuestión de si la legislación belga infringía la libre competencia fue planteada al TJCE. En lo que aquí nos interesa, el TJCE reconoce en dicha sentencia que el servicio que presta la Administración postal belga es un servicio de interés económico general que consiste en la obligación de garantizar la recogida, el transporte y la distribución del correo, y califica dicho servicio de interés económico general porque dicho servicio se hace en beneficio de todos los usuarios, abarca al conjunto del territorio del Estado, aplica tarifas uniformes y proporciona condiciones de calidad similares, y declara conforme al Tratado la restricción a la competencia de este servicio, toda vez que se ha justificado que la exclusión de la competencia es necesaria para el cumplimiento de la misión de servicio público.

Esta doctrina ha quedado ya consolidada en la jurisprudencia del TJCE con la sentencia de dicho Tribunal de fecha 17 de mayo de 2001 en un caso similar, si bien adopta toda clase de precauciones para que esta restricción de la competencia se reduzca al mínimo indispensable. Esta sentencia abordó una cuestión similar a la anterior. En este caso referido a la administración postal italiana. Italia creó un organismo autónomo, *Poste Italiana*, que tiene el encargo del Estado de la distribución postal universal en todo el territorio nacional con independencia de su rentabilidad, y en este caso la legislación interna italiana impone una tasa a abonar a la *Poste Italiana* por parte de todas aquellas empresas que presten el servicio de distribución urgente en una determinada porción del territorio, declarando el TJCE que

puede resultar necesario prever no solo la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y menos rentables del titular de la misión de interés general que constituye la gestión del servicio universal (...), sino también la obligación para los prestadores de los servicios postales no comprendidos en dicho servicio universal de contribuir, mediante el pago de una tasa postal (...) a la financiación de este servicio universal y permitir de este modo al titular de la citada misión de interés general cumplirla en condiciones económicamente equilibradas.

Ahora bien, para que la libre competencia no resulte falseada, después de admitir la conformidad al art. 86 del TUE de la imposición de la tasa a los restantes operadores del mercado, en cuanto que la misma supone una limitación de la libre competencia, han de ser adoptadas todas las medidas necesarias para que es-

ta restricción quede limitada al mínimo necesario para que la empresa pueda cumplir su finalidad, y por ello continua diciendo la sentencia:

el tratarse de una disposición que permite en determinadas circunstancias establecer una excepción a las normas del Tratado (art. 86.2) debe interpretarse en sentido estricto (... y así es necesario que) el importe de los ingresos totales percibidos por los operadores económicos no sea superior al importe necesario para compensar las eventuales pérdidas que por la gestión del servicio público universal sufra la empresa encargada de prestarlo.

Ya hemos visto cómo el TUE no utiliza la expresión *servicio público*, que es sustituida por la de *servicios de interés económico general*, por lo que la cuestión a resolver es si el concepto de *servicios de económicos de interés general* es algo distinto de nuestra categoría de servicio público, y si es así, qué papel puede jugar ésta en nuestra legislación interna, o si el art. 86 TUE constituye el acta de defunción de nuestro servicio público, o al menos, tal y como lo veníamos conociendo hasta ahora. Podemos adelantar que la sangre no llega al río, pues el concepto de servicio público sigue existiendo, como ya he adelantado con la identificación que hace **Herreros López** entre derechos de exclusiva del artículo 86 con nuestro servicio público, y sobre el que más tarde volveré; de forma similar, el profesor **González-Varas Ibáñez** afirma que si bien el Tratado no ha querido plasmar la noción del servicio público, tal y como lo conocemos nosotros, lo cierto es que lo ha tenido presente al redactar el artículo 86 TUE.

Por tanto, es hora de abordar el concepto de *servicio de interés económico general*, al que se refiere el art. 86 TUE. Así como las legislaciones internas de los Estados de la Unión en los que existe la institución del servicio público no se han molestado en definirlo, el Tratado de la Comunidad tampoco define el concepto de servicios de interés económico general, aunque sí ha sido definido por la Comisión<sup>94</sup>. **Herreros López** precisa que, a la postre, es indiferente utilizar la expresión *servicios de interés económico general* o *servicios de interés general*, matizando que la única diferencia consiste en que en aquellos va implícita una nota de economicidad de la que estos carecen. Define, así pues, la Comisión, el *servicio de interés general* como “la actividad de servicio, comercial o no, calificada de interés general por la autoridad pública competente y sujeta por ello a obligaciones

<sup>94</sup> Comunicación de la Comisión: *Los servicios de interés general en Europa*, 96/C 28 1/03, de 26 de septiembre de 1996, DO N° C 28 1/3, citado por **Herreros López** (op. cit.).



*específicas de servicio público*”, y el *servicio de interés económico general* como “*la actividad de servicio comercial que cumple un cometido de interés general y está sometida por ello, por los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público*”. De acuerdo con aquella definición, las notas que caracterizan el servicio de interés general son las siguientes:

- a) Se trata de servicios cuya prestación satisface un interés general.
- b) La satisfacción de este interés general es considerada esencial o, al menos, necesaria, para el buen funcionamiento de la comunidad.
- c) La apreciación de este interés general corresponde al Estado miembro de que se trate.
- d) **Herreros López** entiende que estos servicios han de ser de carácter universal, es decir, destinados al conjunto de la población.
- e) Estos servicios no están reservados al Estado en exclusiva por lo que su titularidad y gestión no tienen por qué ser públicas. Para **Herreros López** ésta es la diferencia con respecto al servicio público, y es que dicho autor parte de la concepción estricta del servicio público, o subjetiva, como él la llama, que restringe, como vimos *ut supra*, el concepto de servicio público a aquellos servicios de carácter esencial que quedan reservados al sector público mediante una ley formal, debido a su interés general, y que normalmente se prestan en régimen de monopolio. Siguiendo la exposición de **Herreros López**, al lado de esta concepción estricta o subjetiva del servicio público está la concepción amplia u objetiva del mismo, que se trata, según este autor, de aquellos servicios que son declarados por el Estado como tales mediante un acto formal –normalmente mediante una ley– y que son prestados por los particulares en régimen de libre concurrencia, previa la obtención de un título habilitante para su prestación –normalmente una licencia o autorización–, y sujeta su prestación al cumplimiento de determinadas obligaciones por las empresas prestadoras relativas a la extensión, calidad y tarifas del servicio, así como a un régimen sancionador en caso de incumplimiento de estas obligaciones. Y esta concepción objetiva o amplia del servicio público, así entendida, la identifica el autor citado con los servicios de interés económico del art. 86 del TUE.
- f) Están sujetos a regulación por parte del Estado para garantizar la universalidad y calidad del servicio. La *regulación* es definida por **Villar Rojas**, en un sentido amplio de regulación económica, pero que es válida a nuestros efectos, como “*la ordenación jurídica de la actividad económica en los países industrializados, que consiste, de una parte, en la imposición de controles para acceder*

*o salir de un sector económico; de otro, en el establecimiento de condiciones sobre los niveles de producción o la calidad de los servicios; finalmente en la ordenación de las relaciones de unas compañías con otras (carteles, fusiones) por razones que trascienden la libre competencia<sup>95</sup>.*

Los servicios de interés económico general salen reforzados en el Proyecto de Tratado de Constitución Europea, atribuyéndoles el legislador comunitario un papel esencial en la cohesión social y territorial de la Unión, y por ello emplaza al legislador ordinario comunitario para que mediante ley europea regule los principios económicos y las condiciones mínimas, en particular las económicas y financieras, que les permitan cumplir con tan fundamental objetivo. Así, el artículo III-122 del Proyecto de Tratado de Constitución Europea dice:

*Sin perjuicio de los artículos I-5, III-166, III-167 y III-238, y dado el lugar que ocupan los 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.*

Si éste es el concepto y éstas las notas caracterizadoras del servicio de interés general, económico o no, por el que se decanta el legislador comunitario para oscurecer –ya que no se ha atrevido a eliminar– el servicio público tal y como lo hemos venido conociendo, y ello no obstante la importancia que otorga a su sucedáneo, el servicio de interés económico general, ¿no nos recuerda esta música pretendidamente moderna y superadora del anquilosado servicio público una partitura antigua tocada por el mismo y anticuado servicio público? ¿No habrá querido el art. 86 del TUE vendernos el mismo vino añejo del servicio público, pero servido en los odres nuevos de los servicios de interés general? ¿Acaso no nos recuerda el *servicio de interés general* a lo que Albi llamaba *servicios privados de interés general*, otra parte de la doctrina clásica *servicios públicos virtuales o impropios*, y nuestro viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

<sup>95</sup> Villar Rojas: “La privatización... op. cit”.

*servicios privados prestados al público* (denominación que, por cierto le valió al legislador del RS furibundas críticas por parte de **Albi**)?<sup>96</sup>

Entonces, de acuerdo con la doctrina clásica, ¿que son los *servicios privados de interés general*, según la terminología de **Albi**? Demos la palabra al propio **Albi**

**Durante la última guerra y, especialmente, después de la misma, fueron dictándose preceptos que significaban una acentuada intervención administrativa en actividades que siendo completamente privadas afectaban al interés general. La fórmula normalmente empleada fue la autorización<sup>97</sup>.**

Mas no se piense que la autorización a que se refería **Albi** como condición necesaria para el ejercicio de estos servicios privados de interés general se correspondía al concepto entonces vigente, entendida como una remoción de obstáculos para el ejercicio de derechos preexistentes en el patrimonio del autorizado, que era concedida atendiendo únicamente a su interés particular, sino que **Albi** concebía la autorización para el ejercicio de estos servicios en otro sentido, en cuanto que, ante los mismos, la Administración no adopta una postura meramente estática, como en el supuesto de las autorizaciones clásicas, sino que por el contrario, ésta actúa de modo activo, en cuanto que considera que tal servicio es conveniente para el interés general y por tanto, lo impulsa, lo vigila y lo reglamenta; y, en segundo lugar –y ya se ha adelantado–, ahora lo que prima es el interés general de la colectividad, o en palabras de **Albi**, el interés social y económico de los usuarios, en vez del individual del autorizado.

Esencial en estos servicios privados es su reglamentación (hoy diríamos la regulación), que según el art. 17 del RS había de contener las siguientes previsiones: A) Referente al servicio: a) condiciones técnicas de las bases materiales del mismo, b) modalidad de su prestación, y c) garantías para el interés público; B) Referente a los usuarios: a) situación, derechos y deberes de los mismos, y b) tarifas aplicables; y C) Respecto al particular autorizado: a) infracciones y sanciones aplicables, en su caso, y b) supuestos en que procede la revocación.

---

<sup>96</sup> Art. 17 del RS.

<sup>97</sup> **Albi**, op. cit.

Si examinamos comparativamente el concepto y las notas características de los modernos *servicios de interés económico general* de los antiguos *servicios privados de interés general*, llegaremos a la conclusión de que priman más las notas comunes, las concordancias, que las discordancias o notas diferenciadoras. Garrido Falla ha puesto el dedo en la llaga y nos ha dejado un reto estimulante al proponer como materia de estudio esta comparación haciendo un guiño al viejo servicio privado de interés general al que se está refiriendo sin nombrarlo:

En el momento actual, la cuestión queda, pues, establecida así: coexistencia de servicios públicos (en régimen de gestión directa o de concesión) y *servicios de interés general* gestionados por particulares en régimen de competencia e intervenidos administrativamente mediante la fórmula de la licencia o autorización. Modular las afinidades y diferencias de estas nuevas autorizaciones con la concesión y con las viejas fórmulas de la policía administrativa constituye un estimulante reto para futuras investigaciones<sup>98</sup>.

Recogiendo el guante lanzado por Garrido Falla, tengo para mí que la finalidad, concepto, características y función del viejo servicio privado de interés general es el mismo que el flamante, moderno y europeo servicio económico de interés general, con retoques y maquillajes propios de la diferencia de época, y consiguientemente de sociedad entre aquél y este. Donde creo que está la diferencia es en el fundamento de uno y otro: aquél se basaba en el ejercicio de actividades que se tenía el convencimiento de que eran privadas, por tanto quedaban exentas de la consideración de servicio público en lo que se refiere a la titularidad pública de la misma y gestión directa o indirecta, pero asimismo se tenía la convicción que era conveniente su reglamentación, en cuanto que eran necesarias y afectaban al interés general; por su parte, los actuales servicios de interés económico general, parten de un fundamento distinto: se tiene la convicción de que estos servicios efectivamente tienen el carácter de públicos, de ahí que demandan la intervención pública en su regulación, pero que no se considera conveniente admitir la titularidad pública con todos sus efectos de prestación directa por mano pública sobre la base de liberalismo económico, libre competencia y retirada pública del ejercicio de actividades económicas que aboga el TUE. En cualquier caso, estoy seguro, como profetizó Garrido Falla que se abre un cam-

<sup>98</sup> Fernando Garrido Falla: “¿Crisis de la noción de servicio público?”, en “Estudios de Derecho Económico. Libro homenaje al profesor dr. d. Sebastián Matín-Retortillo”, de AA.VV. Editorial Civitas, 2003.

po amplio de investigación que no va a tardar mucho en ser explorado por la doctrina de forma exhaustiva.

Y esta doctrina del servicio de interés general del TUE, y su coexistencia con el servicio público aparece reflejada en nuestra Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones que deroga, entre otras, la anterior ley sobre la materia: Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. El objeto de la Ley, según el art. 1.1 es

**la regulación de las telecomunicaciones, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados.**

Las telecomunicaciones son consideradas en el art. 2.1 de la Ley como

**servicios de interés general que se prestan en régimen de libre concurrencia,**

y restringe el carácter de auténtico servicio público en materia de telecomunicaciones únicamente a aquellas actividades que sean esenciales para la defensa nacional, por lo que quedan reservadas al Estado, y además no es de aplicación esta Ley, sino su normativa específica (arts. 2.2 y 4). El acceso de las empresas prestadoras del servicio al mercado es libre, pues la Exposición de Motivos de la Ley aclara que

**se entiende que la habilitación para dicha prestación y explotación a terceros viene concedida con carácter general e inmediato por la ley. Únicamente será requisito previo la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para iniciar la prestación del servicio. Desaparecen, pues las figuras de las autorizaciones y licencias previstas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, como títulos habilitantes individualizados de que era titular cada operador para la prestación de la red o servicio.**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un organismo público que vela por el adecuado funcionamiento del servicio y del mercado, es lo que la doctrina llama *Autoridad Reguladora*, siendo de su competencia realizar

**análisis periódicos de los distintos mercados de referencia, detectando aquellos que no se estén desarrollando en un contexto de competencia efectiva e imponiendo, en ese caso, obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mercado,**

concretando el art. 48.2 los siguientes objetivos: a) establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas de los operadores, b) fomento de la competencia en los mercados, y c) resolución de los conflictos entre los operadores. La Ley, a lo largo de su texto articulado regula las características técnicas del servicio, los derechos de los consumidores y usuarios, y los derechos y obligaciones de los operadores. Entre estas últimas, aparte de las de suministrar la información requerida a las denominadas *Autoridades Nacionales de Reglamentación* (art. 9), y otras, relativas a la prestación del servicio, me interesa destacar las previstas en el Capítulo I del Título III, siendo la rúbrica del Capítulo la de “*Obligaciones de servicio público*”, y que son las siguientes: a) prestación del servicio con carácter universal, entendiéndose por tal su prestación de forma que éste quede garantizado para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible (art. 22); b) prestar la cobertura a las llamadas a los servicios de emergencia, sin contraprestación alguna (art. 25.4), c) aquellas que pueda imponer el Gobierno por razones de defensa nacional, seguridad pública y protección civil, y d) aquellas otras que puede imponer el Gobierno sobre las materias que se recogen en el art. 25.2. El régimen sancionador viene regulado en el Título VIII de la Ley. El Anexo II de la Ley, denominado *Definiciones*, define y distingue, entre otros conceptos los de derechos exclusivos y derechos especiales, consistiendo los primeros en la reserva a una sola empresa del derecho a prestar un servicio o a emprender una actividad determinada en una zona geográfica específica, y los segundos los que se conceden a un número limitado de empresas en una zona geográfica específica. Finalmente, y según la Exposición de Motivos de la Ley, el fundamento de la misma es incorporar al ordenamiento jurídico español el contenido de la normativa comunitaria promulgada tras la entrada en vigor de la anterior Ley General de Telecomunicaciones, Ley 11/1998, de 24 de abril, normativa comunitaria en esta materia que supone la consolidación y profundización en la libre competencia, la introducción de mecanismos correctores del mercado, la protección de los derechos de los usuarios, el respeto de la autonomía de las partes, la supervisión administrativa de los aspectos relacionados con el servicio y dominio públicos y la defensa de la competencia, y todo ello con una mínima intervención de la Administración.

De este resumen de la Ley interesa destacar una serie de aspectos en cuanto aclara, ya que es una trasposición de la normativa europea, el concepto de los servicios de interés económico general, y la supervivencia o no y posición en su caso, del servicio público en el art. 86 del TUE.

En primer lugar, el servicio público coexiste con los servicios de interés económico general, si bien el servicio público es visto como una *rara avis* por la legislación europea, que se bate en retirada ante el empuje del servicio económico de interés general que de alguna manera es una readaptación o reformulación del concepto del servicio público, pero construido sobre el principio de la libre competencia, fundamento del TUE y de la legislación comunitaria, pero principio extraño al servicio público clásico. Este repliegue del servicio público queda patente en la actual Ley de Telecomunicaciones que ni siquiera reserva al Estado como servicio público todos los equipos y servicios en materia de defensa nacional, sino solamente aquellos que sean *esenciales* para esta finalidad, según la dicción literal de su art. 4.1. El legislador estatal apuesta, pues, decididamente por el repliegue del servicio público y la consideración de las actividades de interés general como especie distinta de aquel. Incluso con anterioridad a la Ley de Telecomunicaciones, la exposición de motivos de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, sobre Hidrocarburos es meridianamente clara:

**Se suprime en el sector del gas la consideración de servicio público. Se estima que el conjunto de las actividades reguladas en esta ley no requieren la presencia y responsabilidad del Estado para su gestión. No obstante, se ha mantenido para todas ellas la consideración de actividades de interés general.**

En segundo lugar, en los servicios de interés económico general late la idea de que su fundamento es la satisfacción de un interés, de ahí su regulación y la imposición en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre de determinadas obligaciones a los operadores privados del mercado de las telecomunicaciones que denomina, como hemos visto “obligaciones de servicio público”.

En tercer lugar, las características que la Ley 32/2003, de 3 de noviembre predica de las telecomunicaciones, en cuanto servicio de interés general, en buena medida podrían predicarse asimismo del antiguo servicio privado de interés general.

En cuarto y último lugar, el derecho comunitario cada vez incide con mayor intensidad en el principio de libre acceso al mercado por parte de los operadores y libre competencia, cuando regula algún servicio económico de interés general, buena prueba de ello es la referida Ley 32/2003, que es una trasposición de dicha normativa.

## VII | REACCIONES ANTE LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO

### 1. Las privatizaciones

El concepto de lo que se entiende por privatización es multívoco; se puede hablar de una privatización desde el punto de vista político, y una privatización desde el punto de vista jurídico; dentro del orden jurídico, que es el que aquí interesa, se puede hablar de una privatización material y de otra formal, de una privatización en sentido amplio y de otra en sentido restringido; asimismo, la privatización puede ser referida o practicarse de las actividades económicas ejercidas por las Administraciones Públicas, de los servicios públicos o de las actividades propias del *ius imperium* de ellas; por fin, juntamente con el término de privatización aparecen, acompañándolo o sustituyéndolo, otros tales como el de liberalización, regulación y su antónimo desregulación, por lo que es preciso esclarecer, en la medida de que sea capaz de ello, este confuso panorama.

Pero antes voy a hacer referencia a la aparición del fenómeno privatizador y a sus causas. Se puede decir que la privatización recorre hoy en día el mundo entero, con independencia de países, ideologías y razas. Dice el profesor Villar Rojas<sup>99</sup> que la privatización es un fenómeno mundial (hoy hubiéramos dicho global, y a la globalización hubiéramos atribuido su paternidad), que alcanza a

---

<sup>99</sup> Villar Rojas: “La privatización... *op cit*”.



países económica y socialmente tan dispares como Kenia, Argentina, Checoslovaquia<sup>100</sup>, Japón, Francia o Gran Bretaña.

¿Cuáles son las causas de este fenómeno privatizador? Sintetizando la aportación de diversos autores<sup>101</sup>, se pueden señalar las siguientes:

- a) De tipo financiero. Debido a causas ya expuestas en epígrafes anteriores, los déficits públicos llegaron en un momento dado a niveles insoportables, y los Estados debieron entregar actividades y empresas al sector privado como fórmula para enjugarlos.
- b) De tipo económico. En el orden macroeconómico, el fin del crecimiento económico mundial y la consiguiente crisis a partir de 1973; en el orden microeconómico la sensación generalizada de que las empresas públicas son gestionadas de forma ineficaz, sobre todo si comparamos su gestión con la de las empresas privadas. Esta postura tiene grandes defensores, mientras que otros autores son extremadamente críticos con este aserto<sup>102</sup>. Yo sostengo que la empresa pública conlleva unos factores que potencialmente, aunque no necesariamente, predisponen a la ineficacia: los administradores de la empresa pública gestionan intereses ajenos, hasta aquí lo mismo que en la empresa privada, pero las notas diferenciadoras son, por una parte, que los administradores de la empresa pública en vez de rendir cuentas a un Consejo de Administración, las rinden a órganos políticos, aunque formalmente estén revestidos como consejo de administración, por otra parte, los políticos que constituyen el Consejo de Administración de la empresa pública no tienen que rendir cuentas de su gestión a la Junta de Accionistas, interesada ésta únicamente en la buena marcha de la empresa y en su rentabilidad económica, sino a un difuso cuerpo electoral de intereses genéricos, a menudo contradictorios, que no le van a exigir explicaciones por la concreta marcha de tal o cual empresa pública, y sí por otras demandas de tipo sociales o políticas, por lo que la estricta responsabilidad de los políticos como consejeros queda desdibujada por un lado, y por otro, es muy fácil para estos políti-

<sup>100</sup> Obviamente, en la época que escribió Villar Rojas la obra citada, 1993, no se había producido aún la escisión de Checoslovaquia en Chequia y Eslovaquia.

<sup>101</sup> Principalmente Villar Rojas y Ariño Ortiz.

<sup>102</sup> Ariño Ortiz es uno de los mayores críticos de la eficacia de las empresas públicas; por el contrario, Segura Sánchez afirma con rotundidad que no existe motivo alguno que permita sostener la menor eficiencia de la empresa pública por la naturaleza de su propiedad (Ariño Ortiz: "Principios... *op cit*"; Segura Sánchez, Julio: "La industria española y la competitividad"; Editorial Espasa-Calpe, 1992.

cos/consejeros utilizar la empresa pública como instrumento para conseguir fines que no tienen nada que ver con la cuenta de resultados de la empresa –y a menudo están en contradicción con los fines estrictamente societarios–, pero que son más rentables electoralmente, en detrimento de su eficacia, eficiencia y rentabilidad.

- c) De tipo legal. La pertenencia a organizaciones internacionales supone aceptar y adaptarse a sus reglas. El espacio multinacional europeo, la Unión Europea, fundamenta su orden económico y jurídico en la libre competencia y en la libertad de concurrencia, y aunque acepta la empresa pública la admite con recelo, como hemos visto.
- d) De tipo ideológico. Siempre ha habido una corriente ideológica opuesta a la participación directa del sector público en la vida económica, orientación que se ha visto reforzada como consecuencia de la concurrencia de los factores anteriores<sup>103</sup>. Incluso la corriente ideológica que propugna las privatizaciones no es homogénea, sino que dentro de la misma se puede distinguir la corriente liberal, que postula el individualismo, el Estado limitado y la libertad de mercado, y la corriente conservadora, que propugna la restauración de la autoridad estatal, corrientes que coinciden, aparte de en otras cuestiones, en las privatizaciones, pero difieren en aspectos sustanciales, cuales son, por ejemplo en lo que se refiere a la función del Estado, que los liberales quieren limitado y los conservadores fuerte, o la importancia de la libertad individual, que éstos la quieren sometida al Estado, y aquellos inmune a él o el distinto papel para unos y otros de la familia, o la importancia que le dan a los valores religiosos<sup>104</sup>. Pero es que, incluso los partidos socialistas europeos, una vez llegados al gobierno de sus respectivos países se han sumado al carro de las privatizaciones, como ha ocurrido con los laboristas en el Reino Unido o con

---

<sup>103</sup> No obstante, en algún caso concreto la ideología no ha sido un factor determinante del movimiento privatizador como lo demuestra el hecho, relatado por Villar Rojas de que en Inglaterra, primer país que inició el movimiento privatizador en Europa, cuando los conservadores llegaron a gobernar en 1979, la privatización no formaba parte de las prioridades gubernamentales, hasta el punto de que, en un primer momento, el gobierno conservador hizo frente a la crisis económica mediante las recetas tradicionales de reducir la deuda pública y aplicar una política monetarista restrictiva, y fue a consecuencia del fracaso de estas medidas que no llegaron a reducir drásticamente el gasto, cuando el Gobierno imputó la recesión económica a las deficiencias del sector público, lo que a la postre determinó hacer una política totalmente diferente: la privatización de los bienes y servicios públicos (Villar Rojas: *op. cit.*).

<sup>104</sup> Villar Rojas: *op. cit.*

los gobiernos socialistas en Italia, Francia y España, país este último en que las privatizaciones fueron iniciadas por los gobiernos socialistas<sup>105</sup>.

Llegados a este punto toca averiguar qué sea la privatización. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (22ª edición, 2001) *privatización* es “acción y efecto de privatizar”; y *privatizar* es “transferir una empresa o actividad pública al sector privado”. Derechamente, en sentido usual y jurídico esto es lo que significa privatizar, poner en manos privadas lo que antes era público. Así, desde el punto de vista jurídico, Villar Rojas<sup>106</sup> define la privatización como *la reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios, mediante el traspaso (en ocasiones, la devolución) de esa función a la iniciativa privada*.

De la Serna Bilbao<sup>107</sup> ofrece un concepto más restringido de privatización, según el cual, la privatización se produce siempre que las Administraciones Públicas ejerzan su actividad a través del ordenamiento jurídico privado, de tal modo que la titularidad de la actividad sigue siendo pública, pero la gestión privada, y puede revestir tres modalidades

- a) Utilización de formas del Derecho Privado para gestionar actividades propiamente administrativas, es decir, aquellas que ejerce la Administración como atributo de su *ius imperium*. Esta forma da lugar a la llamada *huida del Derecho Administrativo*, que analizo en el subepígrafe siguiente, pero ya adelanto que es una forma espuria.
- b) Utilización de formas del Derecho Privado para gestionar las actividades económicas que realice la Administración en el ejercicio de la iniciativa económica a que se refiere el art. 128.2 de la CE.
- c) Utilización de personas, formas y empresas privadas para la gestión de los servicios públicos. En realidad, en este caso estamos en presencia de métodos

<sup>105</sup> En la entrevista realizada por el diario *El País* a Juan Manuel Eguigaray, ministro de Industria del gobierno socialista de Felipe González, y publicada el 2 de agosto de 1993 admitió a regañadientes la política de privatizaciones del Gobierno. Ante la pregunta concreta del periodista de si el ministro apoyaba la privatización de empresas rentables del Instituto Nacional de Industria, respondió rotundamente: *Sí, apoyo la entrada de capital privado*. A continuación matizó: *No me gusta emplear la palabra privatización. Me gusta utilizar las palabras bien matizadas. Creo que la entrada de capital privado es buena para el INI. No obstante, hay que analizar el sector y las razones que llevan a adoptar la decisión de facilitar este proceso. No hay nada que perder con la participación del sector privado en la gestión de las empresas públicas*.

<sup>106</sup> Villar Rojas: *op. cit.*

<sup>107</sup> M<sup>a</sup> Nieves de la Serna Bilbao: *“La privatización en España”*. Editorial Aranzadi, 1995.

de gestión indirecta, que se someten al Derecho Administrativo, lo que sí es privado es la gestión empresarial.

Desde otro punto de vista, la privatización en sentido material consiste en la transferencia o transmisión de la titularidad de la actividad del sector público al sector privado; y en sentido formal el cambio de una gestión pública a otra privada de un servicio o actividad cuya titularidad sigue siendo pública.

Aunque los contenidos y efectos de la privatización material y formal se entremezclan con los del concepto amplio y restringido, respectivamente, tengo para mí que desde el punto de vista jurídico, la verdadera privatización es la material, ya que la asunción de formas y métodos privados para el ejercicio de la libre iniciativa económica es incluso una de las reglas de juego a las que es obligada la Administración, y la que se refiere a la utilización de formas privadas en la gestión de servicios públicos, es un modo admitido desde siempre por la legislación vigente, que en realidad no constituye auténtica privatización, ya que constituyen auténticos modos de gestión de los servicios públicos, llamados indirectos, que, aunque la empresa sea privada, las relaciones entre ella y la Administración se rigen por el Derecho Administrativo, así como las relaciones de los usuarios en relación con la empresa en lo que se refiere al servicio<sup>108</sup>.

Entre los conceptos que suelen acompañar al de privatización conviene distinguir el de liberalización y el de desregulación. La liberalización consiste en eliminar la reserva de monopolio al sector público de determinadas actividades. La liberalización no se ha de confundir con la privatización, al menos con el concepto de privatización material, ya que en este supuesto no se produce un traspaso del sector público al privado, sino que lo que se hace es suprimir el monopolio sobre una actividad pública, que va a seguir siéndola lo único es que ahora se permite el ejercicio de esa actividad por los particulares en competencia con la Administración; ahora bien, puede ocurrir que la liberalización sea un pa-

---

<sup>108</sup> Los apartados 2 y 3 del art. 85 de la LRBRL establece lo siguiente: “2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas: A) Gestión directa: a) Gestión por la propia entidad local. b) Organismo autónomo local. c) Entidad pública empresarial local. d) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma. B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. 3. 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”.

so previo a la privatización, pero aquella no tiene necesariamente que presuponer ésta<sup>109</sup>.

Finalmente, la desregulación supone la reducción o el cese del intervencionismo público en la regulación de las actividades económicas privadas. Ahora no se trata de una actividad de titularidad pública, sino que se trata de actividades económicas netamente privadas que se encuentran fuertemente reguladas, como por ejemplo las actividades bancarias. Pues bien, la desregulación implica que esta reglamentación excesiva o rígida se suprima o se reduzca considerablemente. Tampoco estamos en presencia de una auténtica privatización, si bien, aunque parezca apriorísticamente un contrasentido, la regulación es la consecuencia ineludible cuando se privatizan servicios, ya que esta es necesaria para garantizar el funcionamiento del servicio que pasa a manos privadas, mientras que antes no era necesaria tal regulación porque la titularidad y / o su gestión eran públicas.

Ahora bien, la privatización material, tal y como yo la entiendo puede ser de servicios o de actividades económicas ejercidas en régimen de libre iniciativa, pero la de los servicios, supone obviamente, acabar con la cualidad pública del servicio e incluso en una aplicación extensiva, acabar con la propia categoría del servicio público.

En lo que se refiere a los servicios públicos municipales, entiendo que estos no pueden ser privatizados, dando a ésta expresión el sentido que le vengo dando de material, en tanto, al menos que el legislador no cambie la ley, pues éstos tienen una triple protección que les ofrece la LRBRL para que no pierdan su cualidad de tales: el contenido de los servicios mínimos obligatorios, las reservas en régimen de monopolio de determinados servicios, y la concepción del servicio público local como *numerus apertus*.

---

<sup>109</sup> Por ejemplo, la redacción originaria del art. 86.3 de la LRBRL reservaba a las Entidades locales, para ser gestionados en régimen de monopolio los servicios mortuorios, reserva monopolística que posteriormente fue suprimida por Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, por eso se *liberalizaron* estos servicios, sin perjuicio de que puedan seguir prestándolos los Entes locales, pero ahora en régimen de competencia del sector privado.

## 2. La huida del Derecho Administrativo

La denominada “*huida del Derecho Administrativo*” por parte de las Administraciones Públicas es una de tantas expresiones que ha hecho fortuna en el argot jurídico-político, y con ella, no cabe duda, de que se hace referencia a una realidad innegable desde hace unos años de la Administración Pública española: la utilización de formas y métodos del Derecho Privado por parte de las diversas Administraciones Públicas, en diverso grado y extensión.

Ahora bien, el uso de formas y métodos de Derecho Privado por parte de la Administración Pública ha sido una realidad evidente desde el mismo momento del nacimiento de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. Así, desde siempre se ha distinguido para determinar el régimen jurídico aplicable a la Administración cuándo ésta actuaba en ejercicio de sus potestades y cuándo la Administración intervenía en la concreta relación jurídica como un particular más; en el primer caso quedaba sujeta al Derecho Administrativo, y en el segundo al Derecho Privado. De aquí nació la doctrina de los actos separables.

Así las cosas, lo cierto es que esta actuación de la Administración Pública constituía una excepción en el marco de su actuar ordinario. Sin embargo, al transcurrir del tiempo y como consecuencia de la actuación decidida de la Administración Pública en el campo de la iniciativa económica privada, la Administración tenía que someterse al mismo régimen jurídico que los particulares en esta actuación, y así fue creando una serie de entes con arreglo a las normas fundacionales del Derecho Privado para actuar en este campo y con sujeción al contenido material del Derecho Privado. La legitimación de la actuación y sujeción de estos entes instrumentales públicos en el marco y bajo el Derecho Privado tampoco supone mayor problema en cuanto a su admisión, porque aquí también es la Administración la que acude al campo de la actuación privada y consecuentemente se somete a sus reglas. Los problemas que presentan la actuación administrativa en el campo económico privado son de otro calibre, cuales son el de la habilitación legal para ello, generación de déficit público y alteración del equilibrio del mercado, temas éstos de los que ya he tratado en su lugar correspondiente.

Pero lo que ocurre ahora es que la Administración actuando desde su campo, dentro del giro o tráfico que le es propio, es decir, en ejercicio de las potestades de las que es titular, de su *ius imperium*, acuda a formas y métodos del Derecho Privado y de una forma generalizada. Así, para ejecutar obras públicas acude a la creación de entes instrumentales privados para que realicen la contratación con

arreglo al Derecho Privado; lo mismo puede decirse de la gestión de buena parte de los servicios públicos.

Tempranamente, en lo que se refiere a la huida del Derecho Administrativo denunció García de Enterría esta práctica de la Administración con las siguientes palabras:

De pronto (la Administración del Estado) parece haber descubierto por una iluminación súbita las excelencias de la gestión privada y ha emprendido una sistemática huida de las formas gestoras tradicionales de los servicios públicos. Sólo en la última Ley de Presupuestos para el año ahora en curso encontramos dos impresionantes privatizaciones (en este sentido estricto de traslado de bloques organizativos enteros del Derecho Público al Derecho Privado) en servicios públicos tan característicos como Correos y Telégrafos y la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Encontramos, por otra parte, cada vez más una curiosa fórmula que duplica la cúpula de organizaciones ineludiblemente públicas con la extraña figura de las “sociedades gestoras” (así, la Comisión Nacional de Valores, nada menos, la Exposición Universal de Sevilla, las Olimpiadas de Barcelona, por citar las más conocidas) (...). Lo que en realidad se pretende de forma deliberada es huir de las reglas constrictivas de una gestión pública ordenada por el Derecho Público administrativo y financiero. Se huye de las reglas de la contabilidad pública, de las del procedimiento administrativo, de las de contratación, de las funcionariales (especialmente de las que tasan la cuantía de las retribuciones y establecen las reglas de ingreso y de incompatibilidades), incluso se huye también, o al menos se pretende, de la posibilidad de que sus actos puedan ser fiscalizados por una jurisdicción especializada<sup>110</sup>.

González-Varas Ibáñez afirma que la cuestión de la huida del Derecho Público no es más que un aspecto patológico del tema, más general, de las relaciones entre el Derecho Público y Derecho Privado, que se produce concretamente cuando se aplica de forma incorrecta este último ordenamiento para la regulación de los sujetos que cumplen funciones administrativas como una forma de eludir la aplicación del principio de legalidad propugnado en el artículo 103 CE.

---

<sup>110</sup> García de Enterría en el prólogo a la obra de Francisco Sosa Wagner: “La gestión..., op cit).

En lo que se refiere en concreto a los servicios públicos, el autor citado se pregunta si estos se incardinan dentro de lo que es llamado el giro o tráfico ordinario de la Administración Pública, que tradicionalmente ha venido entendiéndose así desde el nacimiento de este concepto. Así, la doctrina alemana segrega de las actividades del giro o tráfico ordinarios de la Administración los denominados servicios públicos (hay que tener en cuenta que el Derecho alemán no conoce la categoría del servicio público como nosotros la conocemos, como ya se dijo *ut supra*), e iguales pasos sigue la doctrina italiana para la cual el servicio público pierde la nitidez que tenía anteriormente, en cuanto que el mismo objetivo podría ser conseguido usando el instrumento jurídico-público o privado y, es más, la función se cumple si es prestado por manos privadas en vez de por públicas.

En lo que se refiere a España, **González-Varas Ibáñez** afirma que de hecho la situación es la misma que en Italia puesto que se ha producido una paulatina privatización del régimen jurídico de los servicios públicos, y aboga por un reconocimiento y legalización de esta situación.

Por el contrario, **García de Enterría** niega rotundamente esta posibilidad puesto que para él

**el régimen jurídico de los servicios públicos genuinamente tales sigue siendo el régimen jurídico-administrativo y a su legalidad (arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución) deben someterse íntegramente los gestores, se organicen estos como fuere, pues la legalidad es en la Constitución una técnica de garantizar la libertad de los ciudadanos y no simplemente, de pautas de organización de los órganos públicos<sup>111</sup>.**

Sin embargo, **González-Varas Ibáñez** pretende ser realista y sostiene que el abordar esta cuestión desde la perspectiva de la inconstitucionalidad de la práctica en la organización y gestión de los servicios públicos con sujeción a formas de Derecho Privado puede que no sea una solución práctica o efectiva, y que es preciso contar con un instrumento para legalizar la situación existente, encontrando este instrumento en el Derecho Administrativo Privado. Para este autor, el Derecho Administrativo Privado es el conjunto de normas que regulan las actuaciones que llevan a cabo las Administraciones Públicas en forma privada, normas que están basadas en la vinculación de la Administración a los derechos

---

<sup>111</sup> **García de Enterría**, *idem*.



fundamentales, y es la jurisdicción civil la competente para entender de tales asuntos, al ser privadas las relaciones jurídicas objeto del litigio judicial.

He de reconocer que la formulación de la teoría del Derecho Administrativo Privado es atractiva, aunque basada en el Derecho alemán que desconoce la categoría jurídica del servicio público. No obstante estoy con **García de Enterría** al afirmar el carácter público de los servicios públicos y su concreta regulación y sumisión por y a un Derecho Público, sin que sirva de coartada a la creación del Derecho Administrativo Privado el hecho de la no aplicación de las normas de Derecho Público por el gestor de los servicios públicos, pues esto equivaldría a transigir, cuando no a premiar la elusión de las normas de aplicación imperativa. Por otra parte entiendo que, como creo haber demostrado a lo largo de estas líneas, siempre existirán servicios públicos, en cuanto siempre existirán demandas sociales que solamente la organización política de la comunidad pueda resolver mediante una actuación prestacional positiva, con independencia de la concreta determinación o identificación en cada etapa histórica de cuáles sean los servicios públicos, y la regulación jurídica del servicio, en lo que se refiere a la obligatoriedad de su establecimiento por parte de la Administración, a las normas de su organización, a las relaciones de los usuarios con el servicio, a la responsabilidad de los daños producidos por su funcionamiento, han de ser regulados por el Derecho Público genuino, y no por el Derecho Privado que es el reino de la autonomía de las partes y de la libre disponibilidad de las normas, ni por un híbrido formado entre aquel y éste.

**Ariño Ortiz**, que como hemos visto es defensor del principio de subsidiariedad en el libre ejercicio de las Administraciones Públicas de actividades económicas, reconoce que esta huida al Derecho Privado es una solución gravemente peligrosa para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Para este autor, en todo caso, la solución pasa por reformar el Derecho Administrativo, aumentar su flexibilidad cuando sea necesario, pero manteniendo en todo caso garantías de objetividad y buena gestión que vinculen a los políticos, concluyendo de la misma manera que **García de Enterría**, en que el texto de los artículos 1.9 y 103 CE consagra la primacía de los principios de la libertad, justicia, igualdad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y el sometimiento pleno a la ley y al Derecho, cualidades que, en definitiva sólo se preservan con el Derecho del Estado, que es el Derecho Público.

**Albi** se extrañaba en su día de la confusión entre el Derecho Público y el Derecho Privado, hoy hemos dado un paso adelante, pues de aquellas relaciones *antinatura* ha nacido o pretende nacer un híbrido: el Derecho Administrativo

Privado, híbrido por otra parte, que no viene a colmar necesidad alguna, pues los servicios públicos tienen como Derecho natural al Derecho Administrativo.

Finalmente, no quiero dejar de referirme a la aseveración que hace **González-Varas Ibáñez** de que gracias a la crisis del servicio público ha adquirido éste una dimensión funcional importante, cual es la afirmación del Derecho Administrativo Privado; por ello no es tan exagerado el título de este trabajo, ni tan provocador la consideración que hacía en su introducción de que el servicio público ha hecho al Derecho Administrativo y el servicio público ha deshecho al Derecho Administrativo.

### 3. El principio de subsidiariedad

Al ser los servicios públicos servicios de contenido económico, se produce en algunos supuestos puntos de contacto entre estos y el ejercicio de actividades económicas por parte de las Administraciones Públicas, por lo que algunos autores sostienen que el principio de subsidiariedad, no sólo se ha de aplicar a este ejercicio de actividades económicas, sino también a la gestión de los servicios públicos genuinos.

De acuerdo con la aplicación del principio de subsidiariedad en la prestación de servicios públicos, las Administraciones Públicas sólo han de asumirlos ante la ausencia o deficiencia de la iniciativa privada, y de la misma manera, en el caso de tener que asumir su titularidad, las Administraciones Públicas lo habrán de gestionar mediante empresas privadas, salvo en el mismo supuesto de inexistencia de gestores privados.

La consecuencia inmediata de la aplicación del principio de subsidiariedad es la asunción de esta cuota de mercado por las empresas privadas, las cuales prestarán el servicio en régimen de concurrencia y de competencia entre sí, cumpliendo la Administración con ejercitar el papel de agente regulador de la actividad y conforme ésta vaya desarrollándose ordinariamente, el papel de la regulación irá disminuyendo progresivamente.

Otra de las consecuencias del principio de subsidiariedad aplicado a los servicios públicos es la posibilidad de que la inexistencia o deficiencia de la iniciativa privada no se dé en la totalidad del servicio, sino en alguno de sus componentes o fases, o en algún sector territorial determinado; así, por ejemplo, en el servicio

público de Correos, puede que exista concurrencia o competitividad para prestar el servicio urgente entre grandes núcleos de población, pero no en la prestación del servicio del correo ordinario entre todos los núcleos del país como en los más pequeños, así que la actividad pública habrá de consistir en este caso, en, a través de la regulación, imponer a las empresas operadoras privadas la obligación de que presten el servicio con carácter universal, tanto en cuanto al contenido del mismo, como en lo que se refiere a la totalidad de un ámbito geográfico determinado, o bien, prestar la propia Administración esta fase marginal del servicio (subsidiariedad) exigiendo al resto de los operadores privados del servicio una tasa o canon en concepto de compensación por esta parte deficiente del servicio (caso de la *Poste Italiana*, del TJCE, anteriormente comentado).

#### 4. El concepto restringido de servicio público

Finalmente, la crisis del concepto del servicio público produce una reformulación del concepto, y así, algunos autores que dan por finiquitado el antiguo concepto de servicio público, entienden que este respondió a las necesidades de una época que ya no se dan en la actualidad, y que por tanto se ha de proceder a la reformulación de un nuevo concepto de servicio público que sirva a la realidad social actual. El profesor Ariño Ortiz expresa esta situación magistralmente del siguiente modo:

Es este un trágico destino de la ciencia del Derecho Administrativo. Cuando creíamos tener, finalmente, definido y configurado el concepto de “servicio público”, cambia radicalmente el marco socio-político a que aquél respondía y hay que volver a empezar. Y es que sus conceptos son un subproducto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez. El Derecho Administrativo y sus normas no pueden elaborarse, como el Derecho Civil, con un sistema cerrado de conceptos, de contenido racional y permanente, pues su mismo objeto –la Administración y sus instituciones– son esencialmente contingentes y, por tanto, en alguna medida “irracionales”. Irracionales desde el punto de vista de la lógica formal, pero no desde el punto de vista de la experiencia y la constatación histórica que es una a modo de lógica sobre la que esencialmente se basa el Derecho Público. Por ello decía el

### Juez Holmes que en las Ciencias Sociales y en el Derecho Público, una página de historia vale más que un volumen de lógica<sup>112</sup>.

Sin embargo este razonamiento expresado de forma tan brillante, con ser cierto parcialmente, no lo es en su totalidad, puesto que el Derecho, todo él, el Civil incluso, así como el Derecho Administrativo constituye un sistema jurídico, que no es sino la expresión de una determinada sociedad en un determinado momento histórico para resolver los conflictos que la misma plantea, conflictos que van mudando al cambiar la sociedad que los crea por lo que la respuesta del Derecho debe ir evolucionando al compás; es lo que Hegel denominó “lo justo histórico”. El Derecho como todo producto social está en constante evolución. Dice Ariño Ortiz que el Derecho Civil es un sistema de conceptos cerrados. No es así; el concepto de propiedad, derecho fundamental por excelencia para el Derecho Privado, no es el mismo actualmente que en la época del Derecho Romano, ni siquiera es el mismo que el que define el Código Civil; incluso hay autores que niegan que en la actualidad exista un concepto de derecho de propiedad por las limitaciones impuestas por la legislación urbanística, y hablan del derecho de propiedad como si de una concesión de la Administración se tratara. Díez Picazo dice a este respecto que

**La experiencia histórica es una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico. El Derecho Romano fue una obra ingente en transformación a lo largo de su vida. El derecho del medioevo o Derecho Común siguió una trayectoria similar. ¿Cómo negar que el derecho contemporáneo la está siguiendo también? (...) ¿Qué sentido tiene una declaración de permanencia y de inalterabilidad de unas reglas jurídicas? (...) En realidad una postura negativa del cambio jurídico es insostenible, lo mismo como experiencia histórica que como posición ontológica<sup>113</sup>.**

Bien, cerrada la digresión sobre la evolución del Derecho en su conjunto, nadie pone en duda de que el concepto de servicio público ha sido un concepto en evolución, situación que ya puso de relieve Albi; el concepto de servicio público, en el momento en que fue creado por la dogmática francesa fue la respuesta a unas necesidades sociales concretas y puntuales, mientras que en la actualidad esas necesidades sociales han cambiado, por lo que la doctrina ha de elaborar un

<sup>112</sup> Ariño Ortiz: “Principios... op. cit”.

<sup>113</sup> Luis Díez Picazo: “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”. Editorial Ariel, 1987.

nuevo concepto de servicio público que de respuesta a estas nuevas necesidades; de la misma manera, los juristas del siglo XIX tuvieron que hilar fino para fundamentar la actuación estatal en la prestación de los servicios y de las obras públicas, ante una concepción social y jurídica que consideraba antinatural el intervencionismo del Estado; por el contrario, en la actualidad parece que hemos vuelto al punto de partida, en el sentido de que el Estado debe no intervenir (bien que por otros fundamentos distintos que los decimonónicos) y dejar el campo de la titularidad y servicios públicos a la iniciativa privada, con lo que algunos autores formulan el concepto restringido de servicio público.

Ariño Ortiz, en este sentido, como ya dije *ut supra* propugna un concepto de servicio público restringido a aquellas actividades que mediante ley formal quedan reservadas con carácter monopolístico a las Administraciones Públicas; fuera de estas actividades todo es ejercicio de actividades económicas por los particulares, quedando este terreno vedado al Estado, salvo que el interés general demande una iniciativa pública económica, iniciativa que nunca tendrá carácter de prestación de servicios públicos, que quedan reservados a la actividades monopolizadas por ley formal, como acabo de decir, y lo que no es ejercicio de actividades económicas es actividad reguladora. Veamos en qué consiste en esencia el cambio del antiguo al nuevo concepto de servicio público, en palabras del propio autor:

consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (se trata de un servicio de interés general, esencial para las gentes), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados a ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reservas de titularidad a favor del Estado sobre la actividad de que se trate<sup>114</sup>.

<sup>114</sup> Ariño Ortiz: "Principios... *op. cit.*".

¿Qué consecuencias tiene para el servicio público local el concepto restringido del mismo? Pues, como ya se ha dicho, que sólo tienen la consideración de servicios públicos locales los expresamente mencionados en el art. 86.3 de la LRBRL y los que, en función de lo dispuesto en dicho artículo pueda establecer mediante ley tanto el Estado como las Comunidades Autónomas para los Entes locales, según el ámbito de sus respectivas competencias.

Ya expresé anteriormente, mi opinión en contra de este concepto restringido de servicio público y a ella me remito.



## VIII | BREVE REFERENCIA A LOS MODOS Y A LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

### 1. Modos y formas de gestión de los servicios públicos locales

El servicio público local es ante todo, como ya sabemos, una actividad prestacional de naturaleza económica y que forma parte del elenco competencial de los entes locales. Para desplegar esta actividad la Administración titular puede optar entre una gama, más o menos amplia, de instrumentos o medios previstos y diseñados por la ley, que constituyen las formas o modos de gestión del servicio público.

Históricamente hubo una polémica terminológica sobre la expresión que debía de ser empleada para designar a los instrumentos de gestión del servicio público, polémica terminológica que en realidad enmascaraba las diversas concepciones sobre el servicio público. *Albi* y la doctrina minoritaria se inclinaba a utilizar la expresión *modos de gestión*, mientras que la doctrina en general y el legislador se inclinaba por la de *formas de gestión*. En la actualidad son empleadas ambas expresiones de forma equívoca, si bien los textos legales utilizan la de *formas de gestión*, aunque entiendo que existe una diferencia entre ellas a las que enseguida me referiré.

Tanto la doctrina como el derecho positivo desde siempre han dividido en dos grandes bloques la gestión de los servicios públicos: la gestión directa y la indirecta.



Dije más arriba que para que una actividad pueda ser considerada como servicio público es preciso que el derecho positivo le atribuya a una Administración pública su titularidad (con independencia que tal titularidad sea compartida con los sujetos particulares), pues bien, tanto la gestión directa como la indirecta parten de la titularidad pública de la actividad, pero mientras que en la gestión directa el titular es asimismo la propia Administración titular del servicio, en la gestión indirecta el sujeto gestor es otra persona distinta de aquella, *persona interposita* entre la Administración y el usuario del servicio. De aquí se deriva otra diferencia fundamental: si la actividad de servicio público es una actividad de naturaleza económica, en la gestión directa es la propia Administración quien directamente sufre el riesgo económico de su explotación, mientras que en la gestión indirecta tal asunción le corresponde a la persona interpuesta titular del ejercicio de la actividad.

Por ello, para deslindar en la actualidad los términos *modos de gestión y formas de gestión*, hemos de reservar el primero para referirnos a la gestión directa y a la indirecta, y el segundo para señalar las diversas concreciones que admite tanto el modo de gestión directo como el indirecto.

Así pues, en la gestión directa es el propio ente local el titular de la actividad y el titular de la gestión y explotación, mientras que en la gestión indirecta el ente local es el titular de la actividad, mas no así de la gestión y explotación cuyo titular es un tercero designado por la propia Administración a través de cualesquiera de los procedimientos señalados por la ley.

El artículo 41 del RS define la gestión directa diciendo

**Se entenderá por gestión directa la que para prestar los servicios de su competencia realicen las Corporaciones locales por sí mismas o mediante Organismo exclusivamente dependiente de ellas,**

y ordenando el artículo 43 que necesariamente habrán de ser prestados mediante gestión directa los servicios que impliquen ejercicio de autoridad.

Las formas de gestión directa, según el artículo 67 del RS son los siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Gestión por la Corporación:
  - a) sin órgano especial de administración; o
  - b) con órgano especial de administración.
- 2.<sup>a</sup> Fundación pública del servicio.
- 3.<sup>a</sup> Sociedad privada municipal o provincial.

Por el contrario, la gestión indirecta no es definida expresamente por el RS, limitándose su art. 113 a concretar sus formas mediante la siguiente fórmula:

**Los servicios de competencia de las Entidades locales podrán prestarse indirectamente con arreglo a las siguientes formas:**

- a) **concesión**
- b) **arrendamiento; y**
- c) **concierto.**

Sin embargo, el propio RSCL reconoce dos formas más de gestión de los servicios públicos pero no los encuadra sistemáticamente ni en el Capítulo III del Título III, dedicado a las diversas formas de la gestión directa, ni en el Capítulo V del mismo Título III, reservado a los modos de gestión indirecta; estas formas son la gestión por empresa mixta, regulada en el Capítulo IV del Título III, y el consorcio, figura contemplada en el Capítulo II del mismo Título III, título cuya rúbrica es “*Servicios de las Corporaciones locales*”.

En la actualidad el art. 85 de la LRBRL, siguiendo con el criterio tradicional prohíbe que sean prestados de modo indirecto los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, añadiendo como novedad la modificación introducida en este artículo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, que tampoco pueden ser prestados estos servicios mediante una de las formas de gestión directa, que es la sociedad mercantil de capital exclusivamente local.

En cualquier caso, hay que insistir en que todos los modos de gestión de los servicios, es decir, tanto las diversas formas en que son concretados el modo directo directos, como el del indirecto son auténticas formas de gestión de verdaderos servicios públicos, porque la titularidad del servicios es pública, sin que altere tal cualidad el distinto modo y las diversas formas de su gestión.

El art. 85.2.A) de la LRBRL establece las siguientes formas de gestión directa de los servicios públicos:

**A) Gestión directa:**

- a) **Gestión por la propia entidad local.**
- b) **Organismo autónomo local.**
- c) **Entidad pública empresarial local.**
- d) **Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.**

La novedad del texto transcrito, introducida mediante la modificación de la LRBRL por la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno local, consiste en incluir una nueva forma de gestión directa, la entidad pública empresarial local, como forma distinta de la de sociedad mercantil de capital social íntegramente del ente local.

Las formas de gestión indirecta vienen reguladas en el artículo 85.2.B) de la siguiente manera:

**B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.**

La innovación introducida en lo que a las formas de gestión de modo indirecto de los servicios por la mentada Ley de Modernización con respecto a la redacción originaria de la LRBRL, consiste en que el legislador de régimen local remite en bloque a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, innovación que ha de ser saludada de forma positiva; en primer lugar se consolida el contrato de gestión de servicios públicos como una categoría típica de contrato administrativo; y, en segundo lugar por la desaparición del arrendamiento, como forma de gestión de los servicios públicos, forma de gestión que prácticamente había desde hace tiempo caído en desuso.

## 2. Las formas de gestión directas

Recordemos que los modos de gestión directos son aquellos en que permanece en mano pública tanto la titularidad del servicio como su gestión. Examinemos cada uno de estos modos.

### 2.1. Gestión por la propia entidad local

La gestión del servicio correspondiente, en esta modalidad, se diluye dentro de la total organización administrativa, sin peculiaridad alguna que lo distinga de la restante organización de la entidad. Dentro de la usual organización del gobierno municipal siguiendo el sistema denominado ministerial en que las Concejalías se dividen, al modo de los ministerios, en torno a distintas áreas de actuación sectorial, la gestión del concreto servicio de que se trate es atribuida a una Con-

cejalía, bien como materia única, bien como agregada a otra u otras materias con las que guarda una cierta homogeneidad.

Se ha dicho que este modo de gestión corresponde a servicios de escasa complejidad técnica o relevancia financiera, pero esta aseveración no es necesariamente cierta, puesto que la Concejalía a la que le es atribuida la gestión del servicio de que se trate asume el carácter representativo y directivo de la correspondiente gestión, y su capacidad gestora dependerá de los recursos económicos asignados, de su capacidad de liderazgo, y de la calidad y cantidad del aparato burocrático y técnico en que se apoye. Además, desde que existe la técnica del presupuesto por programas y la de catálogo de puestos de trabajo, pueden determinarse exactamente los costos e ingresos que el servicio genera. Lo que quiero decir con esto, es que no hay que desechar a priori la fórmula de gestión indiferenciada como propia de servicios cuya gestión tenga escasa complejidad o relevancia, y acudir en masa a los brazos de fórmulas de gestión personificada, lo cual llegará, si llega, insisto, en su caso y en su momento, porque así como es fácil la decisión política de pasar de una gestión diferenciada a una personificada, y nadie va a ser objeto de críticas por ello, la vuelta atrás siempre será considerada como un fracaso –y a menudo lo será– de la gestión personificada.

## 2.2. Gestión mediante organismo autónomo local y entidad pública empresarial local

Vamos a estudiar de forma conjunta estas dos submodalidades de prestación del servicio público puesto que son la misma realidad, lo único que varía es la finalidad perseguida. En efecto, tanto el organismo autónomo local como la entidad pública empresarial, que es una novedad de la nueva redacción de la LRBRL, son una forma jurídica administrativa de gestión con organización autónoma. El organismo autónomo así como la entidad pública empresarial poseen personalidad jurídica con la consiguiente posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones y realizar por sí mismos actos válidos en derecho y con presupuesto especial y patrimonio propio, en su régimen, están sujetos al Derecho Administrativo en el caso de los organismos autónomos, y por el Derecho Privado con matizaciones las entidades públicas empresariales. Constituye una técnica de descentralización funcional, técnica de la descentralización funcional de honda raigambre en el Derecho municipal y que inicialmente era conocida con el nombre de fundación pública del servicio, porque de eso se trataba –y se trata–, de crear una persona jurídica pública ad hoc para la prestación de un concreto servicio públi-

co cuya titularidad corresponde al ente creador, y sujeto el organismo autónomo a su tutela y dependencia.

Con respecto a la gestión por órgano especial por la propia entidad, la única, pero cualitativa diferencia, es la constitución de una persona jurídica. Desde mi punto de vista, y como recoge la doctrina, la principal virtualidad de los organismos autónomos, es la posibilidad de que formen parte de sus órganos rectores personas interesadas en los diferentes ámbitos o aspectos del servicio, que radiquen en el municipio, y distintos de los concejales y funcionarios que integran la Corporación.

Ante la parva regulación de esta institución en el RS, y puesto que su art. 87 difiere a sus estatutos, que son aprobados por la Corporación municipal, la determinación de los órganos de gobierno y su competencia, han venido estableciendo los diferentes estatutos órganos compuestos por personas ajenas a la Corporación municipal y con competencias decisorias. Bien es cierto que el Real Decreto 2568/1986 que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, posibilita a éstas el crear órganos desconcentrados denominados Consejos Sectoriales, compuestos por personas no miembros de la Corporación y relacionadas con la actividad concreta de que se trate, si bien su función es meramente consultiva y de asesoramiento, y que, posteriormente, el art. 22 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre admite que los órganos administrativos estén integrados por organizaciones representativas de intereses sociales, pero a mi juicio, la integración de estos representantes sociales en los órganos rectores de los organismos autónomos, representan las siguientes ventajas sobre los Consejos Sectoriales, que pudieran asesorar al Concejal correspondiente, y sobre los propios órganos administrativos: 1º la constitución de los órganos rectores de los organismos autónomos integrados por miembros sociales, es anterior a los Consejos Sectoriales, y mucho anterior, por tanto a la Ley 30/1992, con lo que ya se cuenta con una cierta tradición; 2º la completa libertad, por ausencia de regulación legal específica, en la integración de este tipo de miembros en los órganos rectores, así como en la determinación de la competencia de estos órganos; 3º La imposibilidad, por imperativo legal, de integrar en las Comisiones Informativas y en la Comisión de Gobierno a personas que carezcan de la cualidad de concejales; y 4º de carácter psicológico para los miembros no concejales que conciben el organismo autónomo como una entidad distinta al ayuntamiento y más próxima a sus inquietudes por la especificidad del fin a perseguir, e incluso como un territorio neutral libre de las disputas políticas/ideológicas de los concejales.

La nueva redacción de la LRBRL crea en este apartado la modalidad de la entidad pública empresarial local, creación que tiene su fundamento en LOFAGE), que establece como género los denominados “organismos administrativos”, con dos especies: los “organismos autónomos” y las “entidades públicas empresariales”. Constituyen un género en cuanto que tienen personalidad jurídica propia y su finalidad es gestionar en régimen de descentralización funcional, y la diferencia entre sus dos especies consiste en el contenido directamente económico de la finalidad perseguida (entidades públicas empresariales), o no. Así, mientras que la función de los organismos autónomos es la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicio público (art. 45 LOFAGE), la de las entidades públicas empresariales consiste en la realización de estas mismas actividades, en el caso de que sean susceptibles de contraprestación (art. 53 LOFAGE). La segunda nota distintiva entre ambos entes es que mientras que los organismos autónomos se rigen por el Derecho Administrativo (art. 45 LOFAGE), las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho Privado excepto en las siguientes materias (art. 53 LOFAGE): a) formación de voluntad de sus órganos; b) ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas; c) en lo previsto en la legislación presupuestaria; d) las previstos específicamente en esta ley, y d) las que prevean sus estatutos. Es importante señalar que en materia de contratación el art. 57 de la LOFAGE remite a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 1.3 excluye de su aplicación, a sensu contrario, la contratación de estos organismos cuando realicen actividades que, aunque consideradas de interés general tengan carácter industrial o mercantil, excepto cuando se trate de contratos de obra cuyo presupuesto supere una determinada cantidad y su financiación sea principalmente pública, así como cuando se trate de contratos sin consideración alguna a su importe o al carácter de su financiación, entre otros, que se refieran a la construcción de equipamientos deportivos en cuyo caso les son de aplicación las normas de contratación pública relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación (art. 2 LCAP), y siendo de aplicación en toda la restante materia contractual el ordenamiento privado.

El artículo 85 bis de la LRBRL remite, en lo no previsto expresamente en dicho artículo, en lo que a la regulación de estos organismos respecta, a los artículos 45 a 52 de la LOFAGE en lo que se refiere a los organismos autónomos locales, y 53 a 60 para las entidades públicas empresariales locales.

El artículo 85 bis exige que estos organismos estén adscritos específicamente a un área o concejalía del ayuntamiento, pudiendo las entidades públicas empresariales quedar adscritas a un organismo autónomo.

El órgano de gobierno de los organismos autónomos será el Consejo Rector, cuya composición se establecerá en sus estatutos, y aunque no dice nada más el precepto, de dicho Consejo Rector pueden formar parte personas no concejales, sobre todo cuando el propio precepto impone como obligatorio que el Consejo de Administración de las entidades públicas empresariales locales (así denomina el art. 85 a su órgano de gobierno) que es designado por la Junta Local de Gobierno, esté formado por miembros del Pleno o de la referida Junta, por empleados públicos relacionados profesionalmente con el objeto de la entidad, y por representantes de los usuarios y/o de las asociaciones y entidades relacionadas con la actividad.

En el loable intento de profesionalizar estos organismos, el art. 85 bis exige que el titular máximo del órgano de dirección, tanto de los organismos autónomos como de las entidades públicas empresariales, sea un funcionario de carrera o profesional del sector privado con titulación superior en ambos casos, y si proviene del sector privado con diez años de experiencia como mínimo.

Finalmente, para evitar el descontrol de estos organismos el art. 85 bis aumenta su grado de tutela y de dependencia del ayuntamiento con los siguientes mecanismos: a) quedan sometidos al control de eficacia por el área o concejalía a la que queden adscritos; b) los gastos en materia de recursos humanos quedan sujetos a control y evaluación de los órganos competentes en esta materia del ayuntamiento; c) los aumentos retributivos del personal requieren la previa aprobación de la Junta Local de Gobierno; y d) quedan sometidos a autorización previa del área o concejalía a la que queden adscritos para la celebración de contratos por cuantía superior a la que establezca el área o concejalía.

### 2.3. Gestión mediante sociedad mercantil local

La sociedad mercantil local es otra forma tradicional de gestionar los servicios públicos de forma directa, pues al ser el capital de la sociedad íntegramente local, es decir, público, a pesar de vestir ropaje privado, la gestión es considerada pública.

El art. 89 del Reglamento de Servicio venía exigiendo que esta modalidad únicamente podía utilizarse para la gestión de los servicios económicos, requisito que ha desaparecido en el nuevo artículo 85 ter de la LRBRL, por lo que hay que concluir que se puede acudir a esta fórmula libremente, con la única limitación, introducida en la misma reforma de la LRBRL, que no pueden prestarse

de esta forma los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, como ya sabemos.

Ahora bien, necesariamente ha de adoptar la forma de sociedad mercantil cuya responsabilidad esté limitada, y como novedad del artículo 85 ter LRBRL, para evitar abusos pasados, que el capital ha de estar íntegramente desembolsado en el momento de su constitución.

Se rigen por el Derecho Privado, tanto en su organización y régimen internos como en sus relaciones externas, excepto en lo que dispongan las leyes en materia presupuestaria, contable, control financiero, control de eficacia y contratación (art. 85 ter). En lo que a la contratación se refiere, le es de aplicación el régimen previsto en el artículo 2 de la LCAP, examinado anteriormente con ocasión de la entidad pública empresarial local, y solamente en los supuestos ahí concretados.

La modificación introducida en el art. 85 ter de la LRBRL de gran calado y que rompe con el sistema vigente hasta entonces, de que la Junta General de Accionistas de la sociedad no tenga que estar compuesta por la Corporación Municipal como exige el art. 92 del Reglamento de Servicios, sino que la composición, forma de designación y funcionamiento de la Junta General serán libremente fijados en los Estatutos sociales; y lo mismo ocurre con el Consejo de Administración y sus restantes órganos de gobierno. Esta modificación no puede por menos que ser aplaudida en aras de la agilidad de la gestión, ya que a menudo la Junta General no era sino una reproducción de los debates políticos fijados de antemano por las posturas ideológicas antes que por las necesidades de la gestión de la concreta actividad, y no puede argüirse de contrario que este sistema puede favorecer la opacidad de la gestión y minorar los sistemas de control de la oposición porque, en primer lugar, al ser la sociedad de capital íntegramente municipal, su balance ha de acompañar al presupuesto de la entidad, por lo que en el momento de su aprobación y de su liquidación, la oposición política tiene acceso a la documentación, y es objeto de debate plenario, pero muy importante, este debate político se produce en el seno del Pleno, pero no en el de la Junta General de Accionistas, en los que solo deben primar criterios de gestión y económicos; en segundo lugar, al ser el capital público, asimismo la sociedad queda sujeta a la fiscalización de la Cámara de Cuentas; y, en tercer lugar la oposición política siempre puede utilizar para solicitar información y controlar la acción de gobierno todo el instrumental que con carácter general le ofrece la legislación de régimen local.



### 3. Las formas de gestión indirectas

Como ya sabemos los modos de gestión indirectos son aquellos en los que se disocia la titularidad del servicio, que es pública, de la titularidad de la gestión, que es privada, lo cual no quiere decir que la Administración titular del servicio no participe de la propia gestión en algunas de las modalidades indirectas, y en todas siempre tiene algún control sobre la gestión del servicio, en unos de forma más intensa, y en otros de forma más desvaída.

Es definido el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 154.1 de la LCAP, al cual remite el art. 85 de la LRBRL para la gestión indirecta, como un contrato mediante el cual las Administraciones Públicas encomiendan a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio público, definición que ampara a las cuatro modalidades o formas de gestión indirecta de los servicios públicos tipificadas en el artículo 85.2.B) de la LRBRL. La definición legal es completada por el artículo 155 de la LCAP por una nota positiva y otra negativa; la positiva es que se tiene que dar uno de los requisitos esenciales que predicamos del servicio público: su contenido económico, y así dice el art. 155 que esta modalidad contractual solo es admisible siempre que el concreto servicio público

**tenga un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares.**

La nota negativa, tradicional también en el Derecho local, y recogida, asimismo por el artículo 155 es que no pueden ser gestionados a través de esta fórmula los servicios públicos que impliquen

**ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.**

Asimismo, el art. 154.2 excluye expresamente del ámbito de aplicación de las normas que rigen el contrato de gestión de servicios públicos las siguientes modalidades para la prestación del servicio:

- Creación de entidades de Derecho Público.
- Sociedad de Derecho Privado con participación exclusiva de la Administración.

O dicho con otras palabras, expresamente queda excluido de su ámbito de aplicación todas las modalidades de gestión directa de prestación del servicio.

La duración máxima del contrato de gestión de servicios, cualquiera que sea la submodalidad es de 50 años, si el contrato implica ejecución de obra y explotación del servicio, y de 25 años si el objeto del contrato es únicamente la prestación del servicio, salvo en el supuesto de que la prestación concreta sean servicios sanitarios, en cuyo caso puede ser de 50 años (art. 157).

La forma de adjudicación del contrato, con carácter general es el procedimiento abierto o restringido y mediante concurso, con las siguientes excepciones que permiten acudir al procedimiento negociado (art. 159):

- a) Cuando no sea posible promover concurrencia en la oferta.
- b) En los supuestos de urgencia, en lo que no sea suficiente con acudir al procedimiento de urgencia.
- c) En los supuestos de reserva o secreto.
- d) Cuando el presupuesto de gastos del primer establecimiento del servicio sea inferior a 30.050,61 y su duración inferior a cinco años.
- e) Cuando el concurso haya sido declarado desierto.
- f) Cuando el objeto del contrato sea la prestación de servicios sanitarios.

Las modalidades de contratación de la gestión de los servicios públicos están tipificadas en el artículo 156 de la LCAP, y son las siguientes: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

### **3.1. La concesión**

La concesión es una fórmula mediante la cual la Administración titular del servicio transfiere a una persona física o jurídica la gestión del mismo asumiendo esta, el riesgo económico (a su riesgo y ventura, es la expresión usualmente utilizada, y que recoge el art, 156 de la LCAP). Como sabemos, la Ley de Contratos, concibe la concesión de la gestión de servicios públicos como una modalidad contractual, acabando por vía legislativa con una vieja polémica doctrinal sobre si la concesión tiene carácter contractual o no.

El concesionario percibe su retribución por la explotación del servicio, normalmente mediante los propios usuarios. Al correr con los riesgos de la explotación, lógicamente, la capacidad estratégica de decisión corresponde al concesionario, quedando la Administración en un segundo plano, lo cual no quiere decir que se

desentienda en absoluto de la buena marcha del servicio, porque no se puede olvidar, y no me cansaré de repetir que el servicio continua siendo de titularidad pública, y ello se consigue a través de los mecanismo de seguridad que regula la ley y, fundamentalmente, en las cláusulas contractuales. Como quiera que de todas las formas de gestión de servicios públicos es esta en donde menos interviene la propia Administración el secreto para que no quede a merced del concesionario estriba en redactar un buen pliego de cláusulas que son las que van a regular, entre otros extremos, los supuestos y mecanismos de la intervención de la Administración en la propia gestión del servicio, así como la tipificación de un catálogo de infracciones por parte del concesionario con su correspondiente sanción que, incluso puede llegar a la rescisión del contrato concesional.

### 3.2. La gestión interesada

El artículo 156 b) de la LCAP, dice que en la gestión interesada la Administración y el empresario participarán de los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. **Sosa Wagner** define esta modalidad indirecta y contractual de prestación de los servicios públicos como aquella forma de gestión de un servicio público en la que el gestor, comprometido en la prestación del servicio público cuenta, de un lado, con la colaboración de la Administración, de otro, con una remuneración mínima en forma de interesamiento que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objeto de fomentar la prestación eficaz del servicio público encomendado<sup>115</sup>.

A diferencia de la concesión, la gestión interesada no corre a riesgo y ventura del empresario, porque la Administración le garantiza un mínimo, que cuando menos debe cubrir sus gastos de inversión y de explotación.

Esta figura era desconocida para el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y apareció regulada en la ley antigua Ley de Contratos del Estado, desde donde pasó al art. 85 de la LRBRL.

---

<sup>115</sup> Francisco Sosa Wagner: *La gestión... op. cit.*

Una parte de la doctrina ha entendido que esta figura no tiene relevancia específica, y que todo lo más, constituye una especificidad del contrato de concesión, en donde puede ser incluida una cláusula que garantice un mínimo al empresario prestador del servicio, y abogaba por la supresión de la categoría, pero no ha sido así.

### **3.3. El concierto**

El concierto es una modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos que son prestados por una persona natural o jurídica que realiza actividades análogas a las que constituye el servicio público de que se trate (art. 156 c) de la LCAP). La diferencia con la concesión es clara: no se trata de un llamamiento que la Administración hace para que quien esté interesado establezca y explote el servicio correspondiente, sino que se parte de una actividad que ya está siendo prestada con carácter privado por un particular, y lo que hace la Administración es aprovechar esa actividad e instalaciones ajenas para prestar su servicio. Por la propia naturaleza de esta modalidad contractual la fórmula adecuada de selección del gestor del servicio será la de concurso mediante procedimiento restringido entre aquellas entidades que presten tal actividad con carácter privado, o incluso el procedimiento negociado si solamente hay en el municipio una entidad que realice el servicio, pues entonces no es posible promover la oferta y se da el supuesto previsto en la letra a) del artículo 159 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

### **3.4. La sociedad de economía mixta**

La gestión de los servicios públicos a través de sociedad de economía mixta, entendida como aquellas sociedades cuyo capital pertenece tanto a personas privadas como personas jurídicas públicas, tiene honda tradición en la legislación local. El art.156 d) de la LCAP dice que en la sociedad de economía mixta la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Este trabajo no es el lugar adecuado para tratar en profundidad sobre esta institución, su naturaleza y problemática; baste añadir que dichas sociedades tienen naturaleza de Derecho Privado, se rigen en todo caso por este derecho, tanto en su organización interna, salvo en lo que se refiere a unas pequeñas peculiaridades debidas al carácter público de uno o de varios de sus socios, como en su relaciones externas.

La primera duda que surge es de si estas entidades pueden adoptar cualquier forma prevista en la legislación mercantil o de entre éstas, sólo las que limitan la responsabilidad. Parece, en principio, que pueden utilizar cualquier forma, puesto que el artículo 105 del TRLRBRL, dispone que en este tipo de sociedades, la responsabilidad de la Entidad local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, que no podrá ser inferior al valor de los bienes o derechos que haya aportado, precepto del cual se deduce que limitando en escritura pública la responsabilidad vincula la exclusión tanto a los otros socios como a terceros; de todas formas es un asunto polémico aunque algún caso ofrece la realidad<sup>116</sup>. Sí pueden constituir a estos efectos las entidades locales sociedades cooperativas, que autoriza expresamente el art. 105 del TR, así como sociedades laborales, aunque insisto que la admisión de fórmulas no limitativas de la responsabilidad, y de estas otras formas societarias no es una cuestión ni mucho menos pacífica en la doctrina. **Real Ferrer**, en el caso de los servicios deportivos admite la empresa mixta cooperativa y señala que en estos casos los socios del municipio pueden ser los clubes que pueden prestar asistencia técnica o colectivos de profesionales para prestar, por ejemplo, los servicios médicos<sup>117</sup>.

En lo que se refiere a las peculiaridades del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, el artículo 104.2 del TR permite que en el acuerdo constitutivo se establezcan especialidades internas, tanto estructurales como funcionales que, exceptúen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta. ¿Qué quiere decir esto? Pues que el TR autoriza a excepcionar en alguna medida el régimen ordinario de las sociedades privadas en aras de la finalidad pública perseguida atribuyendo unas facultades exorbitantes a la Administración Pública en la organización de la sociedad que no sería posible si se sujetara estrictamente al régimen societario común en función del capital aportado. Este régimen excepcional apenas aparece recogido específicamente en la legislación. El artículo 107 del Reglamento de Servicios exige que los acuerdos de máxima intensidad de los órganos de gobierno y administración de la empresa mixta sean adoptados por mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos, que son los siguientes: a) modificación del acto de constitución o de los Estatutos de la empresa; b) aprobación y modificación de los planos y proyectos generales de los servicios; c) operacio-

---

<sup>116</sup> Francisco Sosa Wagner: *La gestión... op. cit.*

<sup>117</sup> **Gabriel Real Ferrer**: *Las competencias de los entes locales en materia de deporte*, en *Tratado de Derecho Municipal*, de autores varios. Editorial Civitas, 2003.

nes de crédito; y d) aprobación de los balances. Por su parte, el art. 108 del RS declara que los representantes que correspondan a la Corporación en los órganos de gobierno y administración de la empresa sean nombrados por aquellas en la proporción de un 50% entre los miembros que la constituyan y técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción. Broseta Pont señala como singularidades que excepcionan el régimen común del derecho societario las siguientes: declaración de intransmisibilidad de las acciones o sometimiento a un procedimiento especial para su enajenación; sometimiento de la modificación de los estatutos a una autorización administrativa; nombramiento de los administradores del ente local fuera de la Junta General y mediante un acto administrativo; y derecho de veto de los accionistas públicos sobre los acuerdos de la Junta General y Consejo de Administración<sup>118</sup>. Otra peculiaridad existente en la práctica, es que el Presidente del Consejo de Administración sea quien en cada momento ostente la cualidad de Alcalde del municipio.

¿Y qué traducción o qué virtualidad ocupa este sistema de prestación de los servicios públicos? A mi juicio esta opción es la más sofisticada y que su aplicación quedará reducida a los grandes municipios, o en todo caso, cuando la gestión luzca con una gran intensidad tanto cualitativa como cuantitativa. La gestión mediante empresa mixta permite aunar recursos y esfuerzos tanto públicos como privados en una simbiosis, quizá de equilibrio delicado, pero de resultados muy satisfactorios si se logra alcanzar el punto de equilibrio entre el interés del socio privado y el público. La presencia del capital privado asegura al eficiencia en la gestión, en cuanto que el socio privado tendrá que dar cuenta a sus accionistas del balance de la actuación, con lo que garantizará una rentabilidad económica mínima de la gestión, de cuyo beneficio participará asimismo el ente local en la proporción de su aportación al capital social; de otra la presencia pública en los órganos de gobierno y administración de la empresa garantiza la participación del municipio en la propia gestión del servicio, a pesar de tratarse de un sistema indirecto de prestación, y máxime si los estatutos prevén facultades exorbitantes a favor de los representantes públicos, en cuyo caso la mayoría de las decisiones estratégicas no solamente en la vida de la sociedad, sino en la gestión del servicio habrán de ser tomadas por unanimidad, lo que implica la máxima intensidad en la vinculación de los socios en la prestación del servicio.

---

<sup>118</sup> Manuel Broseta Pont: *“Manual de Derecho mercantil”*. Editorial Tecnos, 9ª edición, 1991.

## 4. Formas atípicas de gestión de los servicios públicos

Llamo formas atípicas de gestión de los servicios públicos municipales a todas aquellas que no tienen su encaje exactamente en los apartados examinados hasta ahora, es decir, no están específicamente tipificados como modos de gestión de servicios públicos, pero nada se opone, incluso, al contrario, existen guiños del legislador para su aplicación, lo mismo que ocurría con el venerable RS, en donde al lado de formas tipificadas de gestión de servicios públicos, existían otras atípicas como el consorcio y la gestión por sociedad mixta. Veámoslos a continuación.

### 4.1. El convenio entre Administraciones Públicas

Como resulta que la legislación atribuye competencias sobre la misma materia a todas o a varias Administraciones Públicas, nada se opone a que diversas Administraciones suscriban convenios para prestarse entre ellas el servicio público de que se trate, sistema que, además tiene la ventaja de que no es necesario constituir una persona jurídica nueva y específica, y además, puede servir como antecedente para la adopción posterior, en función de los resultados prácticos que se obtengan, de acudir a cualesquiera otras fórmulas más complejas.

El soporte legal lo encontramos en primer lugar, en el artículo 57 de la LRBRL, según el cual la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que se suscriban.

En segundo lugar, el art. 3.c) de la LCAP, excluye del ámbito de su aplicación a los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí.

En tercer lugar, el artículo 145.2 del RS permite expresamente el concierto entre Corporaciones Locales o entre una de éstas y el Estado u otra de carácter paraestatal.

Prima facie, y puesto que parece que la fórmula que ha de adoptar el convenio es la de concierto, parece que estamos en presencia de una fórmula indirecta de prestación del servicio, pero en realidad ello no es así, puesto que si pudiéramos sostener que es una fórmula indirecta porque un ente local recibe el servicio por parte de otro que lo presta, esto en todo caso será válido para éste supuesto, pero la casuística es más variada, y, así, puede darse el caso de que se trate de prestaciones mutuas: piénsese en el caso de dos municipios limítrofes y próximos, uno de los cuales tenga las instalaciones e infraestructuras necesarias para prestar el servicio, pero carezca de un servicio técnico organizado, mientras que el otro carece de instalaciones, pero tiene organizado un servicio técnico adecuado, en este caso tanto uno como otro serían prestadores y receptores mutuos del servicio.

Si el criterio que se sigue para delimitar la gestión directa de la indirecta es que en la primera únicamente intervienen entidades públicas, y en la segunda, necesariamente ha de intervenir con el ente público una persona privada, es claro que en toda la casuística que pueda presentarse en este epígrafe estaremos ante una gestión directa; si entendemos por el contrario que el criterio distintivo hay que buscarlo en la gestión exclusiva por parte de la propia entidad, o por órganos o entidades creados por ella solamente, entonces nos encontraríamos ante un modo de gestión indirecta. No obstante, yo creo que en estos casos nos encontramos ante un *tertium genus*, en el que prima el carácter convencional entre Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias propias, antes que una concreta forma de gestionar el servicio.

En cualquier caso, esta fórmula es la ideal para la prestación de la cooperación técnica, económica y material en materia entre las Diputaciones y los pequeños municipios, y entre los municipios, ¿por qué no? entre sí.

#### 4.2. El consorcio y la mancomunidad

Puede ser definido el consorcio como una “entidad pública local e instrumental, constituida por la asociación voluntaria de dos o más entes locales del mismo o de distinto orden, o entre aquellos y cualesquiera otras Administraciones Públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro para la realización de fines pre-



valentemente locales en los que todos ellos están interesados, y a través de la cual se articula preferentemente la cooperación administrativa<sup>119</sup>.

Esta fórmula para la gestión de los servicios públicos no queda integrada en ninguno de los dos modos de gestión de los mismos; es más, el Reglamento de Servicios lo regula como una forma asociativa de gestión de los servicios; y es que, el consorcio, antes que un instrumento de gestión de servicios es una fórmula asociativa de los entes públicos, a pesar de que el art. 87 de la LRBRL lo regula sistemáticamente en el capítulo dedicado a los servicios. A mayor abundamiento de su naturaleza asociativa, el artículo 110.5 del TR prevé que los consorcios pueden utilizar para la gestión de los servicios cualquiera de las formas anteriormente examinadas, y si ello es así, es porque propiamente el consorcio no constituye por se una modalidad prestadora de servicios exclusivamente.

Como se ha visto en la definición los consorcios tienen personalidad jurídica pública y pueden estar constituidos por entes de diversa naturaleza, e incluso por entidades privadas, pero eso sí, sin ánimo de lucro; se diferencian de los convenios interadministrativos en que las distintas Administraciones consorciadas, crean una persona jurídica nueva.

Esta fórmula es muy versátil y útil para la gestión de los servicios de forma común entre varios municipios, en cuanto que permite aunar diversos esfuerzos, tanto públicos como privados, teniendo en cuenta a su vez, que una vez constituido el consorcio puede gestionar el servicio a través de cualesquiera formas tanto directas como indirectas ya examinados.

De la mancomunidad puede predicarse exactamente lo mismo que lo dicho para el consorcio; la única diferencia es que la mancomunidad sólo admite la asociación entre municipios (art. 44 de la LRBRL).

### 4.3. Las sociedades mercantiles y las asociaciones públicas

Por sociedades públicas entiendo aquellas que están formadas por capital íntegramente público y forma privada y naturaleza mercantil (por tanto no estamos

---

<sup>119</sup> Juan Francisco Parra Muñoz: *A vueltas con la naturaleza jurídica del Consorcio*. Revista La Actualidad Administrativa, nº 20, 14-20 mayo 2001.

en el supuesto de sociedades de economía mixta), pero tampoco me refiero al caso de las sociedades con capital íntegramente municipal, puesto que confluyen dos o más entidades públicas a la constitución del capital social.

La legislación no se opone a la existencia de estos entes, y la práctica demuestra su existencia, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y siendo pacífica en la doctrina su admisión<sup>120</sup>.

En cuanto se trata de sociedades mercantiles, pero de capital íntegramente público, su régimen es el del ordenamiento privado, pero con las excepciones vistas en el supuesto de sociedades de capital íntegramente perteneciente a la entidad local.

Asimismo, entiendo que es factible la mera asociación entre entes públicos al margen de la figura del consorcio. Da pie para sostener esta opinión la disposición adicional quinta de la LRRL, según la cual, las entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se aplicará en defecto de normativa específica la legislación de Estado en materia de asociaciones.

Cualquiera de estas fórmulas, en función del grado de complejidad, sobre todo asociativa, puede ser instrumento idóneo para la gestión común.

## 5. La elección del modo y de la forma adecuada de gestión de los servicios públicos

La primera pregunta que se puede hacer tras examinar toda esta amplia gama de formas de gestión, de los servicios públicos, es la posibilidad de elegir libremente entre el muestrario para gestionar el servicio concreto de que se trate, o si por el contrario existe alguna limitación legal para la elección.

---

<sup>120</sup> Como ejemplo de sociedad de este tipo puede citarse a la entidad “*Gestión de Aguas del Levante Almeriense, S. A.*”, cuyos socios son diversos municipios más la diputación de Almería. En lo que se refiere al Tribunal Supremo, *vid.* su sentencia de 23 de febrero de 1987; y en lo que se refiere a la doctrina, por todos **Francisco Sosa Wagner** en su obra citada sobre la gestión de los servicios públicos.

En primer lugar, la determinación de la forma de gestión del servicio público corresponde al pleno de la corporación municipal, y de forma indelegable (apartados 2 f) y 4 del artículo 22 de la LRBRL).

Desde el punto de vista material, una primera limitación legal viene establecida en el artículo 85.3 de la LRBRL, según la cual, los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad no pueden ser prestados por ninguna de las formas de gestión de modo indirecto, ni por la forma de gestión directa consistente en sociedad mercantil de capital íntegramente local, como ya hemos visto.

Tampoco pueden ser utilizadas las formas de gestión indirecta para la prestación de servicios de modo directo por el propio ente local, ni por un ente creado y dependiente de éste, ni por empresas mercantiles de capital íntegramente local (art. 154.2 de la LCAP).

La efectiva prestación en régimen de monopolio de cualquiera de los servicios reservados por el artículo 86.3 requiere acuerdo expreso del pleno de la corporación en tal sentido, y aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.

Al margen de estas tres limitaciones, el pleno de la corporación tiene discrecionalidad para escoger la concreta forma de prestación del servicio público, en virtud de los principios de autonomía local, autoorganización y autonormación (artículos 1,4, 5, y 25.1 de la LRBRL). Ahora bien, como todo acto o actividad discrecional de la Administración Pública, la frontera entre esta actuación discrecional y la arbitrariedad o la desviación de poder estriba en el interés público que ha de presidir la motivación, de aquí que la concreta forma de gestión del servicio ha de ser conforme la naturaleza y características concretas de la actividad en que el servicio público consista, y, asimismo, tampoco pueden quedar eliminadas totalmente las potestades que el ente local tiene respecto al servicio del que es titular. En este sentido, la STSJA (Granada), de fecha 25 de febrero de 2002 ha declarado que

La LBRL concede un amplísimo margen de actuación a las Entidades locales en la elección del modo de gestión de los servicios públicos que le incumben, correspondiendo al Pleno, con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, la competencia para determinar la forma de gestión del servicio [«ex» artículo 47.3 f) LBRL]. En este sentido, el Tribunal Supremo ha destacado la libertad de que goza la Administración para la elección del modo de prestación de los servicios públicos (STS de 29 de junio de 1987 [RJ

1987, 6592]), y así se consagra en el artículo 85.2 LBRL cuando establece que «los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta», aunque «en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad». Esta regla es reproducida en el último inciso del artículo 156.1 LCAP para todas las Administraciones Públicas con carácter general y supone un límite para la opción de los modos de gestión indirecta, al establecer que «la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares». Ello quiere decir que los modos de gestión indirecta quedan limitados a aquellas actividades que puedan calificarse en sentido estricto de servicio público, pues el artículo 156.2 LCAP vincula esta contratación a la imprescindible y previa declaración expresa de que «la actividad de que se trate queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma», declaración que, en el ámbito de la Administración local, sólo puede llevar a cabo la Ley que atribuya competencias a las entidades locales.

9. Lógicamente, la libertad de elección tiene una serie de limitaciones, que se derivan de la racionalidad y justificación de la elección, que habrá de plasmarse razonadamente en la memoria de asunción del servicio o actividad, prevista en el artículo 97.1.b) TRRL. Evidentemente, la ineludibilidad de la justificación racional tendrá como parámetro, para calibrar el acierto de la elección, la naturaleza económica de la actividad a desarrollar y el entorno en que se produzca la determinación. Pero, además, junto a los límites que acabamos de señalar, aparecen otros, como los derivados de la posible injerencia del legislador estatal o autonómico en el ámbito material del servicio público de que se trate, o los relativos a la gestión indirecta en los servicios que impliquen ejercicio de autoridad, como ya hemos indicado.

Como criterio general para acertar en la elección de la forma de gestión, se han de tener en cuenta las siguientes consideraciones y por su orden: 1ª analizar la complejidad técnica y económico-financiera del servicio; 2ª determinar el lugar que el servicio concreto ocupa en la lista de las prioridades del gobierno municipal; 3ª determinar el lugar que el servicio ocupa en la lista de aspiraciones y anhelos de los vecinos; 4ª hacer inventario de los recursos humanos, técnicos, y materiales (tanto económicos como de infraestructuras, etc.) con los que cuenta el municipio y con los que podría contar a corto plazo; 5ª priorizar los objetivos a conseguir; y 6ª tener en cuenta la posibilidad de utilizar simultáneamente dos

o más fórmulas, por ejemplo, utilizar una determinada modalidad para la gestión de la mayoría de las actividades que comprenda el concreto servicio público, y otra distinta para algunas concretas actividades del mismo; en definitiva, se trata de elegir el modelo que más se adapte a los recursos y objetivos, teniendo en cuentas las particulares circunstancias concretas del servicio de que se trate, y desechando en todo caso cualquier postura apriorística e ideológica, pues cualquiera de las modalidades examinadas pueden ser lo mismo de buenas que de malas; el secreto está en saber elegir adecuadamente lo que conviene a cada caso particular, por eso aquí no valen recetas únicas y dogmáticas.

## IX | CONCLUSIONES SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL

Primera. El concepto de servicio público local vigente en la actualidad en la legislación española responde al concepto tradicional del servicio público local, hundiendo sus raíces en la dogmática francesa y siendo heredero directo del regulado tanto en el Estatuto Municipal de Primo de rivera de 1924, como en la LRL, en su Reglamento de Servicios y así ha pasado a la vigente LRBRL y su TRLRBRL.

Segunda. El concepto de servicio público local, definido legalmente en la LRBRL como objetivación de la competencia local, es utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo como criterio determinante para fundamentar la autonomía de los Entes locales, autonomía que los entes locales, municipio y provincia tienen garantizada constitucionalmente.

Sin embargo, el municipio es algo más que un ente cuya autonomía queda garantizada en cuanto que es titular de servicios públicos; ante todo el municipio es un ente político, que forma parte del Estado según declara el art. 137 de la CE, y por tanto su autonomía es de naturaleza política, y como tal ha de ser afirmada tanto frente al Estado como a su Comunidad Autónoma.

Por ello, de *lege ferenda* sería conveniente que el legislador estatal ofrezca una definición técnica del servicio público, y atribuya al municipio la totalidad de potestades sobre aquellos que sean de competencia local, incluida la potestad de regular y condicionar la prestación de estos servicios públicos locales por parte

de los particulares, cuando éstos los presten en concurrencia con la Administración municipal.

Tercera. En la actualidad, pues, el servicio público local tiene el carácter de materia básica y cuya regulación legal mínima, en consecuencia queda reservada al Estado, sin perjuicio de la intervención reguladora de las Comunidades Autónomas más allá de dicho mínimo. Esta regulación básica queda circunscrita a la determinación de los servicios públicos obligatorios de los entes locales.

Sin embargo, replanteada la autonomía política de los entes locales, así como puesto en duda el título competencial por el que el Estado asume la titularidad exclusiva de competencias en materia de la regulación básica de los entes locales, queda en el aire la titularidad competencial para determinar el catálogo de servicios mínimos obligatorios.

Cuarta. Los servicios públicos locales se clasifican en las siguientes categorías:

- a) Servicios que pueden prestarse en régimen de monopolio (art. 86.3 LRBRL).
- b) Servicios mínimos obligatorios (art. 26 LRBRL).
- c) Servicios nominados (art. 25.2 en relación con el 85.1 de la LRBRL).
- d) Servicios innominados (art. 25.1 LRBRL).

Quinta. La efectiva prestación del servicio en régimen de monopolio requiere aprobación expresa por parte de la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 97 del TRLRBRL).

Sexta. Los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, necesariamente han de prestarse de modo directo, excluida la gestión mediante sociedad de capital íntegramente de la entidad local; todos los demás, incluidos los prestados en régimen de monopolio, siempre que estos no impliquen ejercicio de autoridad, pueden ser gestionados tanto de modo directo como indirecto (arts. 86.3 LRBRL).

Séptima. La modificación introducida en la LRBRL de las formas de gestión de los servicios públicos municipales por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local ha actualizado el catálogo de sus

formas de gestión, a la vez que ha agilizado la estructura y funcionamiento de la mayoría de ellas. A su vez, los entes locales cuentan con un amplio margen de libertad para determinar la concreta forma de gestión del servicio de que se trate.

Octava. Los Entes locales pueden ejercer actividades económicas en concurrencia con los particulares, siempre que se justifique un interés general en beneficio de sus habitantes, y siguiendo un determinado procedimiento para comenzar a ejercerlas (arts. 128.2 y 9.3 CE, 86.1 de la LRBRL y 95 y ss. del TRLRBRL). Este ejercicio de actividades económicas en régimen de concurrencia con los particulares tiene su antecedente legislativo en la institución de la *municipalización*, regulada en la LRL, en su Reglamento de Servicios y en el Estatuto Municipal de 1924.

Novena. No obstante la utilización por la LRBRL de la expresión *municipalización*, hay que entender que la misma está superada, y en todo caso, hay que referirla al procedimiento para el ejercicio de actividades económicas.

Décima. El legislador de la LRBRL y de su TRLRBRL confunde en algunos supuestos el ejercicio de actividades económicas con los servicios públicos locales (art. 86.2 LRBRL y 95.1 y 97.2 del TRLRBRL); cuando ambos conceptos son distintos (actividad continua, reglamentada, regular y universal, sentida como necesidad colectiva y por la que la Administración percibe precios públicos o tasas, previamente establecidos unilateralmente por ella, en el servicio público; en el ejercicio de actividades económicas puede faltar alguno o varios de dichos requisitos, en todo caso ni la actividad es reglamentada por la Administración, ni los precios tienen el carácter de públicos, sino que son fijados por el juego del libre mercado), si bien, además, los servicios públicos tienen como presupuesto dar satisfacción a *necesidades colectivas*, mientras que el ejercicio de actividades económicas tiene que estar presidido por el *interés general en beneficio de sus habitantes*, siendo este concepto de menor intensidad que aquel, o dicho con otras palabras, que el interés general necesario para el ejercicio de actividades económicas es de menor gradación que el de los servicios públicos, de la misma manera que entre estos también existen gradaciones (servicios públicos innominados, nominados, mínimos obligatorios y en régimen de monopolio).

Undécima. Debido a la anterior confusión del legislador, en algunos artículos (art. 86.2 y art. 96 del TRLRBRL) permite que el ejercicio de actividades econó-



micas pueda realizarse en régimen de monopolio, cuando ello no puede ser así, pues, por definición, la habilitación para el ejercicio de actividades económicas por parte de las Administraciones Públicas, a que se refiere el inciso primero del número 2 del art. 128 CE, es en régimen de concurrencia con los particulares. Por tanto, entiendo que el libre ejercicio de actividades económicas por parte de los Entes locales nunca podrá hacerse en régimen de monopolio, ya que en este caso estaríamos en presencia de un auténtico servicio público.

Duodécima. El concepto de servicio público en la esfera local ha evolucionado en lo que se refiere a la concreta determinación de las necesidades sociales que fundamenta la institución, más que a aspectos esenciales o al núcleo de su concepto.

Decimotercera. El servicio público local en España no ha entrado en crisis, o al menos no ha sufrido las mismas convulsiones que los servicios públicos locales de otros países europeos, ni las experimentadas en España por los servicios públicos estatales o autonómicos; por ello, a diferencia de las restantes Administraciones territoriales no se han dado grandes movimientos privatizadores, entendida la privatización en su sentido material, bien es cierto que en la esfera local opera el límite legalmente indisponible de los servicios mínimos obligatorios, y que sí se ha observado una tendencia cada vez mayor a la prestación indirecta de los servicios (privatización formal), así como su prestación en forma asociada (mancomunidades, consorcios, sociedades anónimas de capital plurimunicipal); probablemente vaya por aquí el futuro de los servicios públicos locales sobre todo en los grandes núcleos de población.

## | **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

Art, artículo.

CE, Constitución Española.

LCAP, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

LOFAGE, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

LRL, Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955.

LRBRL, Ley Reguladora de Bases de Régimen Local.

RS, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

S, Sentencia.

STC, Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJCE, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

TC, Tribunal Constitucional.

TJCE, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TUE, Tratado de la Unión Europea.

TRLRBRL, Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes de Régimen Local.

TS, Tribunal Supremo.



## | BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA. VV.: “Derechos sociales y Constitución española”. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada, número 114, Enero-Marzo, 1999.
- Albi Cholbi, Fernando: “Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales”. Editorial Aguilar, 1961.
- Ariño Ortiz, Gaspar: “Economía y Estado”. Editorial Marcial Pons, 1993.
- Ariño Ortiz, Gaspar: “Principios de Derecho Público económico”. Editorial Comares, 1999.
- Bauzá Martorell, Felio J.: “La desadministración pública”. Editorial Marcial Pons, 2001.
- Bassols Coma, Martín: “Constitución y sistema económico”. Editorial Tecnos, 1985.
- Bermejo Vera, José: “Derecho Administrativo. Parte especial”. Editorial Civitas, 1994.
- Broseta Pont, Manuel: “Manual de Derecho Mercantil”. Editorial Tecnos, 1991.
- Castells Arteché, José Manuel: “La actual coyuntura de la Administración prestadora de servicios públicos” en “El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo”. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch, 2000.
- De la Serna Bilbao, M<sup>a</sup> Nieves: “La privatización en España”. Editorial Aranzadi, 1995.
- Díaz Lema, José Manuel: “Los monopolios locales”. Editorial Montecorvo, 1996.
- Díez-Picazo, Luís: “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”. Editorial Ariel, 1987.

- **Duguit, Léon:** “Soberanía y libertad”. Madrid, 1921.
- **Etxezarreta Villaluenga, Juan Carlos:** “La privatización en la Administración local”. Editorial Bayer Hnos., 1995.
- **Fernández González, Francisco Javier:** “La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman”. Editorial Civitas, 1995.
- **García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás:** “Curso de Derecho Administrativo”. Editorial Thomson Civitas, 2004.
- **Garrido Falla, Fernando:** “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto del servicio público”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 29, Abril-Junio 1981.
- **Garrido Falla, Fernando:** “¿Crisis de la noción de servicio público?” en “Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo”. Editorial Civitas, 2003.
- **Garrorena Morales, Ángel:** “El Estado español como Estado social y democrático de derecho”. Editorial Tecnos, 1984.
- **González-Varas Ibáñez, Santiago:** “El Derecho Administrativo privado”. Editorial Montecorvo, 1996.
- **Herreros López, Juan Manuel:** “Las transformaciones del servicio público”. Revista “La Actualidad Administrativa”, núm. 39/2003.
- **Iglesias Martín, Antonio:** “Autonomía municipal, descentralización política e integración europea de las entidades locales”. Editorial Ariel, 2002.
- **LLiset Borrell, Francisco, y López Pellicer, José Antonio:** “Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales”. Editorial El Consultor, 2002.
- **López Pellicer, José Antonio:** “El servicio público y la habilitación de actividades presenciales de interés general a particulares”, en “El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo”. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch, 2000.
- **Martín Mateo, Ramón:** “Administración local y Constitución”, en Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica, núm. 225, enero-marzo 1985.

- **Martín Rebollo, Luis:** “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”. Revista “Documentación Administrativa”, núm. 237-238. Enero-junio, 1994.
- **Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo:** “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general” en “Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo”. Editorial Civitas, 2003.
- **Ministerio de Administraciones Públicas:** “Libro blanco para la reforma del gobierno local”. Editorial Ministerio de Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica, 2005.
- **Parada Vázquez, Ramón:** “Derecho Administrativo”. Editorial Marcial Pons, 1993. Tomo I.
- **Parejo Alfonso, Luciano:** “La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios”, en “El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo”. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch, 2000.
- **Parra Muñoz, Juan Francisco:** “Reivindicación de la función política de los gobiernos locales”. Revista La Actualidad Administrativa, núm. 5, 27 enero-2 de febrero de 2003.
- **Parra Muñoz, Juan Francisco:** “A vueltas con la naturaleza jurídica del Consorcio”. Revista La Actualidad Administrativa, núm. 20, 14 enero-20 de mayo de 2001.
- **Real Ferrer, Gabriel:** “Las competencias de los entes locales en materia de deporte”. Tratado de Derecho Municipal. Editorial Civitas, 2003.
- **Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime:** “Derecho Administrativo y Constitución”. Editorial Cemci, 2000.
- **Rodríguez Palop, María Eugenia:** “La nueva generación de derechos”. Editorial Dykinson, 2002.
- **Sainz Moreno, Fernando y Herrero de Padura, Mercedes:** “Constitución Española. Trabajos parlamentarios”. Editorial Cortes Generales, 1989.
- **Segura Sánchez, Julio:** “La industria española y la competitividad”. Editorial Espasa-Calpe, 1992.
- **Sosa Wagner, Francisco:** “La gestión de los servicios públicos locales”. Editorial Civitas, 1992.
- **Villar Rojas, Francisco José:** “Privatización de servicios públicos”. Editorial Tecnos, 1993.







