

COMENTARIS I NOTES

LES ACTIVITATS I ELS SERVEIS DELS ENS LOCALS EN L'ACTUAL ORDENAMENT (NOTES SOBRE EL REIAL DECRET LEGISLATIU 781/1986, DE 18 D'ABRIL)

Jaume Sànchez i Isac

Cap del Servei de Règim local de la Generalitat de Catalunya

Introducció

El moment —gairebé diríem estat— del nostre Dret local comporta, a causa del seu desenvolupament sistemàtic i temporal, una extrema provisionalitat en qualsevol de les seves línies generals.

El R. D. Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local (en endavant TRRL), publicat als *BOE* dels dies 22 i 23 d'abril de 1986, ha servit, teòricament, per adequar els preceptes no derogats de la legislació anterior «amb els aclariments i harmonitzacions procedents», amb motiu de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases de Règim Local. És ben coneguda la problemàtica que aquest R. D. 781/1986 presenta en molts dels seus aspectes concrets. Sigui quin sigui el resultat final d'aquest text, el fet és que el seu estudi suposa un apropament a la nostra realitat administrativa des de la perspectiva d'una disposició que té pretensions de gran amplitud i comprensió. La situació de Catalunya —amb el seu règim local a punt d'aparèixer en un futur proper— presenta, així mateix, una acusada singularitat en el panorama estatal d'Espanya.

Malgrat això, hem cregut que unes notes sobre els articles del R. D. 781/1986 referents a les activitats i els serveis dels ens locals podien ser útils i interessants. Aquest és un camp d'una especial incidència en l'esfera privada i, alhora, d'una indubtable transcendència en allò que es pot definir com a dinamisme conformador d'un sistema jurídic-administratiu; per tot plegat és mereixedor, sens dubte, d'un primer assaig d'interpretació, sens perjudici de les modificacions que exigirà la successió de normes locals que, en aquests darrers anys, ha estat constant i que, per tant, és de preveure que serà la característica del nostre futur més immediat.

1. La intervenció de les Corporacions locals en l'activitat dels ciutadans: el sistema del Reglament de Serveis. La seva recepció en el Dret vigent

El Reglament de Serveis de les Corporacions locals, aprovat per Decret de 17 de juny de 1955, establí un conjunt força ampli de principis en el camp de l'intervencionisme municipal, sobretot tenint en compte el rang jurídic que té.

Amb caràcter general es pot dir que en el Títol primer, dedicat a la matèria que ens ocupa, s'exposaven totes les directrius que la doctrina i la jurisprudència havien anat definint i revelant, en els darrers anys, amb un paral·lelisme evident amb d'altres Drets continentals.

Així, doncs, podem destacar com a supòsits d'intervenció els casos següents:

1. L'activitat de policia definida en els termes ben tradicionals de «*perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadana*» (art. 1.1 del RS).
2. La garantia de l'abast en els articles de consum de primera necessitat.
3. L'urbanisme (compliment de plans d'ordenació aprovats).
4. La utilització especial o privativa de béns de domini públic, amb serveis de particulars destinats al públic.

L'exposició, *in nuce*, comprèn activitats que han resultat d'un frondós desenvolupament legislatiu, com ara l'urbanisme, que s'ha erigit en una especialitat jurídic-autònoma.

En el desenvolupament d'aquesta matèria, íntimament relacionada amb els drets individuals, el Reglament estableix una sèrie de principis que es poden definir com a tradicionals:

- a) El principi d'igualtat davant la llei (art. 2).
- b) La concurrència de motius que fonamentin la intervenció (art. 4).
- c) La congruència de motius i fins i tot l'elecció de l'acte d'intervenció menys restrictiu de la llibertat individual (art. 6).

El Reglament de Serveis va regular, també, tota la disciplina de les llicències, amb caràcter general (art. 9 i ss.), en termes de rigorosa actualitat i que han estat recollits, per remissió, en la legislació urbanística posterior.

El Reglament de Serveis regula de manera fonamental la matèria de policia i amb un clar sentit del principi de proporcionalitat i de la necessària teleologia de l'acte administratiu. En molts aspectes concrets això ha estat recollit per la Constitució (art. 103.1).

No és d'estranyar, doncs, que la Llei 7/1985 hagi recollit, a l'article 84, dues qüestions que resulten pacífiques:

- a) Els mitjans d'intervenció:
 1. Ordenances i bans.
 2. Submissió prèvia a llicència i d'altres actes de control preventiu.
 3. Ordres individuals constitutives de manament per a l'execució o prohibició d'un acte.

b) Els principis fonamentals de l'activitat d'intervenció: Igualtat de tracte, congruència amb els motius i fins justificatius i respecte a la llibertat individual.

A l'article 84 de la Llei 7/1985, trobem una regulació paral·lela pel que fa a l'enumeració dels mitjans d'intervenció. Cal fer palesa, en aquesta relació, l'absència del terme Reglament.

«Si contemplem el contingut de l'article 84 de la Llei de Bases i el comparem amb els articles 108 de la LRL, text articulat i refós de 24 de juny, i els articles 5 i 6 del Reglament de Serveis, veiem que no hi ha una referència concreta als Reglaments com a mitjà d'intervenció de les Corporacions Locals en l'activitat dels ciutadans i cita únicament les ordenances, bans, llicències i ordres individuals. Això no és obstacle perquè, en relació amb la potestat reglamentària local, a l'article 5 de la Llei de Bases s'utilitzi la denominació de Reglaments Orgànics i la d'Ordenances en els restants casos. També a l'article 22 es parla, d'una banda, de Reglaments Orgànics i, de l'altra, d'Ordenances en tractar les atribucions del Ple.»¹

Al nostre parer, Reglament i Ordenança es fan servir com a sinònims en el text de la Llei; cal dir que amb aquesta interpretació hi està d'acord una estesa línia d'opinió en la pràctica administrativa.

Al TRRL no es fa cap referència als mitjans d'intervenció (arts. 88-110), per la qual cosa es posposa la qüestió al Reglament de Serveis que s'haurà de promulgar i, fins aquell moment, al vigent.

Es pot arribar a la conclusió, doncs, que les idees essencials sobre l'activitat d'intervenció administrativa tenen encara avui plena vigència, atès que els principis generals a què s'ha arribat en l'evolució jurisprudencial de la qüestió no han variat fonamentalment. Tanmateix, es pot plantejar un dubte raonable sobre el fet si aquesta continuïtat normativa es pot considerar lògica, a causa de la profunda modificació social i el creixent intervencionisme —real, efectiu— de l'Administració. La doctrina, la premsa, els pensadors i el gran públic, de manera progressiva i creixent, es preocupen per la intensificació, segons que sembla inevitable, de l'intervencionisme de les Administracions en general. Les grans qüestions que apassionen l'opinió pública són l'ús de la informàtica i el dret a la intimitat, la protecció de la naturalesa, la tecnificació i la deshumanització de la tasca administrativa, la llibertat real dels homes en múltiples camps de la seva vida com l'activitat laboral, la seguretat social, la pressió fiscal, l'assistència mèdica. Certament, l'Administració local sembla menys propensa a excessos en la intervenció sobre les activitats dels particulars. En la pràctica, però, també s'han intensificat i multiplicat el conjunt de potestats de policia dels ens locals.

Més que el comentari del Dret vigent —poc i sense variació—, hauríem de meditar sobre el Dret de *lege ferenda*, per tal de trobar aquest desideràtum que mai no assolirem i que cada vegada sembla més llunyà: embridat el poder públic, en totes les seves formes, per superar aquesta oposició, que sembla intrínseca, entre llibertat i aparell administratiu, a desgrat de les pomposes afirmacions doctrinals sobre l'auto-limitació de l'Estat, en la seva voluntat legal. La dialèctica entre poder i llibertat, a cavall de l'igualitarisme i la massificació i de la competitivitat com a divisa general de vida, s'hauria de vèncer en una síntesi en què trobéssim aquest imperatiu de viure en una llibertat mínima però real, indiscutible i indiscutida.

Tot i que no s'observi en les normes, el fet cert és que en el nostre medi social aquesta disminució de llibertats és sentida, acusada i patent.

Potser la dificultat és medial i tècnica, en el sentit de poder traslladar i solucionar aquesta oposició de seguretat i llibertat en una norma que respecti sense coartar i

1. «Llei 7/1985, Reguladora de les Bases del Règim Local i comentaris als seus preceptes». 2a. ed., amb anotacions, Direcció General d'Administració Local, Barcelona, juny de 1985, p. 73.

que serveixi a la convivència sense engavanyar. Una aspiració, evidentment, que s'inscriu en la literatura utòpica de la nostra tradició publicística més rànica.

En el nostre Dret local d'avui, malgrat les contundents afirmacions sobre l'autonomia local, és cert que el sistema de la Llei 7/1985 (que es podria resumir dient que «la Llei de Règim Local i els seus Reglaments no contenen tot el Dret local, que s'ha de complementar amb les restants lleis i disposicions sectorials») ens planteja un gran nombre de problemes en múltiples camps del Dret administratiu especial, com són ara, entre molts altres, el règim d'espectacles, l'assistència social, les activitats molestes..., tots ells sempre en relació amb la delimitació real de les prestacions de policia municipal en un camp concret que s'han de compartir, en la realitat, amb d'altres Administracions. La fragmentació de les lleis sectorials, les definicions sobre la salvaguarda dels interessos predominants de cada ens administratiu, ens situen davant una difícil articulació de competències, aguditzades, a més a més, per la tendència de cada òrgan a afirmar la seva existència i operativitat. Tot això, en matèria de policia i des del punt de vista de l'administrat, comporta un risc clar i la necessitat que, a nivell bàsic, es defineixin d'una manera més omnicomprendiva els grans eixos de l'activitat de policia local defugint, però, les objietats i els llocs comuns.

2. Els serveis públics locals i les seves formes de gestió: situació present

La matèria de les formes de gestió dels serveis locals ha estat àmpliament regulada, i amb un aire renovador, en el nou sistema.

L'article 85 de la Llei 7/1985, després de definir en el paràgraf primer els serveis públics com tots aquells que «*tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales*», reestructura les formes de gestió tant directa com indirecta:

«2. *Los Servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa e indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.*

»3. *La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:*

a) *Gestión por la propia Entidad local.*

b) *Organismo Autónomo local.*

c) *Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local.*

»4. *La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas:*

a) *Concesión.*

b) *Gestión interesada.*

c) *Concierto.*

d) *Arrendamiento.*

e) *Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local.»*

Les notes més destacables d'aquesta regulació eren:²

2. «Llei 7/1985...». *op. cit.*, p. 74.

a) En el supòsit de gestió per part de la mateixa entitat no es feia distinció si el servei era gestionat per un òrgan especial d'administració o no, distinció a la qual es referien l'article 158 de la LRL i l'article 67.1.a) del RS.

b) Se substitueixen les denominacions de Fundació Pública per Organisme Autònom Local; Societat Privada per Societat Mercantil amb capital que pertanyi íntegrament a l'entitat local en la gestió directa; i Societat Mixta per Societat Mercantil «cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local».

c) S'incorpora com a nova forma de gestió la cooperativa legalment constituïda.

d) S'incorpora com a nova forma de gestió indirecta la gestió interessada.³

En el TRRL trobem les innovacions següents:

1. *Sobre classificació de formes de gestió*: Es ratifica el sistema de classificació tradicional (art. 95).⁴
2. *L'arrendament*: L'arrendament (art. 95.2 del TRRL) es defineix en termes molt concordants amb els de l'article 138 del RS («servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación, o que sean propiedad de ésta», en el primer text legal, i «las instalaciones de su pertenencia», en el segon).
3. *La gestió directa mitjançant organització especialitzada*: S'introdueix la gestió directa mitjançant un òrgan especial d'administració (art. 67.1.b) del RS) que rep el nom de «gestió directa mitjançant una organització especialitzada».

Així, a l'article 101 del TRRL s'afirma:

«1.— Cuando la gestión directa de los servicios se realice mediante una organización especializada, habrá de constituirse un Consejo de Administración que será presidido por un miembro de la Corporación. 2.— A propuesta de dicho Consejo el Alcalde o Presidente designará el Presidente.»

No hi ha diferències fonamentals, ja que es manté l'estructura del Consell d'Administració (arts. 71 i 72 del RS), una individualització pressupostària⁵ dins del pressupost únic de la Corporació, i es va, per tant, cap a les línies generals dels articles 76-84; la definició concreta d'aquesta forma de gestió queda, en conseqüència, per al nou Reglament de Serveis.

3. Vegeu el nostre treball «La gestió interessada en la Administración Local. Estudios prácticos sobre contratación local», Civitas, 1982.

4. L'article 95 diu: «1. Los servicios públicos, 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. 2. Sólo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación, o que sean propiedad de ésta.»

5. L'article 102 del TRRL diu: «1.— La organización especializada tendrá dentro del Presupuesto único previsto en el artículo 112 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, sección presupuestaria propia, constituida por las partidas consignadas a tal fin y nutridas por el producto de la prestación y por las subvenciones o auxilios que se recibiesen. II.— Los servicios prestados mediante una organización especial llevarán, con independencia de la contabilidad general de la Entidad local, una contabilidad especial, debiendo publicarse los balances y las liquidaciones. III.— La liquidación o compensación de las pérdidas se harán en la forma prevista en el acuerdo de establecimiento. Con cargo a las ganancias se constituirán fondos de reserva en la cuantía que establezcan las Ordenanzas».

De moment, però, podem destacar els punts següents:

a) El TRRL no assenyala el nombre de membres del Consell d'Administració, mentre que sí que ho feia l'article 73 del RS.

b) El gerent també és designat per la Presidència (arts. 101.2 del TRRL i 74.1 del RS).

c) El TRRL no determina les competències del Consell d'Administració i del gerent, per la qual cosa, en principi, semblen aplicables els articles 72 i 75 del RS.

d) En l'estat d'ingressos de la secció pressupostària pròpia de l'organització especialitzada no es preveuen les quantitats expressament consignades per a aquest fi en el pressupost únic de la Corporació, tot i que no es veu que hi pugui haver cap mena d'inconvenient jurídic perquè això sigui així (art. 77.c) del RS).

e) El fons de reserva es preveu molt sumàriament (art. 103.3 del TRRL); l'establiment de la seva quantia es difereix a les ordenances.

3. La iniciativa per a l'exercici d'activitats econòmiques

3.1. *L'article 128.2 de la Constitució com a element habilitador en la matèria*

L'article 128.2 de la Constitució afirma:

«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 público.»

La doctrina ha vist en aquest article, juntament amb els restants sobre matèria econòmica (arts. 38 i 33), una configuració especial de l'economia pública: «Tot això determina que, per al compliment dels dictats constitucionals, els poders públics hagin d'assumir un protagonisme destacat en el terreny de l'activitat econòmica». Aquesta configuració del paper econòmic de l'Estat no és, d'altra banda, un tret característic exclusivament de l'economia espanyola, ja que, com afirma García Pelayo: «Podem considerar l'Estat del nostre temps com un gegantí sistema de distribució i redistribució del producte social l'actualització del qual afecta la totalitat de l'economia nacional, les polítiques de qualsevol espècie i els interessos de totes les categories i estrats socials».⁶

El precepte, per tant, ens entronca la matèria amb un camp més ampli i ambiciós: la iniciativa pública, entesa fonamentalment com l'Estat, per bé que, evidentment, pot reduir-se al concepte d'Administració pública com a subjecte de Dret públic.

El precepte mereix un estudi matisat, atès que, precisament, és el que fonamentalment constitueix l'activitat dels ens locals en el camp econòmic.

El professor Garrido Falla, comentant l'expressió de l'article 128.2 «*se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica*», es demana:

6. LUIS MARIA CAZORLA PRIETO, «Comentaris a la Constitució», *Civitas*, 1980, 1^a ed., p. 1347.

«Què s'amaga darrera d'aquesta expressió? Constitueix una incongruència constitucional la coexistència dels dos preceptes constitucionals?»⁷

El mateix professor Garrido afirma:

«La iniciativa pública suposa, doncs, el reconeixement constitucional de la possibilitat de *nacionalitzar* —és a dir, de transferir del sector privat al sector públic— activitats econòmiques...»⁸

Entre les característiques del nostre sistema constitucional podem destacar les següents:⁹

«a) El principi de lliure empresa és aplicable a la creació per part dels particulars d'establiments que suposen prestació de béns i serveis al públic, llevat dels casos relacionats amb aquells recursos o activitats reservats al sector públic per la Constitució o per llei dictada d'acord amb l'article 128.2.

»b) Viceversa, la iniciativa pública permet la creació *ex novo* d'empreses i establiments públics en concurrència amb els privats i sotmesos al seu mateix règim jurídic. El naixement requereix una causa d'interès públic, que sembla implícita en els establiments assistencials, però no en els merament econòmics.»

Quina traducció es pot fer de l'anterior text al règim local vigent? Quina modificació fonamental ha irrogat la nova legislació?

L'article 86.1 i 2 de la Llei 7/1985¹⁰ estableix un ample ventall de possibilitats d'exercici d'activitats econòmiques, per a tota mena d'ens locals, sempre que l'ús d'aquestes activitats sigui econòmicament acceptable. La llei no perjudica el judici de la Corporació referent a això. Exigeix, senzillament, que s'acrediti la «*conveniència i oportunitat*» de la iniciativa. Aquí també s'estableixen uns amplíssims conceptes jurídics indeterminats que s'abstenen sobre els principis de llibertat d'empresa i de subsidiarietat, i que permeten sens dubte als ens locals de resoldre la qüestió segons les seves especials circumstàncies, la teleologia dels seus acords i, òbviament, la ideologia política que s'amaga en aquestes qüestions fonamentals sobre estructura econòmica i la incidència que hi té l'activitat local. El tema ens condueix a l'anomenat, a França, «socialisme municipal», que haurem d'estudiar en relació amb l'expedient de municipalització.

El fet cert, i això és molt important, és que els ens locals tenen una considerable potestat discrecional per iniciar i desenvolupar una activitat mercantil i industrial.

Com es pot conjuminar i equilibrar aquesta potestat discrecional amb el principi de llibertat d'empresa dels particulars, consagrat a l'article 38 de la Constitució?

7. *El modelo económico en la Constitución española*. Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 64.

8. «Però la lectura de la resta de l'article 128.2 estableix determinades condicions: a) Abans que res, que es faci mitjançant Llei. b) A més, que afecti un tipus de béns o riquesa («recursos») o activitats («serveis») que tinguin caràcter d'«essencials» (concepte indeterminat que posa evidentment moltes facultats d'apreciació discrecional en mans del Parlament i algunes en mans del Tribunal Constitucional en cas de recurs d'inconstitucionalitat). c) En fi, la nacionalització es fa globalment de l'activitat o dels recursos (per exemple la banca, les assegurances, els hidrocarburs o la producció hüllera), no d'una empresa concreta. Ja que si fos necessari adquirir aquesta per raons d'utilitat pública, n'hi hauria prou d'aplicar el procediment de l'expropiació forçosa». GARRIDO FALLA, *loc. cit.*

9. GARRIDO FALLA, *loc. cit.*, p. 73.

10. L'article 86.1 diu: «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.»

No sembla que el principi de subsidiarietat hagi estat recollit en el règim local vigent, almenys tenint en compte els principis positius exposats. L'Administració —qualsevol Administració, dins de les seves competències— pot competir amb els particulars en un marc de lliure concurrència. Això sembla evident en una interpretació harmònica i ponderada del Dret vigent. Evidentment, una actuació així s'haurà de basar, en tot cas, en un «interès general prevalent», en una «utilitat pública» especial, com exigeix el professor Gaspar Ariño¹¹ amb caràcter general. Ara bé, el concepte constitucional d'Administració ja comporta aquest interès general, com un *prius* de totes les actuacions administratives en qualsevol camp i molt més si es tracta d'activitats mercantils i industrials, on efectivament es dona aquesta paradoxa dels articles 38 i 128.2, aquesta ambivalència de dos principis fonamentals, la lliure empresa i la iniciativa pública, que pot donar peu a qualsevol solució pràctica, híbrida i complexa.

3.2. *Formes de l'exercici de l'activitat econòmica: règim de lliure concurrència i règim de monopoli. La reserva de serveis essencials en favor de les entitats locals*

Hem vist que l'aspecte més controvertit de l'activitat econòmica dels ens locals és el règim de monopoli, per tal com s'oposa a l'economia de mercat, sistema històric de la societat espanyola, amb totes les matisacions que es vulguin formular, llevat de períodes molt concrets, sempre de caràcter anecdòtic i sense tradició real.

En el sistema de la Llei de Règim Local, text refós de 24 de juny de 1955, s'arribava a aquest monopoli mitjançant la figura de la municipalització o provincialització, segons que es tractés de municipis o de províncies.

El procediment era extremadament prolix i formal. La doctrina va criticar, en els darrers anys, la correlació que hi havia entre municipalització (amb monopoli o sense) i formes diferents i concretes de gestió dels serveis públics locals. Així, en la pràctica administrativa, per exemple, no es podia recórrer a la Societat Privada Municipal o Provincial o a la Societat Mixta sense procedir, en primer lloc, a la corresponent municipalització,¹² que era vista dins de la gestió directa amb caràcter general. La conseqüència final era que el concepte i l'expedient de la municipalització havien perdut el seu sentit etimològic d'assumpció d'una activitat privada, de naturalesa mercantil o industrial, per part de l'ens local, donat que eren simplement la metodologia procedimental per portar a la pràctica alguna de les formes de gestió que hem indicat. La Llei 7/1985, sembla que havia superat aquest estat de coses, substituint la figura de la municipalització per l'exercici de la iniciativa pública, d'acord amb la terminologia i la sistemàtica de l'article 128.2 de la Constitució que hem estudiat. Això no obstant, la mateixa Llei 7/1985, en regular el quòrum de l'article 47.3.f), es refereix encara a la «*Municipalización o Provincialización de actividades en régimen de monopolio y aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente*».

L'article 86 de la Llei 7/1985 no exigia cap altre requisit procedimental que l'expedient justificatiu de l'oportunitat i conveniència, i no es referia a cap altra mena

11. *La empresa pública. El modelo económico en la Constitución española*, tom II, p. 95.

12. Així, a l'article 102 del Reglament de Serveis de 1955 s'afirma: «*En las Empresas Mixtas, los capitales de las Corporaciones Locales y de los particulares o de aquellos entre sí, se aportarán en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización*».

de formalitat. Així, no parla d'exposició pública de l'expedient, que era un tràmit previst concretament a l'article 63 del Reglament de Serveis.

L'absència d'una norma concreta sobre els efectes derogatoris reals de la Disposició derogatòria única, paràgraf c), de la Llei 7/1985 derobuí a crear la impressió que la «municipalització» i la «provincialització» havien desaparegut com a sistemes concrets d'assumpció de serveis per part dels ens locals.

D'altra banda, l'article 86.3 de la mateixa Llei 7/1985 fa una definició contundent i solemne.¹³

Sembla que aquesta *reserva legal* i específica d'un *numerus clausus* de serveis, a la qual es pot afegir, segons el mateix text legal, una sèrie indeterminada d'activitats, permetia, en l'àmbit de l'Estat i de les Comunitats Autònomes, potenciar aquest nou mecanisme que s'ha de veure en el marc de l'article 128.2 de la Constitució, després d'haver-se complimentat l'habilitació legal exigida constitucionalment perquè la *publicatio* d'un camp econòmic concret tingués prou base perquè un ens local pogués emprendre una actuació. És important de destacar que l'execució efectiva d'aquestes activitats en règim de monopoli requereix l'aprovació de l'Òrgan de Govern de la Comunitat Autònoma (art. 86.3).

En definitiva, la Llei 7/1985 preveu un procediment de declaració de l'ens local i una aprovació de tutela concreta. El nus del problema resideix en la funcionalitat que la llei ha de tenir en matèria de reserva per a ens locals. En comentar l'expressió «mitjançant llei», Luis M. Cazorla Prieto¹⁴ entén que «aquesta expressió garantia que la reserva al tercer sector públic s'hagués de realitzar sempre a través d'una llei formal que així ho autoritzés. (...) Tanmateix, no totes les reserves al sector públic de recursos i serveis essencials han de ser grans nacionalitzacions; així, en el cas de les provincialitzacions o municipalitzacions de serveis de tanta tradició jurídic-local ¿és que també s'exigirà una llei formal per provincialitzar o municipalitzar un servei essencial per a aquestes comunitats, modesta manifestació de reserva al sector públic? És evident que no, ja que fer el contrari seria reduir a l'absurd la norma i condemnar aquestes formes de reserva de serveis o recursos essencials en aquests camps a la inexistència».¹⁵

La conclusió que es desprèn del desenvolupament de la qüestió és que la referència i reconducció de la municipalització al concepte de «reserva» i a l'amplíssim marc de l'article 128.2 de la Constitució implica una magnificació del tema, ens porta a una excessiva generalització de la qüestió atès que, com es pot comprovar en el desenvolupament procedimental, el R.D. 781/1986 ha suposat una revisió tradicionalista dels conceptes. Només s'ha produït una simple superació i un remodelatge de la institució de la municipalització, obsoleta en força punts.

13. «Se declara la reserva en 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 gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.»

14. «Comentarios a la Constitución», Civitas, 1980, p. 1351.

15. «En aquests casos, perquè entre altres coses en el debat constitucional no es va contemplar, cal interpretar l'expressió «mitjançant llei» d'una manera flexible, és a dir, com a manifestació que aquestes reserves s'hauran de fer en el marc d'una llei formal que especifiqui quins requisits són necessaris, però sense que en cada cas calgui una llei formal a l'efecte.» L. M. CAZORLA PRIETO, *loc. cit.*

3.3. *Estudi del procediment per a l'exercici d'activitats econòmiques: l'article 97 del TRRL i la seva pràctica problemàtica. L'expropiació de concessions i empreses*

3.3.1. L'exercici d'activitats econòmiques

A l'article 97 del R.D. 781/1986 es parla d'un expedient que es qualifica de necessari per a l'exercici d'activitats econòmiques per part de les entitats locals. En realitat, com hem dit, ens trobem en la línia procedimental de la «municipalització», expedient que estava regulat als articles 56 i següents del Reglament de Serveis. Fent un simple paral·lelisme dels procediments administratius en tots dos textos normatius, podem establir les observacions fonamentals següents sobre les innovacions que el TRRL ha comportat:

a) La Comissió Especial que actuarà en el procediment es designa en el si de la mateixa Corporació, ja que indica només que aquesta Comissió d'Estudi estarà «*compuesta por miembros de la misma y por personal técnico*». Als articles 56 i 57 del Reglament de Serveis s'anava a una estructura complexa on hi havia representats elements externs de l'ens local, com eren un advocat de l'Estat, un o més metges, representants dels usuaris, tots ells designats per diferents òrgans i entitats. Amb aquesta modificació s'ha plantejat la qüestió d'una manera molt més realista.

b) La memòria és redactada per la Comissió i ha de girar entorn dels aspectes social, jurídic, tècnic i financer, és a dir, ha d'estudiar aquells aspectes essencials per a la iniciació de l'activitat econòmica.

La memòria ha de concloure en una doble determinació:

- La forma de gestió entre les previstes per la llei.
- Els casos en què ha de cessar la prestació de l'activitat.

Igualment, acompanyarà la memòria un projecte de preus del servei. En aquest projecte es tindrà en compte la filosofia del TRRL: «*Es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de su presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.*»

D'aquesta manera es planteja la primera qüestió fonamental: la Llei 7/1985 i el seu desplegament en el TRRL ¿ens dibuixen una activitat econòmica subsidiària o potencialment competitiva amb l'empresa privada, en el nivell que els articles 38 i 128.2 de la Constitució han establert?

Entenem que la normativa vigent de règim local estableix un camp de discrecionalitat autoorganitzativa, ja que l'activitat econòmica, en general, només ha de ser definida per a un ús legítim d'aquesta d'acord amb la «*conveniencia y oportunidad*» de què ens parla l'article 86.1 de la Llei 7/1985.

L'existència d'aquesta base d'actuació concedeix una gran llibertat de planejament econòmic als ens locals; aquí ens remetem a les consideracions que l'article 128.2 de la Constitució ens ha suggerit.

La resolució concreta de les activitats que es podran i s'hauran d'exercir, l'adoptarà cada Corporació en el context concret dels seus mitjans i dels seus programes polítics. La postura predominant en el TRRL, per tant, és l'activitat econòmica directa, sense subjecció a una necessària subsidiarietat, coincidint amb la postura doctrinal

més corrent. Això ens porta de nou al tema del «socialisme municipal», típic del Dret municipal francès i d'indubtable interès per al nostre tema, amb la qual cosa queda justificada l'atenció que hi prestem.

La doctrina francesa clàssica afirma que «si ens referim als exclusius textos originals, la intervenció econòmica de les col·lectivitats locals sembla excloua, i la seva interpretació ens porta a entendre que convé deixar a les societats privades la funció d'assegurar el conjunt de serveis mercantils», en expressió de Jean-François Auby.¹⁶ És a dir, hi ha una clara inclinació envers l'empresa privada, en lògica correlació amb les premisses de l'època. La jurisprudència del Consell d'Estat, des de la seva resolució «Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers», de 30 de maig de 1930,¹⁷ determinà dos criteris justificatius del «socialisme municipal».

- «Existència de circumstàncies particulars de temps i de lloc». Això s'ha d'entendre com l'absència de satisfacció d'una necessitat d'interès general, la qual cosa es designa sovint amb el concepte de «mancaça d'iniciativa privada».
- «Existència d'un interès públic».¹⁸ El fet cert és que la mateixa imprecisió dels condicionants exposats ha comportat que a França s'hagi produït una evolució, en sentit innovador, en el camp de l'activitat mercantil i industrial dels ens locals.

Passant a un terreny estrictament històric, el 1981 es produí, com ha estudiat Roland Debbach,¹⁹ un rejuveniment d'aquesta idea vella del «socialisme municipal», amb l'ascensió al poder de l'esquerra, a partir de les raons següents:

«La intervenció econòmica local aparegué com el desenvolupament d'una evolució necessària de l'economia liberal.» La proximitat dels ens locals a la realitat econòmica, l'atur, els penosos resultats en els medis locals del tancament de moltes empreses, van justificar la «voluntat de ruptura amb el quadre jurídic anterior, profundament marcat per la llibertat de comerç i indústria».

És evident que aquesta situació, almenys en les seves línies generals, ens apropa a la situació espanyola creada a partir de 1980 en molts punts.

Els riscos d'aquesta activitat econòmica local són clars, tant en el cas francès com en l'espanyol:

a) El risc econòmic i financer.²⁰ L'activitat econòmica local no es pot oposar a les directrius i als grans plans econòmics de l'Estat.²¹

16. *Les services publiques locaux*. Presses Universitaires de France, dins la col·lecció «Que sais-je?», París, 1982, 1a. ed., p. 11.

17. Rec. 583. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. M. LONG, P. WEIL i G. BRAIBANT, 5a. ed., Sirey, 1969, p. 194.

18. Auby, *loc. cit.*, p. 12.

19. *L'intervention économique des collectivités locales après les lois de décentralisation*. RDP, 1986-2, p. 497.

20. *L'intervention économique des collectivités...*, p. 534.

21. En el *Plan Intérimaire 1982-1983* s'indica que cal evitar que «les polítiques locals entrin en contradicció amb la política nacional». Precisa els objectius de les normes sobre ordenació del territori en el sentit de facilitar el desenvolupament de les iniciatives i possibilitats locals, obrar en favor del manteniment de l'ocupació laboral, coordinar la creació, l'extensió i la gestió dels equipaments d'interès general i limitar la concurrència entre col·lectivitats territorials. En les lleis de descentralització franceses és evident la preocupació per la coordinació dels objectius de l'Estat i la Regió i dels ens locals.

b) «Existeix un altre risc sens dubte més seriós. És el de desviar les finances locals de la seva finalitat tradicional, consistent, en principi, a crear i gestionar els equipaments col·lectius. Aquesta mutació podria provocar un creixement considerable de les despeses. És lògic pensar que la limitació financera, per ella mateixa, determinarà la divisió adequada entre allò que correspon a l'Estat i allò que és propi de l'àmbit local. Tanmateix, cal constatar que generalment no es produeix aquesta divisió de funcions, com saben prou bé els hisendistes. Certament, les entitats locals no disposen de prou mitjans. Els pressupostos resulten limitats, després de molts anys, per un conjunt de rigideses. Això, però, no evita intervencions excessives.» «Els ens locals es troben, així, davant una difícil elecció, gairebé un dilema: la diversificació del seu camp d'acció és desitjable però suposa el risc d'abocar-los, o bé a no tenir prou cura de la seva funció primària, o bé a assumir riscos financers considerables.»

L'esquema de la problemàtica, en el seu aspecte panoràmic, respon exactament al nostre present.

En conclusió, hi ha múltiples raons que poden avalar la intervenció dels ens locals en el camp mercantil i industrial, atesos els amples marges que concedeix la legislació vigent. Ara bé, fins a quin punt aquesta activitat municipal es pot considerar idònia i recomanable en un cas concret?

Com hem vist, els riscos (desviació dels recursos econòmics corresponents a competències netament locals i assumptió de riscos financers excessius) són evidents i cal sospesar-los amb força cura. Entenem que no es poden generalitzar en aquesta matèria, donada la prolixa casuística que podem trobar en la pràctica local, per bé que cal recomanar, en tot cas, la major prudència i circumspècció possibles atesa la indubtable dificultat econòmica que una iniciativa d'aquesta naturalesa pot suposar per a un ens local.

Però tornem a l'expedient de l'article 97, que és motiu concret d'estudi:
Els tràmits procedimentals, en general, són:

1. Exposició pública de la Memòria, després que hagi estat presa en consideració per la Corporació.

No es parla d'una aprovació inicial sinó tan sols d'una «presa en consideració», vista com un tràmit concret de coneixement general de la iniciativa econòmica de què es tracti.

2. L'exposició pública de la Memòria tindrà lloc en un termini no inferior a trenta dies naturals, durant els quals podran formular observacions els particulars i les entitats.

Lògicament, l'exposició pública pot ser superior als trenta dies naturals en la meitat d'aquest temps; així, doncs, el temps d'exposició pot arribar fins a quarantacinc dies naturals. No s'indica en quins mitjans de comunicació social s'haurà de realitzar aquesta exposició. A l'article 83 del RS s'exigia el BOE i el BOP, que en principi semblen igualment exigibles.

3. Aprovació del projecte en el ple de l'entitat local.

És molt clar que no és possible cap altra aprovació municipal, en sentit estricte, que la prevista a l'article 97.1.d) del TRRL. En el sistema anterior, Fernando Albi²² distingia l'«acord inicial» (art. 168.a) de la LRL, text refós de 24 de juny de 1955), el «segon acord preparatori» (equivalent a la presa en consideració, ja estudiada), i l'«acord final», pel que es refereix a la Corporació. En tot cas, s'exigia posteriorment una aprovació tutelar, que variava segons la classe de municipalització de què es tractés. En el règim vigent, l'article 86 de la Llei 7/1985 es limita a insistir en el caràcter definitiu de l'aprovació municipal, llevat del cas que es tracti de l'«efectiva execució» d'aquestes activitats en règim de monopoli, ja que en aquest cas es requereix l'aprovació de l'Òrgan de Govern de la Comunitat Autònoma (art. 86.3 *in fine*).

El quòrum d'aprovació requerit en el ple de l'Ajuntament, en casos de monopoli, serà la majoria absoluta del nombre legal de membres (art. 47.3.f) de la Llei 7/1985).

Cal destacar que en l'esmentat article 47.3.f) s'utilitza de nou l'expressió «municipalització o provincialització d'activitats en règim de monopoli», la qual cosa ens situa davant d'una continuïtat del procediment de «municipalització», malgrat que la filosofia de la Llei 7/1985, com hem estudiat, gira entorn de la iniciativa pública i de la reserva d'activitats o serveis essencials. En el TRRL veiem, efectivament, com es renova l'esquema procedimental del Reglament de Serveis amb l'adaptació a la major flexibilitat i el major informalisme que l'evolució del Dret local ha comportat.

4. Aprovació per part de l'òrgan competent de la Comunitat Autònoma, en el cas de monopoli.

En els articles 86.3 de la Llei 7/85 i 97.2 del TRRL s'utilitza l'expressió «aprovació», sense més especificacions, la qual cosa ens situa davant un acte de tutela concreta i clara.

En quin cas és preceptiu el dictamen del Consell d'Estat o de l'«òrgan consultiu superior del Consell de Govern de la Comunitat Autònoma que en tingui»?

Si consultem la legislació pròpia del Consell d'Estat, comprovem que en la Resolució de 3 de març de 1982 (BOE núm. 65, de 17 de març) es preveu la intervenció consultiva del Consell d'Estat en relació amb els articles 166.3 de la LRL, text de 1955, i 64 del RS. És a dir, la municipalització amb monopoli exigeix, preceptivament, el dictamen del Consell d'Estat. En el moment present sembla prudent continuar amb aquest tràmit, encara que l'article 97.2 *in fine* del TRRL utilitza una expressió condicional: «*Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado, o del órgano consultivo superior del Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo en evacuar la consulta.*»

Del règim procedimental descrit destaca la fixació d'un termini de tres mesos, en el qual el Consell de Govern de la Comunitat Autònoma haurà de resoldre sobre la seva aprovació.

El termini queda interromput pel temps invertit a evacuar la consulta, amb la

22. *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*. Aguilar, 1960, p. 249.

qual cosa, en aplicació de l'article 95 de la LPA, ens trobem, en el cas de transcurs d'aquest termini de tres mesos, en general, davant una situació de Dret positiu.

En conclusió:

a) La «municipalització» i la «provincialització» del Reglament de Serveis queden substituïdes per l'«exercici d'activitats econòmiques», que s'han de centrar en tota la teoria de l'activitat administrativa corresponent.

b) Es manté la diferenciació entre activitats sense monopoli i activitats amb monopoli, en una clara reminiscència de la municipalització/provincialització, però amb una considerable flexibilització procedimental, encara que basada en les línies tradicionals de l'expedient.

c) El judici de la reforma ha de ser àmpliament favorable, ja que hi havia un desfasament evident entre els tràmits i les finalitats que es podien obtenir amb la municipalització,²³ problema que queda superat en el sistema actual.

d) No es pot considerar que les possibles qüestions fonamentals hagin quedat totalment resoltes, pel que fa a una disciplina jurídica completa de les formes de gestió dels serveis locals, però sí que s'han establert unes bases normatives més adaptades a les exigències del present. Continua en peu la figura contractual nominada de la gestió dels serveis públics, amb tota la problemàtica conceptual que comporta i que no ha estat ni tan sols esmentada en el R. D. 931/1986, pel qual es modifica la Llei de Contractes de l'Estat a fi d'adaptar-la a les directrius de la Comunitat Econòmica Europea.

3.3.2. L'expropiació de concessions i empreses

Una de les qüestions més obscures de la pràctica de la municipalització amb monopoli era l'expropiació d'empreses industrials o el rescat de concessions.

L'article 171 establia un procediment de valoració deferit al Ministre de la Governació.²⁴

El Reglament de Serveis, en els articles 52-54, desenvolupava aquest supòsit especial d'expropiació, amb una remissió supletòria a la Llei d'Expropiació Forçosa, en

23. Recordem els durs termes de les conclusions d'ALBI sobre la municipalització: «a) La municipalització no s'identifica amb les formes directes. Hi ha modalitats d'aquesta classe que no requereixen el tràmit municipalitzador, mentre que, per altra banda, són normals les municipalitzacions que utilitzen procediments indirectes (...). b) Tampoc no resulta adequat el contingut econòmic, la noció d'empresa, per caracteritzar el fenomen municipalitzador (...). L'anomenada municipalització no atribueix res al municipi que aquest no posseeixi ja potencialment (...). c) La idea del benefici, del lucre, tan directament connectada amb l'economia s'ha demostrat incapaç per resoldre el problema que estem examinant. El benefici no passa de ser una simple possibilitat sense la qual la municipalització resulta perfectament viable; tampoc no hi ha cap dificultat legal per a la participació en beneficis d'empreses no municipalitzades i, concretament, en les concessions (...). d) Entre monopoli i municipalització no es produeix un enllaç especial. Existeixen municipalitzacions sense monopoli. e) La municipalització suposa un procediment especial.»

24. L'article 171.1 diu: «Para fijar el valor de lo expropiado, el Ayuntamiento formulará propuesta, y si ésta no fuera aceptada, resolverá el Ministro de la Gobernación, previos los dictámenes periciales que estime pertinentes, y que deberán tener en cuenta la cotización, si la hubiere, de las acciones en el último año, o la capitalización al 5 por 100 del promedio de los dividendos repartidos o de las utilidades obtenidas en el último quinquenio y el tiempo que faltare para expirar las concesiones». «3. Contra la decisión del Ministro podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.»

relació amb les disposicions establertes per la Llei de Règim Local i pel mateix Reglament de Serveis.

Aquest sistema fou discutit a la doctrina.²⁵

En el moment present la qüestió es troba definida a l'article 99 del TRRL, d'acord amb les directrius següents:

a) S'estableix que l'«*efectiva ejecución en régimen de monopolio de alguna de las actividades a que se refiere el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, llevará aneja, cuando requiera la expropiación de empresas, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes afectos al servicio*».

b) El termini d'avís a les empreses industrials, comercials o concessionaris serà de sis mesos, seguint un termini ja fixat a l'article 171 de la LRL.

c) El preu just es determinarà segons les regles i el procediment establerts en el capítol 3 del Títol 2 (arts. 24-27) de la LEF; s'hi precisa que el funcionari tècnic a què es refereix l'article 32.b) d'aquesta Llei serà designat per la Corporació local interessada. La forma en què es resol l'expedient és coherent i, sobretot, sistemàtica, ja que emmarca la qüestió dins el camp de l'expropiació forçosa i d'aquesta manera se superen totes les dificultats sistemàtiques que es plantejaven; en definitiva, un sistema d'obtenció del preu just diferent del règim comú de l'Estat espanyol.

Sens dubte, aquesta imbricació de la matèria amb tota la doctrina jurisprudencial de la LEF i del seu Reglament ha de permetre de resoldre la riquíssima casuística que aquesta matèria pot presentar. L'experiència pràctica ens demostra que en aquest camp (singularment en alguns serveis municipals d'abastament domiciliari d'aigua), hi ha una amplíssima i rica variació de supòsits atípics que tenen, moltes vegades, un difícil enquadrament en els estrictes motlles legals. El fet de definir l'expropiació de concessions i empreses com una modalitat de l'expropiació forçosa ens permet d'utilitzar les nocions i les tècniques ja consagrades per una pràctica cristal·litzada durant molts anys de jurisprudència.

3.4. *Gestió directa i indirecta. Problemàtica teòrica i pràctica*

3.4.1. Gestió directa versus gestió indirecta

L'article 85.3 i 4 de la Llei 7/1985 estableix una classificació de les formes de gestió en dos camps: la directa i la indirecta.

La qüestió té grans punts de contacte amb l'activitat econòmica dels ens locals en el seu sentit més ampli. D'aquí la seva lògica incidència en el camp contractual.

Històricament —i aquesta és la postura de la doctrina liberal—, el principi del «contractista intermedi» era un dogma lògic en una Administració minimalista. D'acord amb l'evolució a què ens hem referit breument, aquest principi ha resultat erosionat fonamentalment per factors molt diversos, històrics i socials, i ha estat substituït pel del «contractista col·laborador» i, en general, per una valoració abstrac-

25. «La intervenció del Ministeri s'ha d'entendre substituïda per la del Jurat Provincial d'Expropiació, segons que disposen l'article 85 de la Llei d'Expropiació Forçosa i l'article 101 del seu Reglament (nota a l'article 53 de la LRL, en l'edició de la «Llei d'Expropiació Forçosa» del BOE, Madrid, 1979, 7a. ed., p. 501).

ta i pragmàtica, desapassionada, en la matèria de la teoria de les formes de gestió, sense que hi hagi motiu per establir un *prius* per a totes les situacions.

Amb caràcter general, J.F. Auby afirma: «El principi mateix de la gestió indirecta («*déleguée*») avui és sovint criticat. Força elegits hi veuen una comoditat, però un nombre creixent de no elegits i d'usuaris reprotxen que ofereixi una situació de monopolis a empreses privades, mogudes únicament per la perspectiva de benefici. Per a algunes persones, la idea del servei públic només és compatible amb un gestió directa («*régie*»). Per a d'altres, les condicions de la gestió indirecta haurien de ser revisades per reforçar les vinculacions del servei públic.»²⁶

La concentració financera en mans de grans empreses o grups d'empreses, juntament amb la gran fragmentació municipal que hi ha a França, mena al diagnòstic següent:

- «Els inconvenients d'aquesta situació, que, d'altra banda, presenta l'avantatge d'una economia de mitjans més gran, són coneguts:
 - »— D'una banda, la negociació entre un grup poderós i un petit Ajuntament és, sovint, delicada per a aquest (...).
 - »— La solució mitjançant la concurrència, que podria pal·liar aquest inconvenient, és, en molts casos, il·lusòria.»

Davant d'aquesta situació s'han proposat dues actuacions possibles:

- La nacionalització de les grans societats de serveis públics.
- Una actuació activa de l'Administració, mitjançant la utilització d'uns plec de condicions tipus, vinculants o facultatius, on es garanteixin aquells aspectes del servei públic més vinculats als interessos generals.

Aquest quadre del moment francès, es pot considerar que s'adapta perfectament al nostre present administratiu, *servata distantia*. Els dubtes que sorgeixen davant el dilema gestió directa versus gestió indirecta són els mateixos. I, alhora, existeix igualment la mateixa i necessària ponderació de tots els elements que, en cada cas, són els que hauran d'aconsellar, en una situació concreta, la forma que convé utilitzar del conjunt de tècniques possibles, sense atendre únicament, insistim, posicions prèvies d'arrel política, sociològica o de valoració ètica, sinó que s'han de tenir en compte també els factors concrets, de tota mena, que hauran de decidir l'elecció específica del sistema de gestió de serveis.

3.4.2. La gestió directa: formes concretes

El TRRL ratifica (art. 100) la possibilitat que tots els serveis inclosos a l'article 86.3 siguin prestats per gestió directa «*a cargo del personal directament dependiente en su actuación de los acuerdos i actos de los órganos de gobierno de la Corporación Local*». El precepte no fa altra cosa que insistir en la titularitat plena i en la total competència local per decidir la modalitat de gestió a través de la seva pròpia estructura de mitjans personals i reals en el camp dels anomenats «serveis essencials». En aquest sentit, l'article 68 del RS coincideix amb l'article 42 del mateix Reglament en les seves línies generals.

Les formes previstes, com hem vist, són:

26. *Les services publics locaux*, p. 47.

a) Gestió a càrrec de l'entitat local.

No presenta modificacions substancials. Així, a l'article 95 del R. D. 781/1986 insisteix en el fet que *«los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa»*.

En el mateix sentit s'expressa l'article 43 del RS.

És important la subdivisió de la gestió a càrrec de l'entitat local anomenada «organització especialitzada», que suposa una individualització orgànica. Totes les característiques pròpies i tradicionals de l'«òrgan especial d'administració» poden ser aquí recordades, ja que continuen vigents en els seus grans trets generals.

Caldrà esperar el Reglament de Serveis, actualitzat, que ens definirà exactament el detall de l'ordenament d'aquesta forma de gestió, sens dubte una de les utilitzades per Corporacions de tipus mitjà, ja que, malgrat la seva autonomia administrativa incipient, permet un control pressupostari i una actuació diferenciada. De moment, per exemple, la breu referència de l'article 102.3 del TRRL als fons de reserva ha de ser completada pels articles 81-84 del RS.

b) Organisme autònom municipal.

L'origen de la nova denominació es remonta a l'article 84.3.b) de la Llei 7/1985. Tanmateix, en el TRRL no trobem cap referència a aquesta figura concreta. Per això —i fins que el nou Reglament de Serveis decideixi la qüestió—, continuarem aplicant els articles 85-88 del RS.

La inadequació de les denominacions és notòria (l'antiga i la vigent) per a molts dels supòsits que s'inclouen en aquesta forma de gestió. Molts ens locals es troben davant un cúmul de formes organitzatives i participatives que, fins al moment, han estat qualificades com a Patronats o Consells, a manca d'una titulació millor.

Des d'un punt de vista pràctic, i fins que no hi hagi una nova reglamentació que innovi el règim jurídic, cal procedir a la tramitació d'una Ordenança municipal, a l'empara de l'article 49 de la Llei 7/1985, en concepte d'Estatut, on (art. 87 del RS) es tindran en compte els òrgans de govern, la seva competència i també les facultats de tutela de la Corporació que institueix la fundació.

c) Societat privada municipal o provincial.

La dificultat pràctica de la societat privada local és òbvia: malgrat el seu caràcter mercantil no deixa de ser una forma de gestió directa d'un ens local.

Es planteja, en aquest punt, el clàssic problema de la idoneïtat de l'Administració per actuar com a gestor mercantil. El tema és polèmic i podríem dir que es troba situat en aquesta terra de ningú de la ciència de l'Administració més que del Dret administratiu, on l'empresologia i els conceptes sobre l'activitat administrativa tenen el seu joc dialèctic i la seva ponderació efectiva.

En el nou sistema del R. D. 781/1986, es continua mantenint l'article 175.2 de la Llei de Règim Local de 1955, convertit ara en l'article 103.2, on s'estableix:

«Cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social, será obligatoria la disolución de la Sociedad, y la Corporación resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio.»

La figura de la societat privada municipal o provincial té, òbviament, l'artificiositat consubstancial amb una naturalesa jurídica a cavall del Dret local i del Dret

mercantil. Naturalment, l'esperit íntim i l'arrel sociològica de les institucions són, moltes vegades, insubornables. L'empresa privada municipal, organitzada en forma de societat de responsabilitat limitada, té unes característiques peculiars que encaixen difícilment en l'axiologia de l'Administració, que recorre a la forma mercantil per les facilitats pràctiques que espera obtenir, és a dir, senzillament com a mecanisme de treball. En molts casos, la finalitat de lucre no es considera essencial dins la visió general de l'empresa pública de què hem parlat. L'exigència de beneficis no ha de ser necessàriament imprescindible, encara que en principi sigui exigible, en el terreny merament empresarial, un règim d'ingressos que faci viable l'empresa de què es tracti.

En un terreny pràctic, sembla útil de recordar els tràmits essencials per a la creació d'una societat privada municipal:

1. Redacció d'una Memòria de l'Alcaldia o de la Comissió Informativa Municipal competent, on s'exposi la motivació de la iniciativa.
2. El secretari de la Corporació i l'interventor de fons, si s'escau, emetran els respectius informes sobre els aspectes jurídics i econòmics de la qüestió.
3. Es tramitarà l'expedient previst a l'article 97 del Text Refós de Règim Local, amb l'aplicació del règim d'aprovació que correspongui, segons l'activitat mercantil de què es tracti, és a dir, que es prevegi amb monopoli o sense.
4. La resolució de l'expedient serà competència del ple de l'Ajuntament (art. 22.2.f) de la Llei 7/1985) amb la majoria absoluta del nombre legal de membres (art. 47.3.f) de la Llei 7/1985).²⁷

En la recent jurisprudència sobre registres trobem la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat, de 12 de setembre de 1985 (BOE de 30 de setembre), que ha merescut una atenció especial des del punt de vista de la demanialitat,²⁸ ja que s'hi negà la possibilitat que un Ajuntament pogués aportar, en concepte de capital social, béns de domini públic *in natura* («preses, canals i conduccions»), i adscriure al patrimoni de la societat altres béns («conducció, terrenys, dipòsits, fonts i galeries, pous, instal·lacions, edificis, xarxa de distribució, plantes potabilitzadores...»). En la resolució s'arriba a la conclusió que «no es posible legalmente realizar aportaciones sociales con bienes de dominio público, pues a ello se opone tanto el que el régimen del dominio público pueda pasar su titularidad a una sociedad mercantil, como el que el régimen de la sociedad mercantil repele que el capital pueda ser cubierto, en todo o en parte, con bienes de dominio público».²⁹

27. Un esquema de documentació imprescindible podrà ser: a) Escritura d'atorgament per part de l'alcalde, on constarà: la constitució de la societat i la referència al seu capital social, objecte, durada, domicili i forma de representació del capital social, mitjançant accions nominatives, totalment subscrietes, desemborsades i intransferibles a persona diferent del seu únic titular, l'Ajuntament o la Diputació. b) Els dictàmens de Secretaria i Intervenció. c) Certificació de l'acord de la Corporació plenària. A l'escriptura constaran, a més a més, els estatuts i el nomenament del Consell d'Administració, els membres del qual, si s'escau, poden acceptar el càrrec abans que tinguin lloc l'acte d'atorgament, alhora que estan subjectes a les corresponents incompatibilitats.

28. Estudiada per FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ a «La empresa privada municipal y los bienes de servicio público» i per PABLO MENÉNDEZ a «Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público», *Civitas*, núm. 47, juliol-setembre de 1985.

29. «Por otra parte, que en una sociedad mercantil y, sobre todo, en una sociedad mercantil capitalista, cobran significación especial el capital social y las normas imperativas encaminadas tanto a procurar la inicial integración del patrimonio social

En aquesta Resolució comprovem com n'és de difícil conjuminar els ordenaments mercantil i administratiu en punts tan essencials com el capital social i les seves possibilitats de realització. En resum, la societat privada municipal és, formalment, una conformació mercantil d'un servei administratiu. En el fons, aquesta consideració de servei municipal —amb totes les ambivalències que es vulgui— és un factor decisiu en el moment de plantejar-se i resoldre les grans qüestions del pla empresarial.

En realitat, l'expedient personalitzador en forma mercantil³⁰ és un privilegi que s'insereix en l'ambigüïtat d'actuació de l'Administració, que, agradi o no, troba la seva justificació en la convergència de les tècniques i en un pragmatisme jurídic que tendeix a hipostatitzar determinats dogmes (en concret, la forma de societat privada) de l'Administració, sense entrar en els grans principis que han donat origen a les societats mercantils de responsabilitat limitada en el mateix Dret privat.³¹

Com tantes vegades, el «sí, però» ens porta a la conclusió que la realitat administrativa és diferent de l'arquetip administratiu. L'esforç imaginatiu necessari per arribar a aquestes noves tècniques serà considerable ja que, com es veu, les mateixes normes ens plantegen una difícilíssima —per no dir impossible— materialització concreta dels seus propis principis inspiradors. Societat privada municipal, «sí, però...».

3.4.3. La gestió indirecta

L'article 104 del TRRL ens planteja una colla d'interessants qüestions sobre la gestió indirecta.

—puesto que éste constituye la esfera de garantía de los acreedores de la Sociedad— como a reaccionar con la obligada reducción del capital (cfr. artículo 175.2 de la Ley de Régimen Local de 1955) cuando las pérdidas del patrimonio bajan a determinados porcentajes; por todo lo cual no pueden ser aptos, para ser objeto de las aportaciones sociales, los bienes de dominio público, porque por su régimen son opuestos legalmente a ser calificados como patrimoniales (cfr. artículos 183 de la Ley y 79 de la Ley de 1955), y en particular por ser legalmente inembargables (cfr. artículos 188 y 80 de dichas leyes, respectivamente) y, por tanto, sustraídos a la acción de los acreedores sociales.»

En la Resolució de 12 de setembre de 1985 s'estableixen també interessants observacions sobre la naturalesa bifront de les societats privades municipals: «Que estas singulares sociedades anónimas constituidas para la gestión directa de los servicios municipales no están sujetas enteramente al régimen ordinario de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que hay normas especiales comprendidas en la Legislación del Régimen Local que son, con arreglo al propio texto de esta legislación y al del art. 3.º de la Ley de Sociedades Anónimas, de aplicación preferente.»

Així, sobre la prohibició estatutària de la transferència d'accions es diu: «Confirma una exigencia expresa de esa legislación específica: Que la Corporación sea la propietaria exclusiva del capital social y que no pueda transferirlo (cfr. artículos 89 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 85.3.c) de la Ley de Régimen Local de 1985), salvo que antes, y con los requisitos específicamente previstos, la Corporación Local acuerde el cambio del sistema de prestación directa del servicio mediante una Sociedad con capital municipal exclusivo a un sistema de gestión por empresa de economía mixta.»

30. El Registrador Mercantil, en el seu tràmit d'al·legacions, i en relació amb el pacte prohibitiu de venda d'accions, va manifestar que «és frontalment contrari a l'article 46 de la Llei de Societats Anònimes: que el patrimoni de la societat quedaria integrat exclusivament per béns de domini públic no susceptibles d'alienació ni d'embargament, i com que els socis no tindrien responsabilitat penal resultarien inoperants totes les previsions tendents a obtenir un equilibri entre el capital i el patrimoni social, conseqüència lògica de la limitació de responsabilitat davant els creditors, els quals es veurien induïts a error i burlats, ja que no podrien fer valer els seus drets sobre el patrimoni social».

31. FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ (loc. cit., p. 393) afirma: «La crisi de la configuració de les societats anònimes i l'oportunitat que ofereix el desenvolupament del nou règim local, juntament amb la necessària reconstrucció doctrinal del domini públic, exigeixen la clarificació postulada, que alhora ha de resoldre els aguts problemes pràctics plantejats. Sobretot, però, cada vegada es fa sentir més insistentment la conveniència d'una configuració positiva d'un Estatut dels anomenats ens instrumentals. La concepció estatutària del Dret administratiu pot servir adequadament d'estructura teòrica per a aquestes persones de configuració privada i fins públiques.»

3.4.3.1. L'empresa mixta

La primera d'aquestes qüestions és la qualificació de l'empresa mixta com una forma de gestió indirecta, rectifican, en definitiva, el criteri de l'article 158 de la Llei de Règim Local de 1955, que la inclou en el gènere «conveni amb els particulars». Quant al règim jurídic, es pot optar per les formes de societat mercantil i de cooperativa (art. 104.1 del TRRL).

En principi, existeixen «especialitats internes tant estructurals com funcionals» encara que sempre «sens perjudici de tercers», és a dir, ratificant la forçosa definició mercantil de la societat mixta, municipal o provincial.

A la sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 21 de març de 1986, el ponent de la qual és el senyor Malpica y González-Elipe, s'afirma:

«Dada la infraestructura de las SS.AA. mixtas, híbridas de la conjunción del capital público y privado, pero para la realización de servicios públicos, en este caso municipalizados, es inoperante e inadecuado ajustar su desarrollo y organización a las coordinadas clásicas de las SS.AA. puras, pues en este caso, por ejemplo, el reembolso, fijo en su cuantía y periódico en su vencimiento, de las acciones del capital privado, más propio de los préstamos societarios, de los que son las obligaciones o los bonos el tipo más frecuente, se debe a una imposición legal, según el art. 111.3 RSCL, de cuya lectura se infiere que la ecuación clásica capital social-nominal de las acciones no se dinamiza de igual forma en estas sociedades mixtas, pues, en definitiva, el activo y el pasivo revertirán íntegramente y sin indemnización al ente público que hizo la concesión administrativa de la prestación del servicio municipalizado, de suerte que el acervo social permanece inalterable, sin corresponderse con el capital privado en su gradual y periódica devolución de la aportación original.»

En el text de la sentència es qualifica l'estat d'inalterabilitat del patrimoni social en contraposició amb el capital privat, que ha de ser amortitzat (art. 111.3 del RS).

Ara bé, aquesta és una més de les especialitats de la societat mixta. Sens dubte, la major de totes és el *quantum* real i la significació de l'aportació de l'Administració local.

A l'art. 109 del RS es preveu la fixació del valor de l'aportació local «por todos los conceptos, incluido el de la concesión si la hubiere».

L'article 104.3 del TRRL estableix un precepte semblant, fins i tot més ampli, ja que defineix:

- La possible aportació exclusiva de la concessió.
- La necessitat de la valoració d'aquesta aportació en espècie, que pot comprendre «otra clase de derechos, así como instalaciones, equipamiento o numerario, siempre que tengan la condición de bienes patrimoniales». Ara bé ¿suposa aquesta fórmula expressiva l'exclusió dels béns de domini públic?

Si la doctrina de la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat, de 12 de setembre de 1985, s'extrapolés a la teoria de la doctrina mixta, des de la societat privada local, sens dubte que els béns de domini públic no tindrien la possibilitat de ser valorats, a efectes de l'aportació *in natura*, en el capital social. La inalienabilitat demanial (art. 80.1 de la Llei 7/1985) és, efectivament, un obstacle teòric insalvable perquè aquesta aportació sigui possible. La teleologia del capital social —dintre de la dinàmica de les societats amb responsabilitat limitada— és la possible

realització davant de tercers, amb la conclusió que no té sentit que es pugui realitzar un bé que és inalienable, imprescriptible i inembargable.

A l'article 104.3 trobem, efectivament, la consagració d'aquest criteri, la qual cosa ens porta a la conclusió que la problemàtica exposada sobre els béns demaniais en les societats privades locals es vol evitar, per la norma citada, en les mixtes, amb una clara exigència de naturalesa patrimonial. El criteri del realisme en la disponibilitat dels béns i de la seva valoració es ratifica a l'article 105 del TRRL, on es pressuposen totes dues condicions en exigir-se que *«la responsabilidad de la Entidad local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que, en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquella»*.

Sens dubte, aquestes premisses positives s'haurien de tenir molt en compte en tots els projectes de constitució de societats mixtes, i així s'evitaria qualsevol dificultat a la possible realització dels béns aportats a la societat. A l'article 104.2, últim paràgraf, es planteja una doble possibilitat de participació dels particulars: la subscripció directa d'accions, que és en definitiva un supòsit de contractació directa, o la tramitació d'un concurs previ on es formularan propostes sobre la cooperació municipal i la particular en la futura societat. Lògicament, les dues formes possibles de contractació de les aportacions privades exigiran un procediment contractual diferent, que caldrà definir en el corresponent plec de condicions.

Finalment, pel que fa al temps de durada de les societats mixtes, no sembla que pugui ser superior a 50 anys (art. 111.1 del RS), tot i que l'article 109 del RGCE arribi als 99 anys, incloses les pròrrogues. Raons pràctiques i d'aplicació del mateix article 111.1 del RS i de l'article 10 del RCCL, de 9 de gener de 1953 (que hem de considerar vigents mentre no es publiquin els nous Reglaments), obliguen a considerar vigent el termini de 50 anys. A més, això està d'acord amb l'article 108.a) del TRRL, precepte aplicable en general a totes les formes de prestació indirecta, amb exclusió dels serveis concedits.

3.4.3.2. Les tarifes. Referència a l'activitat de foment en els ens locals

Les tarifes dels serveis s'adaptaran a la legislació sobre política general de preus, és a dir, estan subjectes a l'autorització de la Comunitat Autònoma o d'una altra Administració competent (art. 107.1). La regla general, en matèria de tarifes, és l'autofinançament del servei, encara que aquesta norma no s'estableix com a principi general absolut, sinó que es preveu la possibilitat de preus polítics, sempre que *«las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de la tarifa con módulos inferiores a los exigidos por la referida financiación...»*. Ens trobem, de nou, davant una especial potestat discrecional, malgrat que el resultat de la iniciativa estigui subjecte a una autorització per part de l'autoritat de tutela de les tarifes.

La possibilitat de concessió d'ajuts econòmics, en el Dret local europeu, ha estat una de les tècniques més usuals per al foment de la petita i mitjana empresa (PIME).³²

En el present econòmic i social, els ens locals no poden defugir les circumstàn-

32. *Le rôle des collectivités locales en faveur de la création et des activités des petites et moyennes entreprises dans une politique générale de développement endogène*. Conseil d'Europe, Strasbourg, 1986.

cies generals del seu terme i àmbit de competències, que depenen en gran part de la seva pròpia activitat.³³

En el camp de la pràctica sempre ha existit una desconfiança tradicional, a Espanya, cap al foment municipal per part de l'autoritat de tutela.

Ens trobem, sens dubte, davant un context dominat per tics i hàbits mentals molt difícils de vèncer en el terreny del Dret positiu.

En el R. D. 781/1986, a pesar de les tímides innovacions i tendències innovadores de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, que hem estudiat, en relació amb l'activitat mercantil i industrial dels ens locals, trobem encara la mateixa actitud minimalista respecte al foment, a part de les breus referències a les subvencions en el finançament dels serveis públics que indiquem.

No podem aprofundir, aquí, en la importància econòmica de les petites i mitjanes empreses com a element fonamental en la lluita contra l'atur i com a factor positiu en l'estabilitat i continuïtat econòmiques, ni en la transcendència dels ens locals en aquesta matèria³⁴. És important, però, de recordar que l'acció dels ens locals en favor de les PIME és fonamental, encara que no puguin solucionar el problema de l'atur i del desenvolupament de l'alta tecnologia.³⁵

En conseqüència, i prosseguint en l'estudi que desenvolupem, cal constatar l'extensió de les activitats de les autoritats locals i regionals en favor de les PIME i la dependència del grau d'intervenció local de l'estructura del govern i les relacions entre el poder central i els ens locals.

En vista d'aquestes tendències europees en països d'estructura paral·lela a la nostra, entenem que s'hauria de preveure en el quadre jurídic-positiu, en procés de desenvolupament, un conjunt de possibilitats per a la possible activitat de foment en la promoció industrial i comercial.

És clar que una de les conclusions d'aquest treball és la constatació que en el R.D. 781/1986 no trobem aquesta actitud oberta i principalista entorn de l'activitat de foment dels ens locals, de cabdal importància per a una intervenció activa i decisòria en la conjuntura econòmico-social. Malgrat que aquest sigui un aspecte singularment actual, no es fa cap mena de previsió de noves possibilitats de progrés en aquesta matèria.

3.5. Els consorcis

L'article 87 de la Llei 7/1985 estableix una nova base positiva en matèria de consorcis.³⁶

És evident que existeix una gran generositat en la redefinició de la figura, ja que s'arriba a la possibilitat de constitució de consorcis amb entitats privades, sempre que vinguin definides per dos trets fonamentals:

33. «L'acció de les col·lectivitats s'ha exercit a través de múltiples vies: el fet que siguin oficialment responsables de certs serveis com la creació d'infraestructures, el subministrament d'aigua i el clavegueram, per exemple, exerceix una influència directa sobre la indústria local», *Le rôle... op. cit.*, p. 3.

34. «Els ajuts, és a dir, subvencions, mà d'obra, especialistes i locals facilitats per òrgans encarregats com ara col·lectivitats locals, les grans societats de negocis, serveis d'administració central i els serveis universitaris, han jugat un gran paper en l'èxit d'un gran nombre d'iniciatives locals», *Le rôle... op. cit.*, p. 9.

35. *Le rôle... op. cit.*, p. 21.

36. «Las entidades locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persiguen fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas.»

- No tenir ànim de lucre.
- Perseguir fins d'interès públic, concurrents amb els propis de les Administracions públiques.

Amb això arribem, en el nostre Dret positiu, a una nova manifestació de la convergència dels ens públics i privats per a la gestió dels serveis públics, en una evolució caracteritzada per la permeabilitat i l'intercanvi constant de les formes o classes de persones i ens actuants, clarament allunyada d'una adscripció al Dret públic com a criteri immutable i ineludible.

Fins ara calia remuntar-se al Dret local anterior, és a dir, l'article 107 del R.D. 3046/1977, de 6 d'octubre. En el procediment administratiu destacava el fet que l'aprovació dels Estatuts requeia sobre el Consell de Ministres, d'acord amb el dictamen previ del Consell d'Estat, situació que ha quedat modificada amb el desenvolupament autonòmic.³⁷

L'article 101 del R.D. 781/1986 ratifica, en essència, l'article 87 de la Llei 7/1985, per bé que suprimeix l'exigència de l'informe del Consell d'Estat o de l'òrgan equivalent en l'Administració autonòmica de què es tracti.

La disposició s'absté, així mateix, en el tema de la qualificació de la personalitat pública del consorci, i es limita a dir que aquesta personalitat serà «pròpia», és a dir, diferent de la dels ens consorciats, que podran utilitzar per a la gestió de les seves competències qualsevol de les formes previstes en la legislació local. Per tant, el consorci és un ens plural, sotmès al règim local pel que fa a la gestió dels seus serveis, i que s'ha de cenyir al que estableixin els seus estatuts.

A l'article 110 del TRRL, doncs, se separa netament el procés de personificació unitària de les diferents Administracions i de les entitats privades legitimades de la gestió dels serveis que han de satisfer l'interès públic en una definitiva indiscutible activitat administrativa.

En conseqüència, el futur de l'Administració local s'haurà d'adaptar a aquestes noves directrius que, tot i que s'insinuen lleument en punts concrets de les nostres disposicions, no tenen encara una disciplina jurídica essencial i coherent.

Tanmateix, aquesta manca de tècniques i de mètodes dinàmics i eficients, que tantes vegades la doctrina i els pràctics de l'Administració han vingut reclamant, s'haurà de superar amb un esforç conjunt i amb una conjunció d'esforços si és que no es vol distanciar la norma de les necessitats socio-econòmiques d'un moment històric, tensió dialèctica que sempre es trenca a favor de les exigències vitals però amb la fallida d'un valor fonamental en l'Estat de Dret: la seguretat jurídica.

37. A Catalunya l'aprovació dels Estatuts dels Consorcis es va assignar a la Generalitat, de conformitat amb l'article 1, apartat 10.1, del Decret 2115/1978, de 26 de juliol. Hevat del cas en què entre els ens consorciats s'hi trobés l'Estat, un organisme autònom o Corporacions locals de fora de Catalunya. L'acte d'aprovació correspon al Consell Executiu (arts. 37.1 de l'Estatut d'Autonomia i 65 de la Llei 3/1982, de 25 de març, del Parlament, del President i del Consell Executiu).

