

COMENTARIOS Y NOTAS



LAS ACTIVIDADES Y SERVICIOS DE LOS ENTES LOCALES EN EL ACTUAL ORDENAMIENTO. (Notas al RDL 781/1986, de 18 de abril)

Jaume Sànchez i Isac

Jefe del Servicio de Régimen Local de la Generalidad de Cataluña

Introducción

El momento —casi diríamos estado— de nuestro derecho Local conlleva, con su desarrollo sistemático y temporal, una extrema provisionalidad en cualquiera de sus líneas generales.

El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante T.R.R.L.), publicado en los B.O.E. de días 22 y 23 de abril de 1986, ha servido, teóricamente, para adecuar los preceptos no derogados de la legislación anterior, «con las aclaraciones y armonizaciones procedentes», con motivo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Es bien conocida la problemática que dicho Real Decreto legislativo 781/1986 presenta, en muchos de sus aspectos concretos. Fuere cual fuere el resultado final de este texto, lo cierto es que su estudio supone un acercamiento a nuestra realidad administrativa, bajo el prisma de una disposición que tiene pretensiones de gran amplitud y comprensión. La situación de Catalunya —con su régimen local en trance de aparición, en un futuro cercano— presenta, asimismo, una acusada especialidad, en el panorama estatal de España.

A pesar de todo ello, hemos creído que unas notas sobre los artículos del Real Decreto legislativo 781/1986, referentes a las actividades y servicios de los Entes Locales podían ser útiles e interesantes. Éste es un campo de una especial incidencia en la esfera privada y, al mismo tiempo, de una indudable trascendencia en lo que puede definirse como dinamismo conformador de un sistema jurídico-administrativo, sin duda, por todo ello merecedor de un primer ensayo de interpretación, sin perjuicio de las modificaciones que exigirá la sucesión de normas locales que, en estos últimos años, ha sido constante y que cabe augurar que, asimismo, será la nota propia de nuestro porvenir más inmediato.

1. La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de los ciudadanos: El sistema del Reglamento de Servicios. Su recepción en el derecho vigente.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, estableció un conjunto muy amplio de principios en el campo del intervencionismo municipal, sobre todo teniendo en cuenta el rango jurídico del mismo.

Con carácter general puede decirse que en el título 1.º, dedicado a la materia que nos ocupa, se expusieron todas las directrices que la doctrina y la jurisprudencia habían ido definiendo y desvelando, en los últimos años, con un paralelismo evidente con otros derechos continentales.

Así, pueden destacarse, como supuestos de intervención:

1. La actividad de policía definida en los más tradicionales términos de «perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadana» (artículo 1.1 R.S.).
2. El aseguramiento del abasto en los artículos de consumo de primera necesidad.
3. El urbanismo (cumplimiento de planes de ordenación aprobados).
4. La utilización especial o privativa de bienes de dominio público, con servicios de particulares destinados al público.

La exposición, *in nuce*, comprende actividades que han resultado de un frondoso desarrollo legislativo, como el urbanismo, que se ha erigido en una especialidad jurídico-autónoma.

En el desarrollo de esta materia, íntimamente relacionada con los derechos individuales, el Reglamento sienta una serie de principios que pueden definirse como tradicionales:

- a) El principio de igualdad ante la Ley (artículo 2).
- b) La concurrencia de motivos que fundamenten la intervención (artículo 4).
- c) La congruencia de motivos y fines y la elección del acto de intervención menos restrictivo de la libertad individual (artículo 6).

El Reglamento de Servicios reguló, asimismo, toda la disciplina de las licencias, con carácter general (artículos 9 y siguiente), en términos de rigurosa actualidad y que han sido recogidos, por remisión, en la legislación urbanística posterior.

El Reglamento de Servicios regula de modo fundamental la materia de policía y con un claro sentido del principio de proporcionalidad y de la necesaria teleología del acto administrativo. En muchos aspectos concretos ello ha sido recogido por la Constitución (artículo 103.1).

No es, por tanto, de extrañar que en la Ley 7/1985 se hayan recogido, en su artículo 84, dos cuestiones que resultan pacíficas:

a) *Los medios de intervención:*

1. Ordenanzas y Bandos.
2. Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo.
3. Ordenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

b) *Los principios fundamentales de la actividad de intervención:* igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual.

En el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, hallamos una regulación paralela, en cuanto a la enumeración de los medios de intervención. Debe anotarse la ausencia del término Reglamento, en tal relación.

«Si contemplamos el contenido del art. 84 de la Ley de Bases y lo comparamos con los artículos 108 de la L.R.L. texto articulado y refundido de 24 de junio, y los artículos 5 y 6 del Reglamento de Servicios, vemos que no existe una referencia concreta a los Reglamentos como medio de intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de los ciudadanos y cita únicamente las ordenanzas, bandos, licencias y órdenes individuales. Ello no obsta para que, en relación con la potestad reglamentaria local, en el artículo 5 de la Ley de Bases se utilice la denominación de Reglamentos Orgánicos y la de Ordenanzas en los restantes casos. También en el artículo 22 se habla, de una parte, de Reglamentos Orgánicos y, de otra, de Ordenanzas, al tratar de las atribuciones del Pleno».¹

En nuestra opinión, Reglamento y Ordenanza son utilizados como sinónimos en la Ley y, con ello, está de acuerdo una extendida línea de opinión en la práctica administrativa.

En el T.R.R.L. no existe ninguna referencia a los medios de intervención (artículos 88 a 110), con lo que se reenvía la cuestión al Reglamento de Servicios que deberá promulgarse y, hasta aquel momento, al vigente.

En definitiva puede concluirse que las ideas esenciales sobre la actividad de intervención administrativa siguen teniendo plena vigencia, dado que, sin duda, los principios generales a que se llegó en la evolución jurisprudencial de la cuestión no han variado fundamentalmente. Se puede, no obstante, plantear una razonable duda sobre si esta continuidad normativa puede considerarse como lógica, ante la profunda modificación social y el creciente intervencionismo —real, efectivo— de la Administración. La doctrina, la prensa, los pensadores y el gran público, de modo progresivo y creciente, se preocupan por la, al parecer, inevitable intensificación del intervencionismo de las Administraciones, en general. Las grandes cuestiones que apasionan a la opinión pública son el uso de la informática y el derecho a la intimidad, la protección a la naturaleza, la tecnificación y deshumanización del quehacer administrativo, la real libertad de los hombres en múltiples campos de su vida como la actividad laboral, la seguridad social, la presión fiscal, la asistencia médica. Ciertamente, la Administración Local parece menos proclive a excesos en la intervención sobre las actividades de los particulares. Pero, en la práctica, también se han intensificado y multiplicado el conjunto de protestas de política de los Entes Locales.

Más que el comentario del derecho vigente —poco y sin variación—, deberíamos meditar sobre el derecho de *lege ferenda*, para encontrar este *desideratum* que jamás alcanzaremos y que cada vez parece más lejano: embridar el poder público, en todas sus formas, para superar esta oposición, que parece intrínseca, entre libertad y aparato administrativo, a pesar de las pomposas afirmaciones doctrinales sobre la autolimitación del Estado, en su voluntad legal. La dialéctica de poder y libertad, a caballo del igualitarismo y la masificación y de la competitividad como divisa general de vida, debería poder vencerse en una síntesis donde, sin más, halláramos este impe-

1. «Llei 7/1985. Reguladora de les Bases del Règim Local y comentaris als seus preceptes». 2.^a edició, con anotaciones. Dirección General de Administración Local. Barcelona, junio 1985. p. 73.

rativo categórico de vivir en una libertad mínima pero real, indiscutible e indiscutida.

Aunque en las normas no se acuse, lo cierto es que, en nuestro medio social, esta disminución de libertades es sentida, acusada y patente.

Tal vez la dificultad sea medial y técnica, en el sentido de poder trasladar y solucionar esta oposición de seguridad y libertad en una norma que respete sin coartar y que sirva a la convivencia sin encajonar. Algo, evidentemente, que se inscribe en la literatura utópica de nuestra más rancia tradición publicística.

En nuestro Derecho local de hoy, a pesar de las contundentes afirmaciones sobre la Autonomía Local, es lo cierto que el sistema de la Ley 7/1985, de 2 de abril (que podría resumirse diciendo que «La Ley de Régimen Local y sus Reglamentos no contienen todo el Derecho local, que ha de complementarse con las restantes leyes y disposiciones sectoriales»), nos plantea gran número de problemas en múltiples campos del Derecho Administrativo especial, como son, entre otros muchos, el régimen de espectáculos, la asistencia social, las actividades molestas... todos ellos en relación siempre a la real delimitación de las potestades de policía municipal en un campo concreto que deben compartirse, en la realidad, con otras Administraciones. La fragmentación de las leyes sectoriales, las definiciones sobre la salvaguardia de los intereses predominantes de cada Ente Administrativo, nos sitúan ante una difícil articulación de competencias, agudizadas, además, por la tendencia de cada Órgano a afirmar su existencia con su actividad, como una primordial justificación de existencia y operatividad. Todo ello, en materia de policía y desde el punto de vista del administrado, conlleva un riesgo claro y la necesidad de que, a nivel básico, se definan de un modo más omnicompreensivo posible los grandes ejes de la actividad de policía local soslayando, no obstante, las obviedades y los lugares comunes.

2. Los Servicios públicos locales y sus formas de gestión: situación presente.

La materia de las formas de gestión de los servicios locales ha sido amplia y novedosamente regulada en el nuevo sistema.

En el artículo 85 de la Ley 7/1985, tras definir, en el párrafo 1 los servicios públicos como «cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales», reestructura las formas de gestión tanto directa como indirecta:

«Artículo 85.2 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».*

Las notas más destacables de esta regulación fueron:

a) En el supuesto de gestión por la misma Entidad no se hizo distinción entre que el servicio se gestionara con o sin órgano especial de administración a que se refería el artículo 158 de la L.R.L. y el artículo 67.1.a) del R.S.

b) Se sustituyen las denominaciones de Fundación Pública por Organismo Autónomo Local; Sociedad Privada por la de Sociedad Mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la Entidad local, en la gestión directa, y Sociedad Mixta por Sociedad Mercantil «cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local».

c) Se incorpora como nueva forma de gestión a la cooperativa legalmente constituida.

d) Se incorpora como nueva forma de gestión indirecta la gestión interesada.³

En el T.R.R.L. hallamos las siguientes innovaciones:

1. Sobre clasificación de formas de gestión. Se ratifica el sistema de clasificación tradicional (artículo 95).⁴
2. El arrendamiento: el arrendamiento (artículo 95.2 T.R.R.L.) se define en términos muy concordantes con los del artículo 138 R.S. («servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación, o que sean propiedades de ésta», en el primer texto legal, y «las instalaciones de su pertenencia», en el segundo).
3. La gestión directa mediante organización especializada: se reintroduce la gestión directa con órgano especial de Administración (artículo 67.1.^a.b del R.S.) que recibe el nombre de «gestión directa mediante una organización especializada».

Así en el artículo 101 del T.R.R.L. se afirma: «I. 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. II. A propuesta de dicho Consejo el Alcalde o Presidente designará el Presidente».

No existen diferencias fundamentales, ya que se mantiene la estructura del Consejo de Administración (artículo 71 y 72 R.S.), una individualización presupuestaria⁵

2. «Llei 7/1985...» cit. p. 74.

3. Véase nuestro trabajo. «La gestión interesada en la Administración Local». «Estudios prácticos sobre contratación local», *Civitas*, 1982.

4. Artículo 95. «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. Artículo 102 T.R.R.L.: «I. 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».

dentro del presupuesto único de la Corporación, yendo por tanto a las líneas generales de los artículos 76 a 84 y quedando, en consecuencia, la definición concreta de esta forma de gestión para el nuevo Reglamento de Servicios.

No obstante, por el momento, pueden destacarse los siguientes puntos:

- a) El T.R.R.L. no señala el número de miembros del Consejo de Administración, mientras que sí lo hacía el artículo 73 R.S.
- b) El Gerente es designado también por la Presidencia (artículo 101.2 T.R.R.L. y 74.1 R.S.).
- c) No se determinan, en el T.R.R.L., las competencias del Consejo de Administración y Gerente, por lo que, en principio, parecen aplicables los artículos 72 y 75 del R.S.
- d) En el estado de ingresos de la sección presupuestaria propia de la organización especializada no se prevén las cantidades expresamente consignadas para tal fin en el presupuesto único de la Corporación, aunque no se ve que pueda existir inconveniente jurídico para ello (artículo 77.c R.S.).
- e) El fondo de reserva se prevé muy someramente (artículo 103.3 T.R.R.L.), definiéndose a las Ordenanzas el establecimiento de su cuantía.

3. La iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas.

3.1. *El artículo 128.2 de la Constitución. como elemento habilitador en la materia.*

El artículo 128.2 de la Constitución afirma:

«Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán 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 visto en este artículo, juntamente con los restantes sobre materia económica (artículos 38, 33) una especial configuración de la economía pública: «Todo lo cual determina que, para el cumplimiento de los cometidos constitucionales, los poderes públicos tengan que asumir un protagonismo destacado en el terreno de la actividad económica. Esta configuración del papel económico del Estado no es, por otra parte, rasgo exclusivamente característico de la situación española, puesto que como afirma García-Pelayo: "Podemos considerar el Estado de nuestro tiempo como un gigantesco sistema de distribución y redistribución del producto social cuya actualización afecta a la totalidad de la economía nacional, a las policías de cualquier especie y a los intereses de todas las categorías y estratos sociales"».⁶

El precepto, por tanto, nos entronca la materia con un campo más amplio y ambicioso: la iniciativa pública, entendida fundamentalmente como del Estado pero que, evidentemente, puede reducirse al concepto de administración pública, como sujeto de Derecho Público.

El precepto merece un estudio matizado, dado que, precisamente, es el que

6. LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO. «Comentarios a la Constitución». *Civitas*. 1980, 1.ª edición, p. 1347.

fundamenta constitucionalmente la actividad de los Entes Locales en el campo económico.

El profesor Garrido Falla, comentando la expresión del artículo 128.2, «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica», se pregunta:

«Pero ¿qué se esconde tras esa expresión? ¿Constituye una incongruencia constitucional la existencia de los dos preceptos constitucionales?»⁷

«La iniciativa pública supone, pues, el reconocimiento constitucional de la posibilidad de *nacionalizar* —es decir de transferir del sector privado al sector público— actividades económicas...».⁸

Entre las notas de nuestro sistema constitucional podemos destacar las siguientes:⁹

a) «El principio de libre empresa es aplicable a la creación por particulares de establecimientos que suponen prestación de bienes y servicios al público, salvo en relación con aquellos recursos o actividades reservados al sector público por la Constitución o por ley dictada de acuerdo con su artículo 128.2.»

b) «Viceversa, la iniciativa pública permite la creación ex novo de empresas y establecimientos públicos en concurrencia con los privados y sometidos a su mismo régimen jurídico. El nacimiento requiere una causa de interés público, que parece implícita en los establecimientos asistenciales, pero no en los puramente económicos».

¿Qué «traducción» puede hacerse del anterior texto al Régimen Local vigente? ¿Qué modificación fundamental ha irrogado la nueva legislación?

El artículo 86.1 y 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril,¹⁰ establece una amplia posibilidad de ejercicio de actividades económicas, para toda clase de Entes Locales, siempre que el uso de tales actividades sea económicamente aceptable. La Ley no prejuzga el juicio de la Corporación, al respecto. Exige, sencillamente, que se acredite la «*conveniencia y oportunidad*» de tal iniciativa. Aquí también se establecen unos amplísimos conceptos jurídicos indeterminados que se abstienen sobre los principios de libertad de empresa y de subsidiariedad, permitiendo, sin duda, a los Entes Locales, resolver la cuestión, según sus especiales circunstancias, la teleología de sus acuerdos y, obviamente, la ideología política que subyace en estas cuestiones fundamentales sobre la estructura económica y la incidencia de la actividad local en la misma. El

7. «El modelo económico en la Constitución Española». Instituto de Estudios Económicos. 1981., p. 64.

8. «Pero la lectura del resto del artículo 128.2 establece determinados condicionantes: I) ante todo que se haga mediante ley; II) además, que afecte a un tipo de bienes o riqueza («recursos») o actividades («servicios») que tengan carácter de «esenciales» (concepto indeterminado que pone evidentemente muchas facultades de apreciación discrecional en manos del Parlamento y algunas en manos del Tribunal Constitucional en caso de recurso de inconstitucionalidad); III) en fin, la nacionalización se hace globalmente de la actividad o de los recursos (por ejemplo la banca, los seguros, los hidrocarburos o la producción hullera), no de una empresa concreta. Pues si ésta fuese de necesaria adquisición por razones de utilidad pública, bastaría con aplicar el procedimiento de la expropiación forzosa» (Profesor GARRIDO FALLA, *loc. cit.*).

9. Profesor GARRIDO FALLA. *Loc. cit.* p. 73.

10. Artículo 86.1. «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».

tema nos conduce al denominado, en Francia, «socialismo municipal», que debemos estudiar en relación con el expediente de municipalización.

Lo cierto —y ello es muy importante— es que los Entes Locales tienen una amplia potestad discrecional para iniciar y desarrollar una actividad mercantil e industrial.

¿Cómo puede conjugarse y equilibrarse esta potestad discrecional con el principio de libertad de empresa de los particulares, consagrado en el artículo 38 de la Constitución?

No parece que el principio de subsidiariedad haya sido recogido en el vigente régimen local, al menos teniendo en cuenta los principios positivos expuestos. La Administración —cualquier Administración, dentro de sus competencias— puede competir con los particulares en un marco de libre concurrencia. Ello parece evidente en una interpretación armónica y ponderada del Derecho vigente. Sin duda, tal actuación deberá basarse, en todo caso, en un «interés general prevalente», en una «utilidad pública» especial, como exige el Profesor Gaspar Ariño,¹¹ con carácter general. Ahora bien, el concepto constitucional de Administración ya conlleva este interés general, como un *príus* de todas las actuaciones administrativas en cualquier campo y mucho más actividades mercantiles e industriales, donde efectivamente existe esta paradoja de los artículos 38 y 128.2, esta ambivalencia de dos principios fundamentales, la libre empresa y la iniciativa pública, que puede dar pie a cualquier solución práctica, híbrida y compleja.

3.2. *Formas del ejercicio de la actividad económica: régimen de libre concurrencia y régimen de monopolio. La reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades Locales.*

Hemos visto que el punto candente en la actividad económica de los Entes Locales es el régimen de monopolio, en cuanto que se opone a la economía de mercado, sistema histórico de la sociedad española, con todas las matizaciones que quieran formularse, salvo períodos concretísimos, siempre de carácter anecdótico y sin tradición real.

En el sistema de la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de junio de 1955, se llegaba a este monopolio mediante la figura de la municipalización o provincialización, según se tratara de Municipios o Provincias.

El procedimiento era extremadamente prolijo y formal. La doctrina criticó, en los últimos años, la correlación que existía entre municipalización (con monopolio o sin él) y distintas y concretas formas de gestión de los servicios públicos locales. Así, en la práctica administrativa, por ejemplo, no podía recurrirse a la Sociedad Privada Municipal o Provincial o a la Sociedad Mixta sin proceder, en primer lugar, a la correspondiente municipalización,¹² que era vista dentro de la gestión directa, con carácter general. La consecuencia final era que el concepto y el expediente de la municipalización habrían perdido su sentido etimológico de asunción de una actividad privada, de naturaleza mercantil o industrial, por el Ente Local, dado que eran, simplemente, la metodología procedimental para llevar a la práctica alguno de los

11. «La Empresa Pública». «El modelo económico en la Constitución Española». Tomo II, p. 95.

12. Así en el artículo 102 del Reglamento de Servicios de 1955 se afirma: «En las Empresas Mixtas, los capitales de las Corporaciones Locales y de los particulares o de aquéllos entre sí, se aportarán en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización».

modos de gestión que hemos indicado. La Ley 7/1985, de 2 de abril, parece que había superado tal estado de cosas, sustituyendo la figura de la municipalización por el ejercicio de la iniciativa pública, de acuerdo con la terminología y la sistemática del artículo 128.2 de la Constitución que hemos estudiado. No obstante, la propia Ley 7/1985, al regular el *quorum* del artículo 47.3.f) sigue refiriéndose a la «Municipalización o Provincialización de actividades en régimen de monopolio y aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente».

En el artículo 86 de la Ley 7/1985 no se exigía otro requisito procedimental que el expediente justificatorio de la oportunidad y conveniencia, sin referencia a otra formalidad de especie alguna. Así, no se habla de exposición pública del expediente, que era trámite concretamente previsto en el artículo 63 del Reglamento de Servicios.

La ausencia de norma concreta sobre los reales efectos derogatorios de la Disposición Derogativa Unica, c) de la Ley 7/1985, cooperó a la impresión de que la «Municipalización» y la «Provincialización» habían desaparecido como sistemas concretos de asunción de servicios por los Entes Locales.

Por otra parte el artículo 86.3 de la propia Ley 7/1985 verifica una contundente y solemne definición.¹³

Parece que esta *reserva legal* y específica de un *numerus clausus* de servicios, a la que puede añadirse, según el propio texto legal, una serie indeterminada de actividades, permitía, a nivel estatal y de Comunidades Autónomas, potenciar este nuevo mecanismo que debe verse en el marco del artículo 128.2 de la Constitución, esto es, habiéndose dado cumplimiento a la habilitación legal exigida constitucionalmente para que la *publicatio* de un concreto campo económico tuviera base suficiente a una posible actuación, para un Ente Local. Es importante destacar que la efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere la aprobación por el Órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma (artículo 86.3).

En definitiva, en la Ley 7/1985, se prevé un procedimiento de declaración del Ente Local y una aprobación de tutela concreta. El nudo del problema reside en la funcionalidad que la Ley debe tener en materia de reserva para entes locales. Al comentar la expresión «*mediante ley*», Luis M. Cazorla Prieto,¹⁴ entiende que «tal expresión garantizaba que la reserva al sector público tenga que realizarse siempre a través de una ley formal que así lo autorizase... Sin embargo, no todas las reservas al sector público de recursos o servicios esenciales han de ser grandes nacionalizaciones; piénsese en las provincializaciones y municipalizaciones de servicios de tanta tradición jurídico-local, ¿es que también se va a exigir una ley formal para provincializar o municipalizar un servicio esencial para estas comunidades, modesta manifestación de reserva al sector público? Es evidente que no, pues lo contrario sería reducir al absurdo la norma y condenar a estas formas de reserva de servicios o recursos esenciales en tales ámbitos a la inexistencia»¹⁵.

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. 1.351.

15. «En estos supuestos, porque entre otras cosas en el debate constitucional no fueron contemplados, hay que interpretar la expresión «mediante ley» de un modo flexible como manifestación de que tales reservas se deberán hacer en el cuadro de una ley formal, que especifique los requisitos para ello, pero sin que en cada caso se requiera una ley formal al efecto.» L. M. CAZORLA PRIETO. *loc. cit.*

La conclusión que se desprende del desarrollo de la cuestión es que la referencia y reconducción de la municipalización al concepto de «reserva» y al amplísimo marco del artículo 128.2 de la Constitución, comporta una magnificación del tema, nos lleva a una excesiva generalización de la cuestión, dado que, como puede comprobarse en el desarrollo procedimental, el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, ha supuesto una revisión tradicionalista de los conceptos, yéndose a la simple superación y remozamiento de la institución de la municipalización, obsoleta en muchos puntos.

3.3. *Estudio del procedimiento para el ejercicio de actividades económicas: el artículo 97 del T.R.R.L. y su problemática práctica. La expropiación de concesiones y Empresas.*

3.3.1. *El artículo 95 del TRRL y su problemática práctica.*

En el artículo 97 del R.D. Legislativo 781/1986, de 18 de abril, se habla de un expediente que se califica de necesario para el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales. En realidad, como hemos dicho, nos hallamos en la línea procedimental de la «municipalización», expediente que estaba regulado en los artículos 56 y siguientes del Reglamento de Servicios. En un prisma de simple paralelismo de los procedimientos administrativos, en ambos textos normativos, podemos sentar las siguientes observaciones fundamentales, sobre las innovaciones que el T.R.R.L. ha conllevado:

- a) La Comisión Especial que actuará en el procedimiento se designa en el seno de la propia Corporación, ya que indica, tan sólo, que tal «Comisión de Estudio» estará «compuesta por miembros de la misma y por personal técnico». En los artículos 56 y 57 del Reglamento de Servicios se iba a una compleja estructura en la que estaban representados elementos externos del Ente Local, como eran un Abogado del Estado, uno o más médicos, representantes de los usuarios, todos ellos designados por distintos Órganos y Entidades. Con esta modificación se ha planteado la cuestión en términos mucho más realistas.
- b) La Memoria es redactada por la Comisión y debe versar sobre aspectos social, jurídico, técnico y financiero, es decir, estudiando aquellos aspectos esenciales para la iniciación de tal actividad económica.

La Memoria debe concluir en una doble determinación:

- «La forma de gestión entre las previstas en la Ley».
- «Los casos en que debe cesar la prestación de la actividad».

Igualmente, acompañará a la Memoria un Proyecto de precios del servicio. En este Proyecto se tendrá en cuenta la filosofía del T.R.R.L.: «*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*».

Con ello se nos plantea la primera cuestión fundamental: ¿La Ley 7/1985, de 2 de abril, y su desarrollo en el T.R.R.L., nos dibujan una actividad económica subsidiaria o potencialmente competitiva con la empresa privada, en el plano que los artículos 38 y 128.2 de la Constitución han establecido?

Entendemos que la normativa vigente de Régimen Local establece un campo de discrecionalidad autoorganizativa, ya que la actividad económica, en general, sólo debe ser definida, para un legítimo uso de la misma, por la «conveniencia y oportunidad» de que nos habla el artículo 86.1 de la Ley 7/1985.

La existencia de tal base de actuación concede una gran libertad de planeamiento económico a los Entes Locales, remitiéndonos, aquí, a las consideraciones que el artículo 128.2 de la Constitución nos ha sugerido.

La resolución concreta de las actividades que podrán y deberán ejercitarse la adoptará cada Corporación en el contexto concreto de sus medios y de sus programas políticos. La postura predominante en el T.R.R.L., por tanto, es la actividad económica directa, sin sujeción a una necesaria subsidiariedad, coincidiendo con la postura doctrinal más corriente. Ello nos reconduce al tema del «socialismo municipal», típico del derecho municipal francés y de indudable interés para nuestro tema, justificando así la atención que le prestamos.

En la doctrina francesa clásica se nos afirma que «si nos referimos a los exclusivos textos originales, la intervención económica de las colectividades locales parece excluida, y su interpretación nos lleva a entender que conviene dejar a las sociedades privadas el cuidado de asegurar el conjunto de servicios mercantiles», en expresión de Jean-François Auby.¹⁶ Es decir, existe una clara inclinación por la empresa privada, en lógica correlación con las premisas de la época. La jurisprudencia del Consejo de Estado desde su resolución «Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers» de 30 mayo 1930¹⁷ determinó dos criterios justificatorios del «socialismo municipal».

- «Existencia de circunstancias particulares de tiempo y de lugar». Con ello debe entenderse la ausencia de satisfacción de una necesidad de interés general, lo que se designa frecuentemente con el concepto de «carencia de iniciativa privada».
- «Existencia de un interés público».¹⁸ Lo cierto es que la propia imprecisión de los condicionantes expuestos ha conllevado que en Francia haya existido una evolución, en sentido aperturista, en orden a la actividad mercantil e industrial de los Entes Locales.

En un terreno estrictamente histórico, como ha estudiado Roland Debbach,¹⁹ en 1981 existió un rejuvenecimiento de esta vieja idea del «socialismo municipal», con la ascensión al poder de la izquierda, en base a las siguientes razones:

«La intervención económica local apareció como desarrollo de una evolución necesaria de la economía liberal». La proximidad de los Entes Locales a la realidad económica, el paro, los penosos resultados en los medios locales del cierre de muchas empresas, justificaron la «voluntad de ruptura con el cuadro jurídico anterior, profundamente marcado por la libertad de comercio e industria».

Es evidente que esta situación, al menos en sus líneas generales, nos aproxima al cuadro español desde 1980, en muchos puntos.

16. «*Les services publics locaux*», «Que sais-je?». París, 1982, 1.^a édition, p. 11.

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

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

19. «*L'intervention économique des collectivités locales après les lois de décentralisation*». R.D.P. 1986-2, p. 497.

Los riesgos de esta actividad económica local son claros, tanto en el caso francés como en el español:

a) El riesgo económico y financiero.²⁰ La actividad económica local no puede oponerse a los grandes planes y directrices económicos del Estado.²¹

b) «Existe otro riesgo sin duda más serio. Es el de desviar las finanzas locales de su finalidad tradicional, consistente, en principio, en crear y gestionar los equipamientos colectivos. Esta mutación podría provocar un crecimiento considerable de los gastos. Podría pensarse que la limitación financiera, por sí misma, determinará la adecuada división entre aquello que sea propio del Estado y el ámbito local. Es necesario constatar que, generalmente, no ocurre así, como saben bien los hacendistas. Ciertamente, las Entidades Locales carecen de medios suficientes. Los presupuestos resultan limitados, después de muchos años, por un conjunto de rigideces. Ello no evita intervenciones excesivas.» «Los Entes Locales se hallan, así, ante una difícil elección, casi un dilema: la diversificación de su campo de acción es deseable pero supone el riesgo de abocarles ya a descuidar su función primaria, ya a asumir riesgos financieros considerables.»

El esquema de la problemática, en su aspecto panorámico, responde exactamente a nuestro presente.

En conclusión, existen múltiples razones que pueden avalar la intervención de los Entes Locales en el campo mercantil e industrial, vistos los amplios márgenes que concede la vigente legislación. Ahora bien: *¿Hasta qué punto esta actividad municipal puede considerarse idónea y recomendable, en un caso concreto?*

Como hemos visto, los riesgos (desviación de los recursos económicos afectos a competencias netamente locales y asunción de riesgos financieros excesivos) son evidentes y deben sopesarse cuidadosamente. Entendemos que no pueden generalizarse, en esta materia, dado el extremadísimo casuismo que podemos hallar en la práctica local, pero que, en todo caso, debe recomendarse la mayor prudencia y circunspección posibles, dada la indudable dificultad económica que una iniciativa, de tal naturaleza, puede suponer para un Ente Local.

Pero volvamos al expediente del artículo 97, que es motivo concreto de estudio: Los trámites procedimentales, en general, son:

1. Exposición pública de la Memoria, después de ser tomada en consideración por la Corporación.

No se habla de una aprobación inicial sino tan sólo de una «toma en consideración», vista como un trámite concreto de conocimiento general de la iniciativa económica de que se trate.

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

21. En el «*Plan Intérimaire — 1982-1983*» se indica que es necesario evitar que «las políticas locales entren en contradicción con la política nacional». Precisa los objetivos de las normas sobre ordenación del territorio en el sentido de facilitar el desarrollo de las iniciativas y posibilidades locales, obrar en favor del mantenimiento del empleo, coordinar la creación, la extensión y la gestión de los equipamientos de interés general y limitar la concurrencia entre colectividades territoriales. En las leyes de descentralización francesas es evidente la preocupación por la coordinación de los objetivos de Estado y Región y de los Entes Locales.

2. La exposición pública de la Memoria será por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formularse observaciones, por los particulares y las Entidades.

Lógicamente, la exposición pública puede ser superior a los treinta días naturales, en su mitad, llegando, por tanto, hasta el tiempo de cuarenta y cinco días naturales. No se indica en qué medios de comunicación social deberá verificarse tal exposición. En el artículo 83 del R.S. se exigía el B.O.E. y el B.O.P., que, en principio, parecen igualmente exigibles.

3. Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad Local.

Queda muy claro que no existe otra aprobación municipal, en sentido estricto, que la prevista en el art. 97.1.d) del T.R.R.L. En el sistema anterior, Fernando Albi²² distinguía el acuerdo inicial (art. 168-a de la LRL, texto refundido de 24 de junio de 1955), el «segundo acuerdo preparatorio» (equivalente a la toma en consideración, estudiada) y el «acuerdo final», en cuanto a la Corporación se refiere. En todo caso, posteriormente, se exigía una aprobación tutelar, que variaba según la clase de municipalización de que se tratara. En el vigente régimen, el art. 86 de la Ley 7/1985, se limita a insistir en el carácter definitivo de la aprobación municipal, a no ser en caso de la «efectiva ejecución» de estas actividades en régimen de monopolio, en el que se requiere la aprobación del órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 86.3 *in fine*).

El *quorum* de aprobación por el Ayuntamiento Pleno, en el caso de monopolio, será la mayoría absoluta del número legal de miembros (art. 47.d.f) de la Ley 7/1985).

Cabe destacar que en dicho artículo 47.3.f) se utiliza de nuevo la expresión «municipalización o provincialización de actividades en régimen de monopolio», lo cual nos sitúa ante una continuidad del procedimiento de «municipalización», a pesar de que la filosofía de la Ley 7/85, como hemos estudiado, gira en torno de la iniciativa pública y de la reserva de actividades o servicios esenciales. En el T.R.R.L. vemos, efectivamente, cómo se renueva el esquema procedimental del Reglamento de Servicios, con la adaptación a la mayor flexibilidad e informalismo, que la evolución del derecho local ha comportado.

4. Aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en el caso de monopolio.

En el art. 86.3 de la Ley 7/85 y en el art. 97.2 del T.R.R.L. se utiliza la expresión «aprobación», escuetamente, lo que nos sitúa ante un acto de tutela concreta y clara.

¿En qué caso es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o del «órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma donde existiese»?

Si consultamos la legislación propia del Consejo de Estado, comprobamos que en la Resolución de 3 de marzo de 1982 (BOE núm. 65, de 17 de marzo) se prevé la

22. «Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales». Aguilar. 1960, p. 249.

intervención consultiva del Consejo de Estado en relación con los arts. 166.3 de la L.R.L., texto de 1955, y 64 del R.S. Es decir, la municipalización con monopolio exige, preceptivamente, el dictamen del Consejo de Estado. En el momento presente parece prudente continuar con tal trámite, aunque el art. 97.2 *in fine* del T.R.R.L. utiliza una expresión 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 régimen procedimental descrito destaca la fijación de un plazo de tres meses, en el que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma deberá resolver sobre su aprobación.

El plazo queda interrumpido por el tiempo invertido en evacuar la consulta, con lo que, en aplicación del art. 95 de la L.P.A., nos hallamos, en caso de transcurso de tal plazo de tres meses, en general, ante una situación de derecho positivo.

En conclusión:

a) La «municipalización» y «provincialización» del Reglamento de Servicios quedan sustituidas por el «ejercicio de actividades económicas», que debe centrarse en toda la teoría de la actividad administrativa correspondiente.

b) Se mantiene la diferenciación entre actividades sin monopolio y con monopolio, en una clara reminiscencia de la municipalización/provincialización, pero con una considerable flexibilización procedimental aunque basada en las líneas tradicionales del expediente.

c) El juicio de la reforma debe ser ampliamente favorable, ya que existía un evidente desfase entre los trámites y las finalidades que podían obtenerse con la municipalización,²³ que queda superado en el actual sistema.

d) No se puede considerar que las posibles cuestiones fundamentales hayan sido solucionadas totalmente, en orden a una disciplina jurídica completa de los modos de gestión de los servicios locales, pero sí se han establecido unas bases normativas más adaptadas a las exigencias del presente. Sigue en pie la figura contractual nominada de la gestión de los servicios públicos, con toda la problemática conceptual que comporta y que no ha sido ni siquiera nombrada en el Real Decreto legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado, para adaptarla a las directrices de la Comunidad Económica Europea.

23. Recordemos los duros términos de las conclusiones de *Albi*, sobre la municipalización (*op. cit.*, p. 259): «a) La municipalización no se identifica con las formas directas. Hay modalidades de esta clase que no requieren el trámite municipalizador, mientras, que por otra parte, son normales las municipalizaciones que utilizan procedimientos indirectos... b) Tampoco resulta adecuado el contenido económico, la noción de empresa, para caracterizar el fenómeno municipalizador... La denominada municipalización no atribuye nada al Municipio que éste no posea ya potencialmente... c) La idea del beneficio, del lucro, tan directamente conectada con la economía se ha demostrado incapaz para resolver el problema que estamos examinando. El beneficio no pasa de ser una simple posibilidad, sin la cual la municipalización resulta perfectamente viable: sin que, por otra parte, exista ninguna dificultad legal para la participación en beneficios de empresas no municipalizadas y, concretamente, en las concesiones... d) Entre monopolio y municipalización no se produce un enlace especial. Existen municipalizaciones sin monopolio. e) La municipalización supone un procedimiento especial».

3.3.2. La expropiación de concesiones y empresas.

Una de las cuestiones más oscuras de la práctica de la municipalización con monopolio era la expropiación de Empresas industriales o el rescate de concesiones.

En el art. 171 se establecía un procedimiento de valoración deferido al Ministro de la Gobernación.²⁴

El Reglamento de Servicios, en sus arts. 52 a 55 desarrollaba este supuesto especial de expropiación, con una remisión supletoria a la Ley de Expropiación Forzosa, en relación con todo lo dispuesto en la Ley de Régimen Local y en el propio Reglamento de Servicios.

Este sistema fue discutido en la doctrina.²⁵

En el presente momento la cuestión queda definida en el art. 99 del T.R.R.L., en base a las siguientes directrices:

a) Se establece que la «efectiva ejecución en régimen de monopolio de alguna de las actividades a que se refiere el art. 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 plazo de aviso a las empresas industriales, comerciales o concesionarios, será de seis meses, siguiente un plazo ya fijado en el art. 171 de la L.R.L.

c) El justo precio se determinará según las reglas y el procedimiento establecidos en el Cap. III del Título II (arts. 24 a 47) de la L.E.F., con la precisión de que el funcionario técnico a que se refiere el art. 32.b) de dicha Ley será designado por la Corporación Local interesada. La forma en que se resuelve el expediente es coherente y, sobre todo, sistemática, ya que enmarca la cuestión dentro del campo de la expropiación forzosa y, con ello, se superan todas las dificultades sistemáticas que se planteaban, en definitiva un sistema de obtención del justo precio distinto del régimen común del Estado español.

Sin duda, esta imbricación de la materia con toda la doctrina jurisprudencial de la L.E.F. y de su Reglamento, ha de permitir resolver la riquísima casuística que esta materia puede presentar. La experiencia práctica nos demuestra que en este campo (singularmente en algunos servicios municipales de Abastecimiento domiciliario de agua) existe una amplísima y rica variación de supuestos atípicos que tienen, muchas veces, un difícil encuadre en los estrictos moldes legales. Al definirse la expropiación de concesiones y empresas como una modalidad de la expropiación forzosa, nos permite utilizar las nociones y técnicas ya consagradas por una práctica cristalizada en muchos años de jurisprudencia.

24. Art. 171.1. «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.»

25. «La intervención del Ministerio debe entenderse sustituida por la del Jurado Provincial de Expropiación según dispone el art. 85 de la Ley de Expropiación Forzosa y 101 de su Reglamento» (Nota al art. 53 de la LRL, en la Edición de la Ley de Expropiación Forzosa del BOE, Madrid, 1979, 7.ª ed., p. 501).

3.4. *Gestión directa e indirecta. Problemática teórica y práctica.*

3.4.1. Gestión directa versus gestión indirecta.

El art. 85.3 y 4 de la Ley 7/85, de 2 de abril, establece una clasificación de las formas de gestión en dos campos, la directa y la indirecta.

La cuestión tiene grandes puntos de contacto con la actividad económica de los Entes Locales, en su más amplio sentido. Y por ello con una incidencia lógica en el campo contractual.

Históricamente —y ésta es la postura de la doctrina liberal—, el principio del «contratista intermedio» era un dogma lógico en una Administración minimalista. En base a la evolución a que nos hemos referido someramente, este principio ha sido erosionado fundamentalmente por muy diversos factores, históricos y sociales, y ha sido sustituido por el del «contratista colaborador» y, en general, por una valoración abstracta y pragmática, desapasionada, en materia de la teoría de los modos de gestión, sin que quepa establecer un *prius*, para todas las situaciones.

Con carácter general. J.-F. Auby nos afirma:²⁶ «El principio mismo de la gestión indirecta (“*déléguee*”) hoy es criticado con frecuencia. Numerosos elegidos ven en ella una comodidad, pero un número creciente de no elegidos y de usuarios le reprochan ofrecer una situación de monopolios a empresas privadas, movidas únicamente por la perspectiva del beneficio. Para algunas personas, la idea del servicio público sólo es compatible con una gestión directa (“*régie*”). Para otros, las condiciones de la gestión indirecta deberían ser revisadas para reforzar las vinculaciones del servicio público».

La concentración financiera en manos de grandes Empresas o grupos de Empresas, con la fragmentación y la existencia del gran número de Municipios que existen en Francia, llevan al siguiente diagnóstico:

«Los inconvenientes de esta situación, que, por otra parte, presenta la ventaja de una mayor economía de medios, son conocidos:

- de una parte, la negociación entre un grupo poderoso y un pequeño Ayuntamiento es, frecuentemente, delicada para éste...
- La solución mediante la concurrencia, que podría paliar estos inconvenientes, es, en muchos casos, ilusoria...».

Ante esta situación se han propuesto dos actuaciones posibles:

- La nacionalización de las grandes sociedades de servicios públicos.
- Una actuación activa de la Administración, mediante la utilización de unos pliegos de condiciones tipo, vinculantes o facultativos, donde se garanticen aquellos aspectos del servicio público más vinculados a los intereses generales.

Este cuadro, del momento francés, puede considerarse muy adaptado a nuestro presente administrativo, *servata distantia*. El fondo de las dudas que se presentan ante el dilema gestión *versus* gestión indirecta es el mismo. Y, sin duda, existe, igualmente, la misma y necesaria ponderación de todos los elementos que, en cada caso, son los que habrán de aconsejar, en un caso concreto, la forma a utilizar, del conjunto de técnicas posibles, sin atender, insistimos, únicamente, posiciones previas

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

de raíz política, sociológica o de valoración ética y atendiendo a los factores concretos, de toda especie, que deberán decidir la elección específica del sistema de gestión del servicio.

3.4.2. La gestión directa: formas concretas.

El T.R.R.L. ratifica (art. 100) la posibilidad de que todos los servicios incluidos en el art. 86.3 sean prestados por gestión directa a «cargo del personal directamente dependiente en su actuación de los acuerdos y actos de los órganos de gobierno de la Corporación Local». El precepto no hace otra cosa que insistir en la titularidad plena y en la total competencia local, para decidir la modalidad de gestión a través de su propia estructura de medios personales y reales en el campo de los llamados «servicios esenciales». En este sentido, el art. 68 del R.S., coincide con el art. 42 del mismo Reglamento, en sus líneas generales.

Las formas previstas, como hemos visto, son:

a) Gestión por la Entidad Local.

No presenta modificaciones sustanciales. Así, en el art. 95 del Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, se insiste en que «los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa». En el mismo sentido, el art. 43 del R.S.

Es importante la subdivisión de la gestión por la Entidad Local denominada «organización especializada» que supone una individualización orgánica. Todas las características propias y tradicionales del «órgano especial de administración» pueden ser aquí recordadas, ya que continúan vigentes, en sus grandes líneas generales.

Será necesario esperar al Reglamento de Servicios actualizado, que nos definirá exactamente el detalle del ordenamiento de esta forma de gestión, sin duda una de las más utilizadas por Corporaciones de tipo medio, dado que, a pesar de su incipiente autonomía administrativa, permite un control presupuestario y una actuación diferenciada. Por el momento, por ejemplo, la escueta referencia del art. 102.3 del T.R.R.L., sobre los fondos de reserva, ha de ser completada por los artículos 81 a 84 del R.S.

b) Organismo autónomo municipal.

El origen de la nueva denominación se remonta al art. 84.3.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, sin que en el T.R.R.L. hallemos referencia a esta figura concreta. Por ello —y hasta que el nuevo Reglamento de Servicios decida la cuestión—, seguiremos aplicando los arts. 85 a 88 del R.S.

La inadecuación de las denominaciones es notoria (la antigua y la vigente), para muchos de los supuestos que se incluyen en esta forma de gestión. Muchos Entes Locales se encuentran ante un cúmulo de formas organizativas y participativas que, hasta el momento, han sido calificados como Patronatos o Consejos, a falta de mejor titulación.

Desde un punto de vista práctico y hasta que exista nueva reglamentación que inove el régimen jurídico, procede la tramitación de una Ordenanza Municipal, al amparo del art. 49 de la Ley 7/1985, en concepto de Estatuto, donde (art. 87 R.S.) se tendrán en cuenta los

órganos de gobierno. su competencia, así como las facultades de tutela de la Corporación que instituya la Fundación.

c) Sociedad privada municipal o provincial.

La dificultad práctica de la Sociedad privada local es obvia: a pesar de su veste mercantil no deja de ser una forma de gestión directa de un Ente Local.

Se nos plantea, en este punto, el clásico problema de la idoneidad de la Administración para actuar como gestor mercantil. El tema es polémico y, diríamos, situado en esta tierra de nadie de la Ciencia de la Administración, más que del Derecho Administrativo, donde la empresología y los conceptos sobre la actividad administrativa tienen su juego dialéctico y su ponderación efectiva.

En el nuevo sistema del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, se sigue manteniendo el art. 175.2 de la Ley de Régimen Local de 1955, en el art. 103.2, donde se establece: «*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 Sociedad privada municipal o provincial tiene, obviamente, la artificiosidad consustancial con una naturaleza jurídica que se ha ubicado a caballo del Derecho local y del Derecho Mercantil. Naturalmente, el espíritu íntimo y la raíz sociológica de las instituciones, muchas veces, son insobornables. La empresa privada municipal, organizada en forma de Sociedad de responsabilidad limitada, tiene unas características peculiares que casan difícilmente con la axiología de la Administración, que recurre a la forma mercantil por las facilidades prácticas que espera obtener, es decir, como mecanismo de trabajo, sencillamente. En muchos casos, la finalidad de lucro no se considera esencial, dentro de la visión general de la Empresa pública de que hemos hablado. La exigencia de beneficios no tiene por qué ser imprescindible, aunque en principio sea exigible, en el terreno puramente empresarial, un régimen de ingresos que haga viable la Empresa de que se trate.

En un terreno práctico parece útil recordar los trámites esenciales para la creación de una Sociedad Privada Municipal:

1. Redacción de una Memoria de Alcaldía o de la Comisión Informativa Municipal competente, en la que se exponga la motivación de la iniciativa.
2. El Secretario de la Corporación y el Interventor de Fondos, en su caso, emitirán los respectivos informes sobre los aspectos jurídicos y económicos de la cuestión.
3. Se tramitará el expediente previsto en el art. 97 del Texto Refundido de Régimen Local, con la aplicación del régimen de aprobación que proceda, según la actividad mercantil de que se trate, es decir, que se prevea con monopolio o sin él.
4. La resolución del expediente competirá al Ayuntamiento Pleno (art. 22.2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril) con la mayoría absoluta del número legal de miembros (art. 47.3.f) de la Ley 7/1985).²⁷

27. Un esquema de documentación imprescindible podrá ser: a) Escritura de otorgamiento por el Alcalde, donde constará: Constitución de la Sociedad, con detalle de su capital social, objeto, duración, domicilio y forma de representación del capital social, mediante acciones nominativas, totalmente suscritas, desembolsadas e intransferibles a persona distinta de su único titular, el Ayuntamiento o la Diputación. b) Los dictámenes de Secretaría e Interven-

En la reciente jurisprudencia registral hallamos la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985 (B.O.E. de 30 de septiembre), que ha merecido especial atención desde el punto de vista de la demanialidad,²⁸ en cuanto se negó la posibilidad de que un Ayuntamiento pudiera aportar, en concepto de capital social, diversos de dominio público, *in natura* («presas, canales y conducciones») y adscribir al patrimonio de la Sociedad otros bienes («conducción, terrenos, depósitos, manantiales y galerías, pozos, instalaciones, edificios, red de distribución, plantas potabilizadoras...»). En la resolución se llega a la conclusión de 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

En esta resolución comprobamos la difícil enhebración de los ordenamientos mercantil y administrativo, en puntos tan esenciales como el capital social y sus posibilidades de realización. En resumen: la Sociedad privada municipal, formalmente, es una conformación mercantil de un Servicio administrativo. En el fondo, esta consideración de servicio municipal —con todas las ambivalencias que se quiera— es un factor decisivo en el momento de plantearse y de resolver las grandes cuestiones del plan empresarial.

En realidad, el expediente personalizador en forma mercantil es un privilegio que se inserta en la ambigüedad de actuación de la Administración que, guste o no, encuentra su justificación en la convergencia de las técnicas y en un pragmatismo jurídico que tiende a hipostatizar determinados dogmas (en el caso, la forma societaria privada) de la Administración, soslayando, simplemente, los grandes principios que

ción. c) Certificación del acuerdo de la Corporación Plenaria. En la escritura constarán, asimismo, los Estatutos y el nombramiento del Consejo de Administración, cuyos miembros pueden, en su caso, aceptar previamente al acto de otorgamiento, el cargo, y que están sujetos a las correspondientes incompatibilidades.

28. Estudiada por FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ, «La Empresa Privada Municipal y los bienes de servicio público», y PABLO MENÉNDEZ, «Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público», *Civitas*, 47, julio/septiembre 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 —puesto que éste constituye la esfera de garantía de los acreedores de la Sociedad— como a reaccionar con la obligada reducción del capital (*cf.* 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 (*cf.* artículos 183 de la Ley y 79 de la Ley de 1955), y en particular por ser legalmente inembargables (*cf.* arts. 188 y 80 de dichas Leyes, respectivamente) y, por tanto, sustraídos a la acción de los acreedores sociales.»

En la Resolución de 12 de septiembre de 1985 se sientan, asimismo, interesantes observaciones sobre la naturaleza de las sociedades privadas municipales: «...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 de 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.» Así, sobre la prohibición estatutaria de la transferencia de acciones se dice que «confirma una exigencia expresa de esa legislación específica: Que la Corporación sea la propietaria exclusiva del capital social y que no pueda transferirlo (*cf.* art. 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...».

han dado origen a las Sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, en el propio Derecho privado.³⁰

Como tantas veces, el «sí, pero» nos lleva a la conclusión de que la realidad administrativa es distinta del arquetipo administrativo. El esfuerzo imaginativo necesario para llegar a estas nuevas técnicas será considerable, ya que, como se ve, las mismas normas nos plantean una difícilísima, por no decir imposible, materialización concreta de sus propios principios inspiradores. Sociedad privada municipal, «sí, pero...».

3.4.3. La gestión indirecta.

En el art. 104 del T.R.R.L. se nos plantean una serie de interesantes cuestiones sobre la gestión indirecta.

3.4.3.1. La empresa mixta.

La primera de ellas es la calificación de la Empresa Mixta como forma de gestión indirecta, ratificando, en definitiva, el criterio del art. 158 de la Ley de Régimen Local, de 1955, que la incluye en el género «convenio con los particulares». En cuanto al régimen jurídico, puede optarse por las formas de Sociedad Mercantil y de cooperativa (art. 104.1, T.R.R.L.).

En principio, existen «especialidades internas tanto estructurales como funcionales» aunque siempre *«sin perjuicio de terceros»*, es decir, ratificando la forzosa definición mercantil de la Sociedad Mixta, municipal o provincial.

En la Sentencia de la Sala 1.^a del T. S. de 21 de marzo de 1986 (Ponente: Sr. Malpica y González-Elipe) («La Ley», 2-7-1986) se 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 coordenadas 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 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 suer-

30. El Registrador Mercantil en su trámite de alegaciones, y en relación con el pacto prohibitivo de venta de acciones manifestó que «es frontalmente contrario al art. 46 de la Ley de Sociedades Anónimas: que el patrimonio de la Sociedad quedaría integrado exclusivamente por bienes de dominio público no susceptibles de enajenación ni embargo, y al no tener responsabilidad penal los socios, quedarían inoperantes todas las previsiones legales tendentes a obtener un equilibrio entre el capital y el patrimonio social, consecuencia lógica de la limitación de responsabilidad frente a los acreedores, quienes se verían inducidos a error y burlados, ya que sobre el patrimonio social no podrían hacer presa».

FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ (*loc. cit.* p. 393) afirma: «La crisis de la configuración de las Sociedades Anónimas y la oportunidad que ofrece el desarrollo del nuevo régimen local, junto a la necesaria reconstrucción doctrinal del dominio público, demanda la clarificación postulada, solventadora también de agudos problemas prácticos planteados. Pero, sobre todo, cada vez se hace sentir en mayor medida la conveniencia de una configuración positiva de un Estatuto de los llamados entes instrumentales. La concepción estatutaria del Derecho Administrativo puede servir adecuadamente de estructura teórica para esas personas de ropaje privado y fines públicos».

te que el acervo social permanece inalterable, sin corresponderse con el capital privado en su gradual y periódica devolución de la aportación original».

En el texto de la Sentencia se califica el estado de inalterabilidad del acervo social, en contraposición al capital privado, que debe ser amortizado. (Art. 111.3 R. S.).

Ahora bien, ésta es una más de las especialidades de la Sociedad mixta. Sin duda, la mayor de todas es el real *quantum* y significación de la aportación de la administración Local.

En el art. 109 del R.S. se prevé la fijación del valor de la aportación local «por todos los conceptos, incluido el de la concesión, si la hubiere».

En el art. 104.3 del T.R.R.L. se establece un precepto semejante, incluso más amplio, ya que se define:

- la posible aportación exclusiva de la concesión.
- la necesidad de la valoración de tal aportación en especie, que puede comprender «otra clase de derechos, así como instalaciones, equipamiento o numerario, siempre que tengan la condición de *bienes patrimoniales*». Ahora bien, ¿supone, esta fórmula expresiva, la exclusión de los bienes de dominio público?

Si la doctrina de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985 se extrapola a la teoría de la doctrina mixta, desde la Sociedad privada local, sin duda que los bienes de dominio público no tendrían la posibilidad de ser valorados, a efectos de la aportación *in natura*, al capital social. La inalienabilidad demanial (art. 80.1 Ley 7/1985) es efectivamente un obstáculo teórico insalvable para que tal aportación sea posible. La teleología del capital social —dentro de la dinámica de las sociedades con responsabilidad limitada— es la posible realización frente a terceros, con la conclusión de que mal puede realizarse un bien que es inalienable, imprescriptible e inembargable.

En el artículo 104.3 hallamos, efectivamente, la consagración de este criterio, lo que nos lleva a la conclusión de que la problemática expuesta sobre los bienes demaniales en las Sociedades privadas locales quiere evitarse, por la norma citada, en las mixtas, con una clara exigencia de naturaleza patrimonial. El criterio del realismo en la disponibilidad de los bienes y de su valoración se ratifica en el art. 105 del T.R.R.L., donde se presuponen ambas condiciones, al exigirse 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 aquélla*».

Sin duda, estas premisas positivas deberían tenerse muy en cuenta en todos los proyectos de constitución de Sociedades mixtas, evitando cualquier dificultad a la posible realización de los bienes aportados a la Sociedad. En el art. 104.2, último párrafo, se plantea una doble posibilidad de participación de los particulares, la suscripción directa de acciones, en definitiva, un supuesto de contratación directa, o la tramitación de un previo concurso, donde se formularán propuestas sobre la cooperación municipal y la particular en la futura sociedad. Lógicamente, las dos formas posibles de contratación de las aportaciones privadas exigirán distinto procedimiento contractual, a definir en el correspondiente pliego de condiciones.

Finalmente, en cuanto al tiempo de duración de las Sociedades mixtas, no parece que pueda ser superior a 50 años (art. 111.1, R.S.), aunque el art. 109 del R.G.C.E.

llegue a los 99 años, incluidas las prórrogas. Razones prácticas y de aplicación del propio art. 111.1 del R.S. y del art. 10 de R.C.C.L. de 9 de enero de 1953 (que debemos considerar vigentes mientras no se publiquen los nuevos Reglamentos), obligan a considerar como vigente tal plazo de 50 años. Ello está de acuerdo, asimismo, con el art. 108.A) del T.R.R.L., precepto aplicable, en general, a todas las formas de prestación indirecta, con exclusión de los servicios concedidos.

3.4.3.2. Las tarifas. Referencia a la actividad de fomento en los Entes locales.

Las tarifas de los servicios se adaptarán a la legislación sobre política general de precios, esto es, están sujetas a autorización de la Comunidad Autónoma u otra Administración competente (art. 107.1). La regla general, en materia de tarifas, es la autofinanciación del servicio, aunque ello no se establece como principio general absoluto, sino que se prevé la posibilidad de precios políticos, siempre que «*las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida financiación...*». Nos hallamos, de nuevo, ante una especial potestad discrecional, aunque el resultado de la iniciativa esté sujeto a una autorización por la Autoridad de tutela de las tarifas.

La posibilidad de concesión de ayudas económicas, en el derecho local europeo, ha sido una de las técnicas más usuales para el fomento de la pequeña y mediana empresa (PYME).³¹

En el presente económico y social los Entes Locales no pueden considerarse como ajenos a las circunstancias generales de su término y ámbito de competencias que dependen, en gran parte, de su propia actividad.³²

En el terreno de la práctica siempre ha existido una desconfianza tradicional, en España, hacia el fomento municipal, por parte de la Autoridad de tutela.

Sin duda, nos hallamos ante un contexto dominado por tics y hábitos mentales, muy difíciles de vencer, en el terreno del derecho positivo.

En el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, a pesar de las tímidas innovaciones y tendencias aperturistas de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que hemos estudiado, en cuanto a la actividad, mercantil e industrial de los Entes Locales, seguimos hallando la misma actitud minimalista en cuanto al fomento, aparte de las escuetas referencias de las subvenciones en la financiación de servicios públicos, que indicamos.

No podemos, aquí, profundizar en la importancia económica de las pequeñas y medianas empresas, como elemento fundamental de la lucha contra el paro y como factor positivo en la estabilidad y continuidad económicas, ni la trascendencia de la actividad de los Entes Locales en esta materia.³³ Es importante, no obstante, recordar que la acción de los Entes Locales en favor de las PYME es fundamental,

31. «*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.

32. «La acción de las colectividades se ha ejercido por múltiples vías: el hecho de que sean oficialmente responsables de ciertos servicios como la creación de infraestructuras, el suministro de agua y alcantarillado, por ejemplo, ejerce una influencia directa sobre la industria local» («*Le rôle...*», Rapport, p. 3).

33. «Las ayudas, es decir, las subvenciones, mano de obra, especialistas, y locales facilitados por órganos encargados como *colectividades locales*, las grandes sociedades de negocios, servicios de administración central y los servicios universitarios, han jugado un gran papel en el éxito de gran número de iniciativas locales» («*Le rôle...*», *op. cit.*, p. 9).

aunque no puedan solucionar el problema del paro y del desarrollo de la alta tecnología.³⁴

En consecuencia, y siguiendo el estudio que desarrollamos, debe constatarse la extensión de las actividades de las autoridades locales y regionales, en favor de la PYME, y la dependencia del grado de intervención local, de la estructura del gobierno y las relaciones entre el poder central y los Entes Locales.

A la vista de estas tendencias europeas, en países de estructura paralela a la nuestra, entendemos que debería preverse en el cuadro jurídico-positivo, en desarrollo, un conjunto de posibilidades para la posible actividad de fomento en la promoción industrial y comercial.

Es claro que una de las conclusiones de este trabajo es la constancia de que en el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, no hallamos esta actitud abierta y principialista en torno a la actividad de fomento de los Entes Locales, de capital importancia para una intervención activa y decisoria en la coyuntura económico-social, aspecto singularmente actual y, a pesar de ello, silenciado en cuanto a la previsión de nuevas posibilidades de progreso en la materia.

3.5. Los consorcios.

El artículo 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, establece una nueva base positiva en materia de consorcios.³⁵

Es evidente que existe una gran generosidad en la redefinición de la figura, ya que se llega a la posibilidad de constitución de consorcios con entidades privadas, siempre que vengan definidas por dos notas fundamentales:

- No tener ánimo de lucro.
- Perseguir fines de interés público, concurrentes con los propios de las Administraciones públicas.

Con ello llegamos, en nuestro derecho positivo, a una nueva manifestación de la convergencia de los Entes públicos y privados para la gestión de los servicios públicos, en una evolución caracterizada por la constante permeabilidad e intercambiabilidad de las formas o clases de personas y entes actuantes, claramente alejada de una adscripción al derecho público como criterio inmutable e ineludible.

Hasta el momento era forzoso remontarnos al derecho local anterior, esto es, el art. 107 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre. En el procedimiento administrativo destacaba la aprobación de los Estatutos por el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, situación que se modificó con el desarrollo autonómico.³⁶

El art. 101 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, ratifica, en esencia, el art. 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, sin que se exija informe del Consejo de Estado o del órgano equivalente en la Administración Autonómica de que se trate.

34. «Le rôle...», *op. cit.*, p. 21.

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

36. En Cataluña la aprobación de los Estatutos de los Consorcios se asignó a la Generalidad, de conformidad con el art. 1, apartado 10.1 del Decreto 2115/1978, de 26 de julio, excepto, cuando entre los Entes consorciados se hallara el Estado, un Organismo autónomo o Corporaciones Locales fuera de Cataluña. El acto de aprobación corresponde al Consejo Ejecutivo (rts. 37.1 del Estatuto de Autonomía y art. 65 de la Ley 3/1982, de 25 de marzo, del Parlamento, del Presidente y del Consejo Ejecutivo).

La disposición se abstiene, asimismo, sobre la calificación de la personalidad pública del Consorcio, limitándose a decir que tal personalidad será «propia», es decir, distinta de la de los Entes consorciados, que podrán utilizar, para la gestión de sus competencias, cualquiera de las formas previstas en la legislación local. Por tanto, el Consorcio es un ente plural, en todo caso sometido al régimen local, en cuanto a la gestión de sus servicios, debiendo ceñirse a lo que se establezca en sus Estatutos.

En el art. 110 del T.R.R.L., por tanto, se separa netamente el proceso de personificación unitaria de las distintas Administraciones y de las Entidades privadas legitimadas, de la gestión de los servicios que han de satisfacer el interés público que justifica, teológicamente, el Consorcio. Es evidente que nos hallamos ante una problemática nueva que girará, fundamentalmente, en la participación de los Entes privados de interés público en una definitiva e indiscutible actividad administrativa.

El futuro de la Administración Local deberá, en consecuencia, adaptarse a estas nuevas directrices que, levemente insinuadas en puntos concretos de nuestras disposiciones, carecen, por otra parte, de una disciplina jurídica esencial y coherente.

No obstante, esta carencia de técnicas y de métodos dinámicos y eficientes, que tantas veces la doctrina y los prácticos de la Administración han venido reclamando, deberá colmarse en un esfuerzo conjunto y en una conjunción de esfuerzos, so pena de distanciar la norma de las necesidades socio-económicas de un momento histórico, tensión dialéctica que siempre se rompe a favor de las exigencias viales, pero con la quiebra de un valor fundamental en el Estado de Derecho, la seguridad jurídica.