

# Perspectivas de futuro en la regulación de los servicios públicos locales

Sumario: I. LA CONFUSA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE SERVICIOS LOCALES.—1.1. Las competencias locales como núcleo del principio de autonomía local.—1.2. Servicio público local e iniciativa local en la actividad económica. Fundamento, procedimientos y límites para su realización.—II. EVOLUCIÓN E INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y SU EXTENSIÓN AL ÁMBITO LOCAL.—2.1. El difícil equilibrio entre libre competencia y garantía del interés público, elemento definidor del modelo económico europeo.—2.2. Las obligaciones de servicio público.—2.3. Proyección de la regulación comunitaria sobre servicios de interés general al ámbito local.—2.3.1. Insuficiencia del vigente modelo y posibles líneas de reforma.—2.3.2. Modos de configuración de los servicios locales de interés general. En particular, la propuesta del Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local (ALBGAL).

## I. LA CONFUSA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE SERVICIOS LOCALES

### 1.1. Las competencias locales como núcleo del principio de autonomía local

Parece fuera de duda que el alcance de la autonomía reconocida a los entes públicos, en este caso a los que componen la Administración local, viene condicionado indefectiblemente por el alcance las posibilidades reales de actuación que el ordenamiento jurídico reconoce a aquélla. El principio de autonomía local constitucionalmente garantizado se traduce en el reconocimiento legal de la posibilidad de ejercicio de potestades públicas sobre materias que se considera que afectan de modo singular al llamado interés local <sup>1</sup>.

---

\* Profesora Propia Adjunta de Derecho Administrativo. Universidad Pontificia Comillas.

<sup>1</sup> *Vid.* las referencias recogidas recientemente en la exhaustiva obra de A. Ballesteros Fernández M. Ballesteros Fernández, *Manual de gestión de servicios públicos locales (Doctrina, Jurisprudencia y Formularios)*, Madrid, 2005, pp. 11 y ss.

Esta filosofía es la que ha inspirado la vigente regulación en materia de régimen local.

Actualmente, los preceptos fundamentales de la Ley de Bases del Régimen Local sobre esta cuestión son, por un lado, los relativos a las competencias que pueden ejercer (arts. 25, 26 y 28)<sup>2</sup> y, por otro, los relativos a las actividades y servicios cuya prestación se encomienda a las Entidades locales, especialmente los artículos 84 a 87 de la LBRL. Ambos bloques de regulación deben ser interpretados conjuntamente a la hora de abordar un análisis de la vigente regulación acerca de la actividad prestacional de los Entes locales.

En este sentido, el artículo 25.1 dispone que «el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal». Puesto que, como se aprecia, la fórmula anterior es deliberadamente amplia y, por ello, a la vez, ambigua, seguidamente el propio texto legal básico enumera una serie de materias en las que el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, eso sí, «en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas».

Seguidamente, el artículo 26 LBRL se refiere a los llamados servicios obligatorios locales, es decir, aquellos que los Municipios «deberán prestar, en todo caso», atendiendo a la población de los mismos. Su obligatoriedad impuesta por ley (básica, es decir, que ha de regir para la totalidad de los Entes locales) y la coincidencia de algunos de los servicios enumerados en dicho precepto con los calificados como esenciales y enumerados en el artículo 86.3 LBRL parecen inclinar al intérprete por la consideración de dichas actividades como servicios públicos locales, si bien es justamente esta declaración formal la que falta en el mismo, ausencia no intrascendente en tanto es determinante del régimen jurídico aplicable a los mismos.

Sin embargo, la pretensión primaria del legislador al establecer este grupo de servicios que obligatoriamente han de prestar todos los municipios en función de la población de los mismos no es concretar un régimen jurídico determinado (cabría pensar en el de servicio público, por la naturaleza de las actividades), sino señalar un conjunto de prestaciones mínimas y comunes a todos los municipios con una determinada población, elegidas por el Estado y plasmadas en una ley básica con apoyo principalmente en el artículo 9.2 de la Constitución (en cuanto plasmación del sentido general de la cláusula de Estado Social), del que prácticamente son trasunto<sup>3</sup>. El problema que presentan es el de su viabilidad práctica, pues ella dependerá del alcance que el legis-

---

<sup>2</sup> En estos preceptos se contiene la regulación de las competencias propias de los Entes locales. El artículo 27 de la LBRL se refiere a las competencias delegadas, la regulación de cuyo ejercicio difiere, como es fácil colegir, del de las propias, dada su atribución originaria a Administraciones distintas a las locales, por lo que no atenderemos a su regulación en este estudio.

<sup>3</sup> MAP, *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, Madrid, 1991, p. 206. Según este estudio, también podrían encontrar apoyatura en el artículo 158.1 CE, que responsabiliza al Estado para que, a través de sus presupuestos, garantice «un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español».

lador sectorial quiera otorgar a las potestades que pueden ejercer los Entes locales, así como de las posibilidades de financiación de las mismas.

Así concebidos, la prestación de los servicios obligatorios podrá ser configurada conforme al principio de libertad de elección de los modos de gestión que rige para las Entidades locales, de manera que su prestación (salvo en el caso de aquellos que coinciden con los reservados expresamente en virtud del art. 86.3 LBRL) dependerá, en principio y fundamentalmente, de la decisión que adopte la Corporación, como se expone más adelante<sup>4</sup>.

Por último, el artículo 28 LBRL viene a ser una suerte de cláusula residual de competencia, igualmente poco concreta y, por ello, aparentemente de menor eficacia, en virtud de la cual «los Municipios pueden realizar actividades complementarias propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente».

Pues bien, la actividad prestacional (expresión que comprende no sólo, aunque sí principalmente, la actividad de servicio público en sentido estricto<sup>5</sup>) de las Administraciones locales debe necesariamente ponerse en relación con los anteriores preceptos, puesto que son éstos los que determinan el ámbito material de actuación del Ente local. Así, una vez determinadas las materias o sectores de la realidad sobre las que cabe la actuación local, resulta imprescindible precisar la forma concreta de llevar a cabo la misma, sobre lo cual la LBRL contiene algunas previsiones importantes en el segundo bloque de preceptos citados<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Sin embargo, en opinión de Ballesteros, «el artículo 26 LBRL, al establecer un régimen de servicios mínimos, esenciales para la vida en sociedad, los declara, implícitamente, servicios públicos»; A. Ballesteros Fernández y M. Ballesteros Fernández, *Manual de gestión de servicios públicos locales*, op. cit., p. 38.

<sup>5</sup> Compartimos la visión de Santamaría Pastor en cuanto a la necesidad de conjugar los elementos formales y los materiales para poder alcanzar una acertada noción de servicio público, pues no sólo debe restringirse este concepto a «aquellas actividades cuya finalidad es prestar una utilidad necesaria para el normal desenvolvimiento de la vida social», sino que además es imprescindible el dato formal de la asunción del «deber y de la responsabilidad de garantizar su prestación regular y correcta a los ciudadanos» (*publicatio*), sin que ello implique la directa prestación por dicho Ente. J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho administrativo general*, II, Madrid, 2004, pp. 304-305.

<sup>6</sup> Se trata del Capítulo II del Título VI de la LBRL, que ha sido afectado parcialmente por la reforma abordada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, en relación con los modos de gestión de los servicios públicos locales, a los que incorpora la figura de las Entidades públicas empresariales. Esta Ley no aborda, pues, una reforma respecto del alcance del concepto de servicio (público) local, pues dicha Ley confesadamente sólo pretende adoptar una serie de medidas concretas —aunque sustanciales— en materia local, sin perjuicio de reconocer la necesidad de abordar una reforma global y en profundidad de la regulación de la Administración local, dentro de la cual, como se dirá más adelante, debe estar la imprescindible revisión del sentido y alcance de la intervención administrativa local, especialmente en la actividad económica.

## 1.2. Servicio público local e iniciativa local en la actividad económica. Fundamento, procedimientos y límites para su realización

A la vista de la vigente legislación local nos parece oportuno detenernos en algunas cuestiones relativas a los servicios públicos locales, teniendo en cuenta que aquélla no sólo presenta algunos elementos que pueden inducir a confusión, sino que, además, parece requerir de una reforma importante para su adaptación a la realidad social y económica actual (han transcurrido más de veinte años desde su promulgación), así como al nuevo escenario jurídico que parece cada vez más próximo derivado de los objetivos y directrices marcados desde el Derecho comunitario en virtud de los cuales el papel de las llamadas autoridades nacionales, regionales y locales va a cambiar especialmente respecto de las actividades económicas. Pero antes de pasar al análisis de los últimos textos comunitarios sobre esta cuestión abordamos el de algunos aspectos relevantes a estos efectos que se contienen en la LBRL.

Sobre la noción de servicio público se ha escrito mucho y sobre los servicios públicos locales se ha proyectado también esta noción, en cuyo proceso de traslación aquél experimenta algunas variaciones, reflejadas hoy en la LBRL, que hacen que dicha regulación requiera de un análisis detenido sobre la misma. De las diversas nociones que se han sugerido<sup>7</sup>, creo que la que ofrece una mayor eficacia aplicativa es la que responde a la idea de servicio público en sentido subjetivo, es decir, aquella actividad cuya prestación es asumida por la Administración pública en virtud de un acto de *publicatio*, para su prestación por ella o, en su caso, también por los particulares. Principalmente la noción de servicio público aparece estrechamente vinculada con las actividades económicas, si bien en cuanto título de intervención se ha hecho extensivo, también, a actividades de otra naturaleza sobre las que los poderes públicos tienen el deber constitucional de actuar en virtud de la cláusula de Estado social (servicio público en sentido objetivo).

En el ámbito local los servicios públicos, *i. e.*, los que se prestan dentro de las competencias del Ente local, constituyen un conjunto de actividades y prestaciones heterogéneo en su composición y variable en su intensidad, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 85 LBRL en relación con la lista de materias (heterogéneas) sobre las que necesariamente habrán de tener alguna competencia (variable) los Entes locales, así como con la de servicios que en todo caso habrán de prestar, en función de la población que componga el Ente local.

---

<sup>7</sup> Un resumen que nos parece interesante es el que recoge J. Ortega Bernardo, «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)», *RAJ*, núm. 169, enero-abril de 2006, pp. 55-98, en particular pp. 57 a 62.

El artículo 85.1 de la LBRL dispone que «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias»<sup>8</sup>, para a continuación (apartado 2) referirse a los posibles modos de gestión<sup>9</sup> que pueden emplearse para «los servicios públicos de la competencia local», expresión que, como se observa, difiere de la recogida en el apartado 1 y respecto de la cual, por tanto, aparece una primera confusión terminológica en la Ley, con las consiguientes consecuencias que ello pudiera conllevar en cuanto al régimen jurídico aplicable a unos (y, en su caso, si fueran algo sustancialmente distinto, a otros). En todo caso, el artículo 85 LBRL, tampoco en la nueva redacción dada por la Ley 57/2003, ha precisado concretamente cuáles son los servicios públicos locales.

En segundo lugar, el artículo 86 LBRL regula la iniciativa local en la actividad económica, si bien el objeto del mismo difiere del comprendido en el artículo 85 LBRL, pues, como se deduce de la remisión explícita al artículo 128.2 de la Constitución, aquél pretende regular la intervención de las Entidades locales en la actividad económica, específicamente (y no, por tanto, en cualquier actividad respecto de la cual el Ente local, por una u otra vía, haya sido objeto de atribución competencial), sin perjuicio, eso sí, de que la misma pudiera recaer sobre alguna de las materias o servicios recogidos en los artículos 25 y 26 LBRL.

Efectivamente, el artículo 86.1 LBRL declara con carácter general que las Entidades locales «podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución»<sup>10</sup>, el cual, a su vez, literalmente dispone que «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica». Las Entidades locales, pues, encuentran pleno apoyo constitucional para decidir intervenir en la actividad económica.

Ahora bien, dicho ejercicio puede revestir caracteres muy distintos según que se verifique bien en régimen de libre concurrencia o bien bajo la declaración de reserva a favor de las Entidades locales, como modalidades básicas de intervención de las Entidades locales en las actividades económicas conforme a la LBRL.

En cada caso, el fundamento, el procedimiento a seguir y los límites permiten diferenciar estas dos grandes modalidades de intervención de las Entidades locales en la actividad económica.

Por un lado, la LBRL se refiere al ejercicio de la libre iniciativa local «*en régimen de libre concurrencia*», en cuyo caso la aprobación definitiva correspon-

---

<sup>8</sup> Ésta es la nueva redacción dada por la Ley 57/2003. En su redacción original por la Ley 7/1985 se consideraban servicios públicos locales «cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales».

<sup>9</sup> Tampoco entraremos en este trabajo en los modos de gestión de los servicios públicos locales (cuyo desarrollo se contiene en los arts. 85 bis y 85 ter), porque el objeto del mismo es anterior y abstracto: el modo de gestión concreto (directo o indirecto, con sus diversas subclasificaciones), no determina la naturaleza de la actividad; antes al contrario, sólo tras determinar cuál sea la naturaleza de la actividad local, podrá elegirse la fórmula óptima para su prestación.

<sup>10</sup> Para ellos, se requiere «expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida», aspecto o requisito formal al que se alude en un momento posterior de este trabajo.

derá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio» (art. 86.2 LBRL).

En este caso, el Ente local participa en la realización de actividades económicas susceptibles de ser prestadas por una pluralidad de sujetos, en general privados, pero también públicos conforme, en todos los casos, a normas de igualdad y libertad empresarial, y no conforme a exorbitantes normas de servicio público, calificativo que se omite en el citado precepto al referirse a esta modalidad concurrencial de realización de actividades económicas.

Por ello sorprende que lo que el Pleno de la Corporación deba aprobar sea (además de la efectiva prestación) la forma concreta de gestión del servicio, expresión con la que el artículo 85 LBRL hace referencia específicamente a los servicios públicos locales que, como hemos dicho, no son susceptibles de prestación concurrencial.

La utilización de la misma expresión parece dar a entender que, cuando esa libre concurrencia no es perfecta o no es la propia que debe discurrir en un mercado, es decir, en aquellos casos en los que la Administración asume la prestación de la actividad o servicio pero lo hace en «convivencia» con los particulares, aquélla debe actuar conforme a los modos de gestión, directa o indirecta, del artículo 85 LBRL. Los particulares, por su parte, no actúan con entera libertad, pues la presencia del interés público que ha llevado a la Administración decidir la *publicatio* del servicio determina las condiciones en que los particulares han de llevar a cabo esa actividad, por lo que tampoco puede afirmarse que la libre concurrencia a que se refiere la LBRL sea literalmente tal. En sentido estricto, no estaríamos ante un servicio público (pues la titularidad de la actividad se comparte con los particulares) ni tampoco ante un supuesto, como hemos dicho, de libre concurrencia perfecta, pues entonces no tendría sentido la remisión a los modos de gestión de los servicios públicos para esta actuación por la Entidad local, ni se sostendría que los particulares pudieran actuar libérrimamente en un sector o actividad en el que la satisfacción del interés público matizaría la forma de llevar a cabo la actividad de que se trate.

Si el legislador básico ha recogido un concepto amplio de servicio público local refiriéndose a cualquier actividad o prestación en la que la Entidad tome parte de alguna manera (prestando directa o indirectamente o regulando) por el hecho de que en ellos se halle presente algún trazo de interés público local podría sencillamente haberlo hecho constar expresamente. Pero de ser así, la distinción que se recoge en los artículos 85 y 86 LBRL carecería, *per se*, de virtualidad diferenciadora de regímenes y técnicas de intervención tan dispares como las que en ellos encuentran su fundamento<sup>11</sup>.

En el extremo opuesto a la posibilidad de prestar determinados servicios en libre competencia por los particulares se recoge como otra modalidad de intervención local en las actividades económicas la reserva de las mismas a favor del Ente público local.

---

<sup>11</sup> Se hace eco de las «perplejidades» que suscita este precepto, y que compartimos, I. del Guayo Castiella, «La gestión de servicios públicos locales», *RAP*, núm. 165, septiembre-diciembre de 2004, p. 91.

La calificación de una actividad como servicio público da por sentada la previa atribución normativa de la exclusividad regalística, es decir, de la titularidad de la actividad, al Ente local. Y, en tal caso, estamos ante el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 86 LBRL (salvo que, efectivamente, aceptemos el concepto amplio de servicio público e incluyamos en éste también el servicio público en sentido objetivo o por razón de la naturaleza de la actividad).

Cuando se habla de servicio público, en sentido técnico o estricto, y naturalmente también en el ámbito local, se hace referencia a una declaración (*publicatio*) en favor de las Entidades locales respecto de la titularidad de diversas actividades o servicios (esenciales). La reserva, técnica que conlleva la *publicatio* de la actividad, se declara sobre la base del artículo 128.2 de la Constitución, con idéntico sentido y alcance que en éste (es decir, respecto de servicios esenciales y con la pretensión de excluir la libre entrada y actuación de los particulares en dichos ámbitos)<sup>12</sup>.

Respecto del concepto de servicios esenciales establecido en el artículo 128.2 CE, la doctrina mayoritaria apunta que se trata de un concepto jurídico indeterminado<sup>13</sup> cuya concreción debe hacerse caso por caso en atención a la naturaleza de la actividad o servicio en un momento determinado para su posterior declaración formal mediante ley. De esta manera, se hace posible que el legislador adapte sus técnicas de intervención en función de las necesidades y de las posibilidades técnicas y económicas de la sociedad y del Estado en cada tiempo. No obstante, no dispone de un poder incondicionado para proceder a la reserva de cualesquiera actividades, sino que, entre otros (como los que de forma especial provienen últimamente del Derecho comunitario), aparece en primer plano el artículo 38 CE.

En el ámbito local quedan englobados en esta categoría los así calificados y enumerados en el artículo 86.3 LBRL, pues este precepto «declara la reserva a favor de las Entidades locales» de una serie de actividades y servicios que enumera, todos los cuales son calificados de esenciales: «abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte

---

<sup>12</sup> Sostiene un concepto estricto de servicio público I. del Guayo Castiella, «La gestión de servicios públicos locales», *op. cit.*, p. 93, para quien «la segunda frase del art. 128.2 CE permite sostener que hay una identidad conceptual entre servicios públicos y servicios esenciales reservados», en tanto la expresión reserva del artículo 128 CE supone *publicatio* de la actividad. Coincide en este enfoque el estudio *Introducción a los servicios locales*, *op. cit.*, al señalar que «... para que exista servicio público es necesaria la *publicatio*, que habrá de realizarse mediante ley —art. 86.3 LBRL— del sector de actividad de que se trate y para el ejercicio de la iniciativa pública económica no hace falta más que el acuerdo del Pleno de la Corporación (...)», p. 149. También G. Fernández Farreres, «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho administrativo de la nueva economía», *Lex Nova*, núm. 18, 2003, pp. 7 a 21.

<sup>13</sup> Así, R. Gómez-Ferrer Morant, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo V, Madrid, 1991, p. 3825; O. de Juan Asenjo, *Constitución económica española*, Madrid, 1984, p. 199; C. Chinchilla Marín, *La radiotelevisión como servicio público*, Madrid, 1988, pp. 93 y ss.; en contra, G. Ariño Ortiz, «Servicio público y libertades públicas», en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX*, tomo II, p. 1317, Madrid, 1992; F. Sosa Wágner, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 2004, pp. 27 y ss.

público de viajeros». Esa enumeración que no contiene la Constitución por remisión al legislador para su ulterior concreción es la que precisamente se contiene en este precepto de la LBRL<sup>14</sup>. En consecuencia, la participación de los particulares en estas actividades se verificará por la vía de los medios de gestión indirecta.

Sin embargo, introduciendo un nuevo elemento de distorsión en la regulación de los servicios públicos locales, el artículo 86.3 LBRL añade un párrafo, a mi juicio cuanto menos inapropiado (por contradictorio con lo anteriormente sentado), en virtud del cual «el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades o servicios», sin que para estos últimos se exija de manera expresa la previa declaración de esenciales de dichos servicios como fundamento para la reserva de los mismos.

Dado su carácter excepcional frente a la libertad de empresa, no puede ser objeto de interpretación extensiva o analógica, no cabe dar por sentado que, aunque expresamente no lo diga el legislador sectorial, cuando éste proceda a la reserva de actividades o servicios, implícitamente se reconoce su carácter esencial. Es este dato el único que, formalmente declarado, sirve de justificación a la reserva, y no a la inversa: la reserva de una actividad o servicio no les otorga, *per se*, carácter esencial.

En tal caso, o no estamos ante la reserva a la que se refiere el artículo 86.3 LBRL (la «genuina» reserva, si se quiere, por referirse única y exclusivamente a servicios esenciales) o bien el legislador utiliza de manera poco técnica la idea de reserva para referirse a la entrega de la exclusividad regalística sobre actividades y servicios que no tienen carácter esencial (no por la naturaleza de los mismos sino porque no lo declare previamente así una norma legal), sin que pueda entonces definirse muy bien a qué régimen jurídico deberían quedar sujetas dichas actividades y qué fundamento existe para el mismo, pues sería tanto como admitir la posible exclusión del libre acceso de los particulares a la realización de una actividad o servicio sin poder apoyarse en el único fundamento válido posible que es el carácter esencial de aquéllos. En suma, otro elemento poco ajustado a los conceptos técnicos y, por tanto, un elemento más de confusión.

El artículo 86.3 LBRL realiza una acotación más: si la actividad (esencial si es de la enumeración del 86.3 u otra en principio no necesariamente esencial pero sí formalmente reservada por ley sectorial) es prestada en régimen de monopolio, se requerirá, además de la aprobación del Pleno de la Corporación, la del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.

Pese a la identificación que históricamente ha existido entre monopolio y reserva en nuestra legislación sobre régimen local, hoy no es posible sostener esta equivalencia. Monopolio no equivale a reserva<sup>15</sup>. Ésta consiste en

---

<sup>14</sup> Se cumple con ello la exigencia constitucional de efectuar la declaración «mediante Ley», requisito formal que la LBRL inequívocamente satisface.

<sup>15</sup> Dicha identificación sirvió a la municipalización (y provincialización) de servicios, actualmente invariable a la vista del artículo 38 de la Constitución y por el reconocido principio de libertad de ges-



una declaración formal y explícita en virtud de la cual se niega o impide el libre acceso a los particulares para la realización de una determinada actividad o para la prestación de un determinado servicio, es decir, la reserva supone unidad en cuanto a «entrega» de la titularidad de la actividad o servicio al ente público, no en cuanto al ejercicio o prestación de la actividad a los ciudadanos. Así, dicho titular puede permitir indistintamente una prestación por uno o por varios sujetos; sólo en el primer caso estamos ante un servicio o actividad reservado que sería, además, prestado en régimen de monopolio. En tal caso, algún autor ha hablado de «reserva con agravante»<sup>16</sup>, no siendo determinante la forma de prestación (monopolio) respecto de la naturaleza esencial de la actividad (apreciación que es previa y, en esa medida, es la única que sirve válidamente de fundamento para una exclusión de los particulares en el acceso a la titularidad sobre la actividad o servicio y también en cuanto a su prestación). La condición de monopolio de la actividad, al menos en la interpretación que cabe hacer *ex* artículo 128.2 CE, sólo refuerza la posibilidad de reservar la actividad, pero no es condición suficiente, *per se*, para legitimar una reserva<sup>17</sup>. Hoy la bidireccionalidad entre ambas técnicas debe quedar descartada.

En el supuesto de ejercicio monopolístico de estas actividades la LBRL se remite, en cuanto al requisito formal que debe cumplirse, al apartado 2 del artículo 86, que es el que regula, precisamente, el ejercicio de la actividad económica en régimen de libre concurrencia. Esta remisión es poco clara porque cabría interpretar tanto que hace referencia a la prestación por gestión indirecta mediante concesión a un particular con carácter exclusivo (titularidad exclusiva del Ente público y ejercicio exclusivo —monopolístico— por un particular) como a la posible gestión directa por una entidad instrumental de la Administración local (titularidad pública exclusiva —reservada— al Ente público y ejercicio exclusivo —monopolístico— por cualquiera de las formas de gestión directa de los servicios públicos), es decir, se estaría refiriendo indistintamente a la gestión directa o indirecta de una actividad declarada pública y reservada, siempre y cuando su prestación corresponda a un único sujeto, sea éste público o privado.

Pero incluso si se tratara de una mera remisión a la exigencia de ese requisito formal (aprobación por el Pleno de la Corporación), en la medida en que se pueda insinuar la existencia de alguna relación entre dos conceptos de por sí antitéticos —como son monopolio (supone la existencia de un único prestador de la actividad o servicio, sea público o sea privado) y libre concurrencia (conlleva una pluralidad de prestadores, sin prejuzgar la naturaleza pública o privada de aquéllos, que actúan conforme a las normas propias del

---

ción de los servicios municipales (y provinciales). *Vid.* MAP, *Introducción a los servicios locales...*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>16</sup> J. M. Gimeno Feliú, «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *vs.* reservas al sector público de actividades económicas», *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 178.

<sup>17</sup> Así, O. de Juan Asenjo, *La Constitución...*, *op. cit.*, pp. 197-198. En el mismo sentido, M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985, pp. 190 y ss.

mercado)—, sólo por ello nos parece desafortunada la remisión en tanto constituye un elemento más, de los varios que ya se han apuntado, que distorsionan más que aclaran el régimen de los servicios públicos locales<sup>18</sup>.

## II. EVOLUCIÓN E INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y SU EXTENSIÓN AL ÁMBITO LOCAL

### 2.1. El difícil equilibrio entre libre competencia y garantía del interés público, elemento definidor del modelo económico europeo

La incidencia del Derecho comunitario en la concepción del servicio público ha supuesto la necesidad de revisar el alcance de aquél con el fin de hacerlo plenamente compatible con los restantes principios y postulados defendidos por las instituciones europeas en relación con las actividades económicas.

El servicio público, como título de intervención, conlleva la exclusiva titularidad pública sobre una actividad o servicio de naturaleza principalmente económica, de manera que la misma queda vedada al libre acceso de los particulares al sector, para lo cual requieren la previa obtención de un título habilitante por parte de la Administración. Con independencia de la convicción que suscite la fundamentación de dicha técnica de intervención en el carácter esencial de la actividad o servicio, como exige el artículo 128.2 de la CE, lo cierto es que en la medida en que supone una excepción, y muy seria, a las reglas del libre desenvolvimiento concurrencial de las actividades económicas, era inevitable que tan fundamental concepto llegara a estar en el punto de mira de la normativa comunitaria<sup>19</sup>.

Ciertamente se trata de un concepto esencial en los ordenamientos jurídicos europeos, si bien aparece bajo distintas denominaciones y con algunas pequeñas diferencias de régimen jurídico. Pero todas ellas parecen responder a una idea básica común (plasmación, a su vez, de la de Estado social, que define en gran medida a las sociedades europeas), que es la que pretende destacarse ahora desde el Derecho comunitario, de modo que, además de rescatar ese mínimo común denominador, se pretende su reelaboración para que llegue a ser del todo compatible con los principios económicos de la Unión Europea.

<sup>18</sup> En este sentido, también, I. del Guayo Castiella, «La gestión de servicios públicos locales», *op. cit.*, p. 97, quien concluye que la legislación local es un tanto confusa en cuanto a la distinción entre actividades económicas y servicios públicos.

<sup>19</sup> F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, *op. cit.*, pp. 63 y ss., en las que reflexiona sobre la crisis y nuevo horizonte del servicio público.

El Derecho comunitario ha optado, pues, por extraer y conservar algunos principios caracterizadores del régimen de servicio público, pero suprime una de sus características esenciales y previas: la exclusividad regalística sobre la actividad. Es decir, se trata de garantizar la prestación de actividades básicas para la sociedad en ciertas condiciones de continuidad, asequibilidad, accesibilidad y calidad, pero se abandona la creencia de que la única manera de asegurarlas en dichas condiciones es abordándose directamente desde la Administración. De manera coherente con la aplicación a todos los sectores económicos de las normas de libre competencia (y la subsiguiente liberalización de los mismos) se procedió a una suerte de revocación de las reservas establecidas sobre determinados sectores y servicios esenciales sometidos al servicio público, abriendo los mismos al libre acceso de los particulares como medio para lograr los mismos objetivos.

Hoy, pues, el planteamiento es el inverso: la titularidad de la actividad es devuelta a los particulares para que éstos la lleven a cabo conforme a las normas propias de cualquier actividad económica, pese a lo cual, las autoridades públicas tienen que seguir velando por la satisfacción de los intereses públicos que permanecen en algunos de esos sectores (y que generalmente por razones históricas habían justificado la aplicación del régimen de servicio público), si bien tendrán que hacerlo conforme a técnicas compatibles con la implantación y desarrollo de los diversos mercados.

La fórmula en la que se concilia interés público y libre competencia es la de servicios de interés general<sup>20</sup>, a los que se ha venido dedicando prioritaria atención en los últimos años en tanto «constituyen uno de los pilares de la ciudadanía europea». Así lo afirma el Libro Verde sobre los servicios de interés general: «*Los servicios de interés general (...) atañen a una cuestión crucial, la de determinar el papel que corresponde a los poderes públicos en una economía de mercado para garantizar, por una parte, el buen funcionamiento del mercado y el respeto de las reglas de juego por parte de todos los agentes implicados y, por otra, para salvaguardar el interés general, especialmente la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos y la preservación de los bienes públicos, cuando el mercado, por sí solo, no puede asegurar estos aspectos*»<sup>21</sup>.

La elaboración del concepto de servicios de interés general y de su régimen jurídico suponen, por un lado, la superación de conceptos como los de servicios de interés económico general (que sí aparecen citados de manera explícita en el Tratado, al contrario que el de servicios de interés general) y

<sup>20</sup> Esta expresión no aparece en el Tratado de la Unión Europea, sino que éste se refiere a los *servicios de interés económico general*, concepto más restringido y del que, de alguna manera, trae causa la expresión más amplia de servicios de interés general, que abarca, como después se apuntará, actividades de contenido económico pero también otras de contenido no económico.

<sup>21</sup> *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003 (apartado 4). Este documento de debate trae causa del Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Laeken, bajo el mismo título, de 17 de octubre de 2001 [COM (2001) 598 final]. Y, de momento al menos, ha dado lugar a que la Comisión ponga por escrito su concreto posicionamiento al respecto en el llamado *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2004.

el de servicio universal, concepto que ha ido cobrando entidad por sí mismo, al margen de los concretos sectores liberalizados en los que ha ido surgiendo (telecomunicaciones, servicios postales, electricidad)<sup>22</sup>, si bien, por otro lado, confesadamente se pretende conservar los elementos que han resultado beneficiosos para los ciudadanos para, a partir de ellos, definir el concepto común de servicios de interés general<sup>23</sup>.

Así, los servicios de interés general abarcan no sólo los servicios de contenido económico (servicios prestados por grandes industrias de redes, en los que originariamente se estaba pensando al hablar de servicios de interés económico general y otros), sino también servicios de naturaleza no económica y servicios sin efecto en el comercio, como servicios relacionados con el bienestar y la protección social. Se trata de una serie de actividades en las que hay una clara presencia del interés público sin que el mercado sea capaz de asegurar su prestación conforme a las reglas propias de aquél, por lo que «no están sujetos a normas específicas comunitarias ni tampoco a las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales del Tratado. Sí están sometidos, en cambio, a las normas comunitarias aplicables a las actividades no económicas y a las actividades que no tienen efecto en el comercio intracomunitario, incluido el principio fundamental de no discriminación»<sup>24</sup>.

## 2.2. Las obligaciones de servicio público

La heterogénea composición de los servicios de interés general y, por tanto, la disparidad de regímenes entre los servicios económicos y los no económicos representa una enorme dificultad a la hora de elaborar ese concepto común, lo que lleva a la Comisión a afirmar que «probablemente no sea ni posible ni conveniente acuñar una definición europea única y global del contenido de los servicios de interés general».

Pese a ello, la legislación comunitaria contiene una serie de elementos comunes que podrían servir para la elaboración de aquel concepto<sup>25</sup>, como

---

<sup>22</sup> Algunos incluso quisieron ver en el servicio universal una suerte de servicio público renovado. Así, M. Voisset, «Le service public autrement (de quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux)», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 11 (2), marzo-abril de 1995, pp. 318 y ss.; N. Belloubet-Frier, «Service public et droit communautaire», *Actualité Juridique-Droit Administratif*, abril de 1994, p. 270. Otros autores no lo entendían así, por ejemplo, G. Ariño Ortiz, «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», en J. Cremades (coord.), *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, p. 2. Sobre los orígenes de este concepto, *vid.* Y. Poullet y E. Van der Mensbrugge, «Servicio universal público en la política europea de las telecomunicaciones», *Informática y Derecho*, vol. 2, 1996, pp. 827-880; G. Moine, «Le service universal. Contenu, financement, opérateurs», *AJDA*, 20 de marzo de 1997, pp. 246 y ss.

<sup>23</sup> Entre otros límites, la propia Comisión ya señala el de la ausencia de fundamento en el Tratado para poder abordar sin más esta tarea. Incluso llega a afirmar que «en caso de que se considerase conveniente adoptar legislación comunitaria en estos sectores, quizá el procedimiento más idóneo para disponer de un fundamento jurídico apropiado sería una modificación del Tratado» (apartado 40).

<sup>24</sup> *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, cit., apartado 32.

<sup>25</sup> De la misma manera ha podido suceder en algún momento anterior con la noción de servicio público, pues, pese a las diferentes connotaciones del mismo en los distintos Estados europeos, como

son «servicio universal, continuidad, calidad del servicio, asequibilidad y protección de usuarios y consumidores», aspectos que ya han sido incorporados en las legislaciones nacionales y que, incluso, podrían verse incrementados con la imposición por las autoridades públicas de obligaciones específicas del sector de que se trate (apartado 49), siempre que sean conformes con la normativa comunitaria.

Dentro de las obligaciones de servicio público, reviste especial significación el concepto de *servicio universal*, que «designa una conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad especificada, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible».

Se trata de un concepto evolutivo y cambiante, puesto que las prestaciones que habrán de incluirse en el mismo deberán ser revisadas por las autoridades competentes periódicamente en función de la evolución del mercado o sector de que se trate. Inicialmente venía a identificarse con el último reducto del concepto de servicio público, empleado con carácter general en los servicios basados en infraestructuras de red que venían siendo prestados por el Estado o por un concesionario en régimen de monopolio. La liberalización de estos sectores, que no podía soslayar el interés de los ciudadanos a acceder a servicios considerados básicos, determinó la elaboración de este concepto que sólo cobra sentido en un entorno liberalizado. Se trata de perseguir la irrenunciable consecución de objetivos públicos por medio de una fórmula compatible con la genérica titularidad privada de las actividades económicas<sup>26</sup> y con el funcionamiento del mercado (por ello, la designación de los sujetos que presten dichos servicios y los modos de financiación devienen aspectos cruciales para garantizar el éxito de la imposición de esta obligación de servicio público).

El principio de *continuidad*, por su parte, aparece igualmente definido en el Libro Verde de los servicios de interés general como una obligación de servicio público en virtud de la cual el proveedor del mismo debe velar por que el servicio se preste de forma ininterrumpida, en términos similares a como ha venido siendo tradicionalmente recogido como principio de todo servicio público. Esta obligación no se establece de forma sistemática en la legis-

---

señala Malaret, parecen tener un denominador común consistente en «el hecho de ser consideradas de interés general o utilidad pública y, en cuanto tales, ser aseguradas por organizaciones de Derecho público o privado que se encuentran sometidas a un control o a una intervención particular por parte del Estado», E. Malaret i Garcia, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP* núm 145, enero-abril de 1998, p. 50.

<sup>26</sup> En palabras de L. Rapp, «no se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más concurrencial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación entre los principios del servicio público con los de la economía de mercado»; L. Rapp, «La politique de liberalisation des services en Europe, entre service public et service universal», *Revue du Marché Común et de l'Union Européenne*, núm. 389, junio-julio de 1995, p. 355.

lación comunitaria sectorial, pero sí puede inferirse su existencia y la necesidad de su garantía de la naturaleza de determinados servicios (especialmente de suministro).

La *calidad* del servicio es otro aspecto de interés general cuyo alcance no puede ser definido, supervisado y ejecutado por los operadores de un determinado sector atendiendo únicamente a factores de rentabilidad económica propia, sino que ha de ser determinado y su cumplimiento verificado y exigido por las autoridades públicas. Recuerda de alguna manera a la vieja «cláusula de progreso» de los servicios públicos<sup>27</sup>, en virtud de la cual los concesionarios prestadores de los mismos venían obligados a incorporar a un ritmo razonable los avances técnicos que pudieran estar lográndose en un determinado sector con el fin de ofrecer un mejor servicio al ciudadano.

Por su parte la *asequibilidad* de la prestación, concepto de elaboración sectorial, obliga a ofrecer un servicio de interés general a un precio asequible de manera que sea accesible para todos, contribuyendo de este modo a la cohesión económica y social en los Estados miembros. Que el precio haya de ser asequible para que todo ciudadano pueda acceder a esos servicios básicos supone que éstos han de abonar una determinada cantidad por su percepción, de donde podemos deducir dos cosas. Por un lado, que la asequibilidad no equivale a gratuidad de la prestación, sino a la adaptación de los precios a las condiciones específicas de cada grupo de usuarios, y, por otro, que dichos precios no pueden ser libremente fijados por el prestador del servicio conforme a criterios exclusivamente de mercado. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que habrá de precisarse en función de las circunstancias económicas, sociales y técnicas vigentes en cada momento.

Por último, merece especial atención y *protección* la posición *del usuario* quizá especialmente desatendida bajo la vigencia del régimen de servicio público, especialmente cuando era ejercido en régimen de monopolio (los usuarios eran considerados y llamados «abonados», hallándose en una situación de desigualdad respecto del prestador). Si uno de los objetivos confesados de los procesos de liberalización es, precisamente, dar mayor satisfacción a los ahora clientes, parece lógico que formalmente se imponga la obligación de preservar y salvaguardar algunos derechos de éstos (precisamente en cuanto consumidores o usuarios de tales servicios) para evitar que una decisión basada, una vez más, en criterios exclusivamente de mercado pudiera no ser sensible a la protección de aquéllos<sup>28</sup>.

En este sentido, las autoridades nacionales pueden imponer obligaciones de servicio público al proveedor del mismo con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público (apartado 20), como son la cohesión social y territorial, la eficacia económica y la protección y la seguridad de todos los ciudadanos. Además, esta imposición, excepcional en el

<sup>27</sup> Sobre ella, J. L. Meilán Gil., *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968.

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, en la normativa de telecomunicaciones se ha hecho especial hincapié en la garantía de la confidencialidad de muchos aspectos involucrados en las comunicaciones electrónicas (protección de datos del usuario, principalmente).

marco comunitario, encuentra apoyo normativo, pues el apartado 2 del artículo 86 del propio Tratado<sup>29</sup> reconoce implícitamente el «derecho de los Estados miembros a imponer obligaciones específicas de servicio público a los operadores económicos. Establece un principio fundamental que garantiza la prestación y el desarrollo de servicios de interés económico general en el mercado común. En caso de conflicto, el cumplimiento de una misión de servicio público puede efectivamente prevalecer sobre la aplicación de las normas comunitarias, incluidas las normas sobre competencia y mercado interior, en las condiciones previstas en el apartado 2 del artículo 86. De esta manera, el Tratado protege la realización eficaz de una misión de interés general, pero no necesariamente al proveedor de la misma» (apartado 29)<sup>30</sup>. Se podría decir que este precepto es la concreción del difícil equilibrio entre «ideas contrapuestas», como son libre mercado y garantía del interés público<sup>31</sup>.

El cambio, como se puede fácilmente colegir, afecta directamente a las Entidades públicas que hasta ese momento se han venido tradicionalmente encargando, como titulares, de las actividades sujetas a un régimen de servicio público. «Sin embargo, cada vez es más habitual que éstas confíen su prestación a empresas públicas o privadas o a consorcios mixtos entre los sectores público y privado, limitándose, por su parte, a definir los objetivos públicos, así como a supervisar, regular y, en su caso, financiar dichos servicios»<sup>32</sup>. En este sentido, a las autoridades nacionales, regionales y, por lo que aquí interesa, también a las locales les incumbe, en el nuevo escenario, la definición, organización, financiación y supervisión de los servicios de interés general, y no necesariamente —ni principalmente— su prestación.

---

<sup>29</sup> Dicho precepto dispone que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad». Para su aplicación, como señala Vírgala, deben darse concretamente tres «condiciones: 1. Existencia de un servicio de interés económico general; 2. Encargo expreso a una empresa por un acto de poder público, y 3. Necesidad de la restricción de la competencia para una buena ejecución de la misión por la empresa, siempre que no afecte al desarrollo de los intercambios de una manera contraria al interés comunitario»; E. Vírgala Foruria, «Servicios públicos y servicios de interés económico general en la Unión Europea», *Revista de Estudios de Europeos*, núm. 27, enero-abril de 2001, p. 54.

<sup>30</sup> Sobre el antiguo artículo 90.2 del Tratado, hoy 86.2, *vid.* C. F. Molina del Pozo, «Los servicios de interés general en el Derecho Comunitario: Especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam», *Cuadernos Europeos*, núm. 21, Deusto, 1999, pp. 125 a 160; S. González-Varas Ibáñez, «Derecho comunitario y actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)», *Noticias de la Unión Europea*, vol. 16, núm. 183, 2000, pp. 25 a 41. E. Vírgala Foruria, «Servicios públicos y servicios de interés económico general en la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 43 a 76.

<sup>31</sup> En este sentido, S. González-Varas Ibáñez, «Derecho comunitario y actividad económica de los poderes públicos...», *op. cit.*, p. 26. En su opinión, que comparto, los «servicios de interés económico general» constituye «una expresión que, a nivel comunitario, se ha formulado de manera general con el fin de dar cobijo a las distintas formas empresariales con las que los Estados resuelven las necesidades colectivas sin hacerse coincidir con ninguna de ellas, tampoco con el servicio público» (p. 27).

<sup>32</sup> *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, cit., apartado 23.

## 2.3. Proyección de la regulación comunitaria sobre servicios de interés general al ámbito local

### 2.3.1. Insuficiencia del vigente modelo y posibles líneas de reforma

Enlazando con lo que señalábamos al comienzo del trabajo, el punto de partida para un posible replanteamiento del esquema actual sobre las competencias y los servicios locales ha de partir necesariamente del correcto entendimiento del principio de autonomía local. Para ello, además de atender al Derecho comunitario que, de forma más o menos directa, puede incidir sobre la organización y funcionamiento de estas entidades, no debemos olvidar la Carta Europea de Autonomía Local, que contiene un concepto de autonomía local que va más allá del alcance que se desprende de la vigente regulación (pues la LBRL no contiene definición alguna de autonomía local). Así, del artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local dispone que «por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes».

Es necesario reinterpretar el principio de autonomía local —para reforzarlo— a la luz de la Carta Europea de Autonomía Local, reconociendo no sólo potestades superiores a las que actualmente vienen ostentando, sino también mayores ámbitos materiales de actuación, pues «la autonomía local no puede ser una cualidad abstracta, en el vacío, sino que debe asociarse indeleblemente a la gestión de intereses del ente del cual se predica. Y, puesto que no cabe hablar de intereses sin que se ostenten las competencias necesarias para ello», desde el *Libro Blanco para la reforma del gobierno local* se entiende que «la autonomía local proclamada en nuestra Constitución presupone un contenido competencial sobre el que proyectarse»<sup>33</sup>.

Y para no dejar en manos del Estado o de las Comunidades Autónomas (legislador sectorial) la determinación de los anteriores aspectos, como ocurre ahora *ex* artículo 25.1 LBRL, debe establecerse un mínimo común de materias y potestades, es decir, de competencias superiores a las actuales, que corresponden a los Entes locales. Dichas competencias derivan de forma directa y automática de la autonomía local, por lo que no cabe dejar en manos del legislador sectorial la determinación del alcance que aquélla haya de tener en cada momento y lugar concretos.

El planteamiento de la reforma prevista para el ámbito local parte, en este punto, de un radical cambio de filosofía, de modo que «la autonomía local es autonomía política en el marco de la Constitución y no mera autonomía administrativa en el marco de la ley. La garantía del sistema de gobierno local se encuentra en la Constitución y no en el legislador, sea estatal o autonómico»<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> *Libro Blanco para la reforma del gobierno local*, Madrid, 2005, p. 47.

<sup>34</sup> *Libro blanco para la reforma del gobierno local, op. cit.*, p. 16. Se trata de un documento elaborado por una Comisión de Expertos nombrada por el MAP y presentado a todos los agentes sociales para poder



A la hora de plantear las líneas para reformar el vigente régimen local en materia de servicios locales, el *Libro Blanco para la reforma del gobierno local* parte del siguiente diagnóstico (que se concreta en una insuficiencia del actual sistema de competencias locales)<sup>35</sup>:

En primer lugar, no existe en la legislación local un listado de competencias locales, sino que la atribución competencial es dejada en manos del legislador sectorial, estatal o autonómico, habiéndose obtenido un resultado insatisfactorio del alcance que, en la práctica, ha supuesto para las competencias locales.

En segundo lugar, respecto de los servicios obligatorios contemplados en el artículo 26 LBRL, parece que las potestades que se atribuyen al Ente local respecto de los mismos son de mera gestión (no de planificación, programación, regulación o intervención), aparte de que la lista, en sí, necesita de una actualización para adaptarla a las nuevas realidades sociales, económicas y técnicas.

En tercer lugar, no se ha conseguido extraer toda la virtualidad competencial que encierran los artículos 25.1 y 28 LBRL, en la que podría haberse basado una buena parte de las posibilidades de actuación de los municipios.

Por ello, aparte de un amplio y detallado listado de competencias municipales contenido en el artículo 22 del ALGBAL, el precepto anterior recoge, de manera muy distinta al citado artículo 25.1 LBRL, una cláusula general de competencia de los municipios, en virtud de la cual «el municipio, para la gestión de sus intereses, tiene competencia en todas las materias no atribuidas expresamente por la legislación del Estado o a las Comunidades Autónomas (...)»<sup>36</sup>.

Ahora bien, como actualmente sucede, respecto de todas esas materias, la Entidad local asume la responsabilidad de garantizar determinadas prestaciones en ciertas condiciones por ser consideradas de interés público. Lo que ocurre es que en el Anteproyecto que comentamos desaparece el concepto de servicio público como tal —al menos la expresión tradicional— y pretende incorporar los principios y enfoques apuntados desde el Derecho europeo<sup>37</sup>.

---

recabar comentarios y sugerencias al mismo, a partir de las cuales elaborar un texto normativo. Éste, de momento, reviste la forma de Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local (en adelante, ALBGAL), Documento de Trabajo LBGAL de 3 de mayo de 2006. Se trata de un texto que aún puede experimentar cambios en su redacción definitiva, pero las líneas que lo inspiran y a las que aquí nos referimos parecen bastante afianzadas, especialmente en las que provienen de los documentos comunitarios antes analizados.

<sup>35</sup> *Libro blanco para la reforma del gobierno local, op. cit.*, pp. 48 a 53.

<sup>36</sup> Artículo 21 ALBGAL. La Exposición de Motivos defiende esta concepción, que se aleja «de la que vincula la autonomía local a la regulación de los intereses locales o al círculo de intereses locales, asumiendo plenamente que en el Estado Social y Democrático de Derecho no hay intereses estatales, autonómicos y locales, sino intereses de la ciudadanía. Por tanto, la articulación entre los diferentes niveles de gobierno exige ponderar criterios de eficiencia económica y de participación política. Se entiende así que el principio de subsidiariedad requiere conciliar la capacidad de gestión del gobierno local con la ventaja de la proximidad y del control ciudadano».

<sup>37</sup> Comparto la opinión de Ballesteros Ortega en cuanto a la inviabilidad de una «aplicación limitada de las normas de Derecho europeo al ámbito local argumentando la menor relevancia económica

2.3.2. *Modos de configuración de los servicios locales de interés general. En particular, la propuesta del Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local (ALBGAL)*

Así, los servicios locales son calificados, en todo caso, como servicios de interés general, de acuerdo con el concepto que a partir de la legislación comunitaria sectorial esboza el Libro Verde sobre los servicios de interés general. En consecuencia, se declara que «son servicios locales de interés general los que prestan o regulan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y aquella otra actividad prestacional que dichas entidades realizan o regulan a favor de los ciudadanos bajo la habilitación legal de la cláusula de Estado Social establecida en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución. Los servicios locales de interés general garantizan a los ciudadanos la igualdad de acceso y de trato, la continuidad en la prestación y la protección de los derechos de los usuarios»<sup>38</sup>.

En este sentido, las Entidades locales no sólo podrán *prestar* los servicios locales de interés general, sino que también les corresponde *regular* aquéllos, de manera que, por una u otra vía, se satisfagan los objetivos de interés público existentes en cada caso y concretados en las obligaciones de servicio público que el propio precepto enumera.

De forma paralela a lo que de momento sigue vigente en los apartados 1 y 2 del artículo 86 LBRL, en cuanto que se exigen los mismos requisitos formales, el ALBGAL pretende eliminar posibles dudas acerca del sentido y alcance de la fórmula «podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económica» y lo vincula directamente a su ejercicio conforme a las normas de libre competencia, de manera que no cabe ninguna modalidad prestacional que consista en el ejercicio de la iniciativa pública en una actividad que ni está legalmente reservada ni se somete a las normas de libre competencia, como cabría pensar al interpretar conjuntamente los dos primeros apartados del artículo 86 LBRL.

En el nuevo texto, inequívocamente, se reconoce a los Entes locales la posibilidad de crear servicios para el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre competencia, es decir, sometiéndose en los mismos términos que los particulares a las normas que rijan el mercado respectivo. Nótese que en este caso, acertadamente, el texto no califica estas actividades como servicios de interés general, pues en puridad no lo son, ya que la presencia de la Administración no condiciona la calificación de la naturaleza de una actividad como pública, especialmente si además se sujeta a idénticas reglas que los particulares. Simplemente se reconoce de manera expresa la posible intervención de la Entidad local en los diversos sectores o mercados en los que, de acuerdo con las competencias municipales, pueda intervenir. Eso sí, se sigue exigiendo tanto expediente acreditativo de la conveniencia y oportu-

---

de las iniciativas locales»; J. Ballesteros Ortega, «Competencias, servicios públicos y actividad económica...», *op. cit.*, p. 88.

<sup>38</sup> Artículo 74.1 ALBGAL.

nidad de la medida como aprobación definitiva por el Pleno de la Entidad local, como hasta ahora.

En el extremo opuesto de este reconocimiento genérico aparece legalmente prevista la declaración de reserva de ciertas actividades a favor de los municipios. Ciertamente, la incorporación de esta técnica, cuyo fundamento sigue estando en el apartado 2 del artículo 128 de la Constitución Española, no deja de resultar un tanto discordante con el resto de la regulación, pues evoca (e indefectiblemente conlleva) un régimen jurídico que choca con el marco liberalizador menos intervencionista de los textos comunitarios y con el propio concepto de servicios de interés general, como es el de servicio público.

Sin embargo, aparte del fundamento que puede encontrar tanto en nuestra Constitución como en el propio artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea<sup>39</sup>, el texto mejora respecto de la vigente legislación en cuanto que reduce la reserva exclusivamente a las actividades y servicios esenciales que procede a enumerar<sup>40</sup>, de modo que suprime la remisión desconcertante a la posibilidad de que una ley estatal o autonómica procediera a reservar otras actividades o servicios, sin exigir, como decíamos, que los mismos hubieran sido calificados previamente como esenciales. Únicamente estas actividades y servicios son declarados reservados, y lo son para todos los municipios por igual, puesto que se establece en una ley básica estatal.

Ahora bien, se deja también a la decisión de la autoridad municipal, junto con la aprobación ulterior y definitiva del órgano de gobierno autonómico, «la efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio»<sup>41</sup>, es decir, su explotación por un único prestador, sea éste la propia Entidad local, directamente o por medio de un ente instrumental, o sea mediante título habilitante a un único prestador. Ciertamente, la justificación de una agravación de la reserva requiere seguramente de una motivación mayor e inequívoca por lo excepcional de la misma.

De manera coherente con la declaración del artículo 74, el 75 ALBGAL se refiere a las formas de gestión de los servicios locales, clarificando las posibilidades de intervención del municipio, que van más allá, como se dijo, de la prestación directa o indirecta o de la imposición de determinadas condiciones en el correspondiente título habilitante o en el contrato de gestión de servicios públicos.

---

<sup>39</sup> La Jurisprudencia comunitaria ha afirmado la compatibilidad de esta previsión con el Derecho comunitario, como se recoge en el asunto *Corbeau* y recoge J. Ballesteros Ortega, «Competencias, servicios públicos y actividad económica...», *op. cit.*, p. 70. También se refiere a este importante fallo jurisprudencial E. Malaret, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos...», *op. cit.*, p. 82.

<sup>40</sup> La enumeración es casi coincidente con la del vigente artículo 86.3 LBRL, pero suprime algún elemento y añade otros que estaban y siguen estando entre los llamados servicios obligatorios. Así, se declaran esenciales y, en consecuencia, se reservan «el abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos urbanos; transporte público urbano de viajeros; alumbrado público y pavimentación de vías públicas» (art. 74.3 ALBGAL).

<sup>41</sup> Los requisitos formales son, pues, los mismos que actualmente se establecen para el mismo supuesto.

En este sentido, las Entidades locales pueden configurar sus servicios locales de interés general (es decir, los definidos en el art. 74.1 ALBGAL) en las dos siguientes modalidades: bien como servicio público, bien como servicio reglamentado.

Aquí se pone de manifiesto el alcance que se quiere dar al concepto de servicio público y al régimen jurídico que lleva consigo: éste se limita a ser, en el nuevo texto, una forma de organizar la gestión de los servicios locales de interés general. En este caso, es la propia Entidad local la que *realiza, directa o indirectamente*, la actividad objeto de la prestación, por medio de alguna de las formas tradicionalmente previstas para la gestión de servicios públicos<sup>42</sup>.

Pero atendiendo a la naturaleza y peculiaridades de la actividad, servicio o prestación de que se trate, la Entidad local puede también configurar el servicio local de interés general en régimen de servicio reglamentado. Como servicios de interés general que son existe un interés público en los mismos que lleva a la Entidad local a intervenir en él, si bien no lo hace conforme al régimen de servicio público (que parece excluir de la titularidad del servicio a los particulares, quienes sólo por la vía de la gestión indirecta podrán participar en ellos). En este caso, la satisfacción de los objetivos de interés público pretenden asegurarse contando con la colaboración de los particulares prestadores de la actividad, titulares de la misma, pero que se ven sometidos a una regulación derivada, como se decía, de la presencia del interés público en la actividad.

Formalmente, dicha regulación, que encarna la actuación de la Entidad local en estos casos, revestirá la forma de *Ordenanza local del servicio*, en virtud de la cual se pueden imponer obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general, en el sentido apuntado por el Libro Verde de los servicios de interés general. Puesto que las obligaciones de servicio público constituyen una excepción al régimen de libre competencia —por más que justificada— deben aparecer claramente definidas por razones tanto de seguridad jurídica para el proveedor del servicio como de exigibilidad por parte de quien las impone y garantiza de ese modo el logro de unos objetivos. A tal efecto, el mismo precepto señala el contenido mínimo que debe contemplar la Ordenanza local del servicio, aspectos que se refieren a la prestación en sí misma (condiciones técnicas de su prestación, modalidades en que puede ser prestado, obligaciones de servicio público específicas que se imponen en virtud del interés general y niveles mínimos de calidad, en su caso), a los usuarios (derechos y deberes, tarifas o precios y posibles subven-

---

<sup>42</sup> Como en el caso del vigente artículo 85 LBRL, las formas de gestión de los servicios locales de interés general que se configuren como servicio público se clasifican en: a) gestión directa (por la propia Entidad local, con o sin órgano desconcentrado, organismo autónomo local, Entidad pública empresarial —posibilidad que se incluyó en virtud de la Ley 57/2003—, sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública o cualquier otra fórmula organizativa prevista en las leyes, previsión que no se contiene en el vigente artículo 85 y que pretende dejar la puerta abierta a posibles nuevas modalidades de gestión directa que pudieran concebirse; b) gestión indirecta, remitiéndose a la normativa sobre contratación de la gestión de servicios públicos.

ciones) y, como no podía ser de otra manera, al prestatario (regulación de su situación jurídica respecto de la Administración, en la que se debe concretar: si el inicio, traslado o cese quedan sometidos o no a autorización administrativa; las sanciones aplicables por infracciones que pudiera cometer y los supuestos de revocación o clausura de la actividad).

Podríamos afirmar, así, que esta modalidad de gestión responde a la idea de servicio público en sentido objetivo, mientras que la anterior responde a la de servicio público en sentido subjetivo (o estricto). Efectivamente, mientras que en el caso anterior la Entidad local presta o realiza el servicio, limitando la posible actuación de los particulares al ejercicio de la misma (y no a su titularidad), en el caso de los servicios reglamentados los particulares pueden esgrimir el derecho que les reconoce el artículo 38 de la Constitución, si bien la presencia del interés público en el específico sector justifica la imposición de determinadas cargas u obligaciones que de alguna manera no atienden a las reglas de libre competencia conforme a las cuales actúan los particulares. Nos lleva a esta idea también el hecho de que el texto incluya entre las modalidades de servicio de interés general la modalidad de servicio reglamentado, que doctrinalmente se viene situando entre la actividad de policía o de ordenación y no entre la de servicio público y, sin embargo, no ha sido incluida como tal en el artículo 72<sup>43</sup>.

Aparecen, pues, líneas de continuidad con la vigente legislación sobre servicios locales, si bien el espíritu del nuevo texto difiere del de 1985. Si el régimen jurídico aplicable a este tipo de actividades, servicios o prestaciones viene definido por dos coordenadas (servicio público y libre competencia), podríamos señalar las siguientes posibles combinaciones:

En primer lugar, ejercicio de actividad económica por parte de la Entidad local en concurrencia con los particulares, bajo las mismas normas que rigen la libre actuación de éstos en un mercado (ausencia de exorbitancias públicas, actuación conforme a las normas del mercado).

En segundo lugar, actividades en las que la presencia de un interés público justifica la calificación de éstas como servicios de interés general. Estos casos se caracterizan por una combinación, en distintas proporciones, de intervencionismo público y libre competencia, lo que determina, a su vez, una diversa configuración del régimen jurídico de la actividad. Probablemente, la naturaleza de ésta determinará que la forma de gestión de la misma sea bien como servicio reglamentado, bien como servicio público. En el primer caso, la entrada de los particulares a la prestación es libre, pero fuertemente controlada (antes y durante la prestación), mientras que en el segundo, los particulares sólo pueden participar en la realización del ejercicio de la actividad cuando la Entidad haya optado por la modalidad de gestión indirecta del servicio.

---

<sup>43</sup> Este precepto, bajo el (nuevo) enunciado de «Actividad de policía», reproduce el contenido del vigente artículo 84 LBRL sobre los medios a través de los cuales pueden intervenir las Entidades locales en la actividad de los ciudadanos (de la que no se excluye, *a priori*, la actividad económica).

Por último, como muestra del grado máximo de intervención pública que se puede alcanzar y que el texto prevé, siquiera sea para supuestos excepcionales y tasados, aparece la reserva que *ex lege* efectúa el propio Anteproyecto de Ley Básica respecto de una serie de servicios calificados como esenciales. La diferencia respecto del nivel anterior (servicio público en sentido subjetivo), a mi modo de ver, no estará tanto en el régimen jurídico aplicable —el de servicio público en ambos casos— como, por un lado, en el instrumento en virtud del cual se decide esa concreta forma de gestión (por decisión de la Entidad o por ley, respectivamente), así como en la previsión de la posible (no necesaria) prestación en régimen de monopolio de los servicios reservados, posibilidad que ahora debemos entender implícitamente proscrita en el caso de la configuración del servicio de interés general como servicio público.