

LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

ÍNIGO DEL GUAYO CASTIELLA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Actividades económicas y servicios públicos locales.*—3. *La reforma del artículo 85, 1, LRBRL.*—4. *Gestión directa mediante organismo autónomo local o entidad pública empresarial local.*—5. *Gestión mediante sociedad mercantil local.*—6. *Gestión indirecta.*—7. *Consecuencias sobre el Derecho autonómico.*—8. *Valoración global de la reforma.*

ABREVIATURAS: CE: Constitución española de 1978; DA: Disposición Adicional; DF: Disposición Final; EPE: Entidad Pública Empresarial; LC: Ley núm. 22/2003, de 9 de julio, concursal; LEF: Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954; LF: Ley núm. 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones; LGP: Ley núm. 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; LGP88: Real Decreto Legislativo núm. 1091/1988, de 23 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (derogado por la LGP); LH: Ley núm. 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; LHL: Ley núm. 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales (derogada por el TRLHL); TRLHL: Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo núm. 2/2004, de 5 de marzo; LMMGL: Ley núm. 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local; LOFAGE: Ley núm. 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado; LPAP: Ley núm. 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; LPE: Texto Articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, aprobado mediante Decreto núm. 1022/1964, de 15 de abril (derogado por la LPAP); LRBRL: Ley núm. 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; LRJPAC: Ley núm. 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LSA: Real Decreto Legislativo núm. 1564/1989, de 22 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; LSRL: Ley núm. 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; OA: Organismo Autónomo; RD: Real Decreto; RD-L: Real Decreto-Ley; RS: Decreto de 17 de junio de 1955, que aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; TRLCAP: Real Decreto Legislativo núm. 2/2000, de 16 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; TRRL: Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo núm. 781/1986, de 18 de abril; UE: Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley núm. 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (1), ha reformado la legislación local también en materia de gestión de servicios públicos, con carácter ge-

(1) «BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 2003.

neral para todas las entidades locales —no sólo para los llamados grandes municipios—, una reforma que se lleva a cabo, fundamental pero no exclusivamente, mediante tres vías: en primer lugar, la LMMGL reforma el artículo 85 LRBRL de manera que, por un lado, la tipología de los entes instrumentales para la gestión directa de los servicios públicos locales se asemeja ahora a la contenida en la LOFAGE y, por otro lado, las formas indirectas de gestión en el ámbito local son ahora las mismas que las contempladas en el TRLCAP; en segundo lugar, se adicionan a la LRBRL varios preceptos (artículo 85 bis —sobre determinadas peculiaridades del régimen jurídico de las entidades instrumentales que las entidades locales pueden crear para la gestión directa de los servicios públicos—, artículo 85 ter —sobre las sociedades mercantiles locales— y DA 12 —sobre reordenación de sociedades mercantiles—); en tercer lugar, se contienen en la LMMGL previsiones transitorias respecto de las entidades públicas empresariales locales (DT 2) y de los organismos autónomos locales (DT 3).

Me propongo inicialmente indagar en el sentido de la nueva redacción dada por la LMMGL al artículo 85, 1, LRBRL, y con ese objeto subrayo con carácter previo la distinción entre las dos posibles formas de actuación de las entidades locales en el ámbito económico, es decir, los servicios públicos y la actividad económica en concurrencia con los particulares, aunque está, lógicamente, fuera de la finalidad de este trabajo el estudio pormenorizado de la organización del sector público local, pues, entre otras razones, la bibliografía española cuenta con valiosas contribuciones en este campo, en las que se aborda, entre otras cuestiones, el concepto de reserva local y los modos de gestión de los servicios públicos (2). A continuación examino aquellos aspectos que hayan de reputarse como verdaderas novedades en materia de gestión directa e indirecta de los servicios públicos locales, con la advertencia de que no pretendo realizar un análisis exhaustivo de todas las cuestiones que la reforma operada por la LMMGL suscita, sino tan sólo de las más relevantes. En el análisis que hay en este trabajo de las nuevas previsiones normativas hay referencias a otras modificaciones que afectan al régimen jurídico de los servicios públicos y a sus formas de gestión,

(2) Entre otras que podrían aquí ahora citarse, y por orden cronológico, las siguientes: F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, 5.ª ed. (la primera edición es de 1991); J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (dir.), *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, MAP, Madrid, 1991 (en especial, los trabajos de E. BORDÓN IGLESIAS, «La iniciativa económica local», págs. 141 y ss., y de F. VILLAR ROJAS, «Los servicios esenciales reservados a las entidades locales», págs. 181 y ss.); A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración Local*, Ed. Comares, Granada, 1992; J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios locales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1994, y F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del Municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Ed. Civitas (coedición con el Ayuntamiento de Gijón), Madrid, 1995.

contenidas en otras leyes que se han aprobado en torno a las mismas fechas que la LMMGL y que tienen igualmente su influencia en esta materia.

2. ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

La fisonomía del sector público local presenta dos principales rasgos, los cuales, y en relación con la legislación de régimen local de 1950-55, fueron adecuadamente descritos por MARTÍN-RETORTILLO, quien afirmaba que el planteamiento general de aquella legislación, tal y como quedó plasmado en el RS, sigue hoy vigente en sus líneas generales y, remitiéndose a dos importantes trabajos sobre la materia (3), reconducía ese planteamiento a los servicios públicos y a las actividades industriales o comerciales que formalmente *no resultan referibles*, sin embargo, *al concepto estricto de servicios públicos*, y ello bien con monopolio, sustrayendo la actividad a la iniciativa privada tras la *publicatio* de la misma, bien en concurrencia con ella, sin monopolio (4), un planteamiento que giraba, además, en torno a los conceptos de municipalización y provincialización (5).

La doctrina española del Derecho administrativo viene ocupándose desde antiguo de los servicios públicos locales, un interés alimentado últimamente por la creciente importancia que adquieren en la UE los servicios de interés general (6). El artículo 128, 2, CE dice tres cosas: en primer lugar, que los poderes públicos están habilitados para intervenir en la economía; en segundo lugar, que la ley puede reservar al sector público recursos o servicios esenciales; en tercer lugar, que el poder público puede intervenir en las empresas cuando lo exija el interés general. De aquí derivan, entre otras, las dos grandes modalidades que puede revestir la actividad pública económica, una en ámbitos no publicados donde el sector público debe concurrir como un agente más del mercado de que se trate (siempre que

(3) M. F. CLAVERO ARÉVALO, *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, Madrid, 1952 (que escogió el criterio del control interno como principio caracterizador de la municipalización y niega el carácter directo de la municipalización en el Derecho positivo español: págs. 130 y ss.), y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, núm. 17 de esta REVISTA (1955), págs. 87 y ss., cuyas líneas fundamentales son referibles al ordenamiento jurídico en vigor.

(4) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, Ed. La Ley, Madrid, 1988, pág. 314.

(5) Sobre la municipalización y la provincialización, vid., entre otras muchas aportaciones, F. ALBI CHOLBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960, págs. 81-84, 97 y 261-263; A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual...*, o.c., págs. 393-394, y F. SOSA WAGNER, *La gestión...*, o.c., pág. 52, n. 30.

(6) *Libro Verde sobre los servicios de interés general* de la Comisión Europea: COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003.

eso sea verdaderamente posible) y otra relativa a la intervención en ámbitos reservados a favor del sector público (servicios públicos), dos modalidades que se cumplen también en la esfera local.

En primer lugar, las entidades locales son titulares de determinados servicios públicos que la ley ha reservado a su favor. En la organización de tales servicios gozan las entidades locales de libertad —con algunos límites en determinados casos— para gestionarlos directamente (con exclusión de las empresas particulares) o para contratar la gestión con terceros (7). En segundo lugar, las entidades locales pueden intervenir en la economía (en sectores no publicados a su favor), mediante, por ejemplo, la constitución de empresas públicas para el desempeño de cuantas actividades y servicios reputen las entidades locales convenientes u oportunos —y así lo acrediten—, con objeto de satisfacer las necesidades de los vecinos y que se designan a veces como servicios económicos para distinguirlos de los servicios públicos en sentido estricto. En esta segunda modalidad, las entidades locales no excluyen a los particulares del funcionamiento en el sector de que se trate ni pueden gozar de privilegio alguno (8).

El artículo 86, 1, LRBRL es una reiteración (específica para el ámbito local) de lo dispuesto en el artículo 128, 2, primera frase, CE y se trata, por tanto, de una versión local de esa previsión constitucional. También el artículo 96 TRRL reafirma lo establecido en el artículo 86, 1, LRBRL, pero en el precepto del TRRL hay, sin embargo, dos elementos novedosos respecto de la LRBRL, a saber: se aclara expresamente que la iniciativa local puede recaer sobre cualquier actividad de utilidad pública y, además, se limita la amplitud de las actividades que puede la entidad local emprender a la circunstancia de que se desarrollen en régimen de libre competencia. Las cuestiones relativas a la iniciativa municipal en la economía (ámbito, modos, intensidad...) quedan, en consecuencia, remitidas —dada la referencia del artículo 86, 1, LRBRL al artículo 128 CE— a los más amplios temas del modelo económico de la CE y del papel que reserva a los poderes públicos en la economía.

(7) J. F. MESTRE DELGADO, «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en *Tratado de Derecho Municipal*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 1226.

(8) Éste es el planteamiento, entre otros, de A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual...*, o.c., págs. 394-396. LLISSET distingue cuatro actividades de las entidades locales: función pública, servicios públicos (económicos o no), gestión económica (actividad industrial y mercantil) y administración del patrimonio privado (F. LLISSET BORRELL, *La actividad empresarial de los entes locales*, El Consultor, Madrid, 1990, págs. 23-24). ORTEGA ha afirmado que «en la economía, la posición del Ente local es absolutamente marginal y, sin embargo, en la actividad prestacional estaríamos en el polo opuesto»: L. ORTEGA ÁLVAREZ, *La actividad prestacional y económica de los Entes Locales*, «Revista Jurídica de Navarra», núm. 10 (1990), págs. 13-22; la cita está en pág. 21.

Las actividades económicas fruto de la libre iniciativa local contempladas en los artículos 86, 1, LRBRL y 97 TRRL pueden dar lugar a empresas públicas que las entidades locales crean para el desempeño de actividades que se realizan en concurrencia con los particulares: si no se trata de servicios reservados, esta concurrencia es exigible. También la gestión de los servicios públicos, cuando se lleva a cabo mediante gestión directa, puede dar lugar a la aparición de empresas públicas locales (OAs, EPEs o sociedades mercantiles locales), pero estas empresas públicas tienen un régimen peculiar y distinto de las otras empresas públicas locales (es decir, de aquellas que cree la entidad local en ámbitos distintos de los servicios públicos). Desde esta perspectiva, sorprende el contenido que el autor de la LRBRL dio al número 2 del artículo 86 LRBRL, porque *a contrario sensu* parece admitir que la actividad empresarial no se realice en régimen de libre concurrencia (9) y porque lo que al principio del párrafo designa como «actividad» termina llamándolo al final «servicio». Ambas *perplejidades* se explican, parcial aunque no satisfactoriamente, de la manera siguiente: en primer lugar, hay actividades o servicios reservados cuya gestión conforme a la LRBRL puede ser efectivamente monopolística (es decir, que la «actividad» a que se refiere el artículo 86, 2, LRBRL puede ser alguna de las actividades del artículo 86, 3, LRBRL); en segundo lugar, el artículo 86, 3, LRBRL regula conjuntamente las actividades reservadas y los servicios reservados, aunque se advierte en función del contexto que las actividades de que habla el artículo 86, 3, LRBRL no son las mismas actividades de que habla el número 1 del mismo artículo. El propósito de este número 2 del artículo 86 LRBRL es el señalamiento de la autoridad competente para aprobar la actividad: si se trata de una actividad no constitutiva de servicio público o de un servicio público cuya gestión no va a monopolizarse, la aprobación corresponde al Pleno del Ayuntamiento; si se trata de un servicio público (es decir, de alguna de las actividades o servicios reservados del art. 86, 3, LRBRL) que pretende gestionarse monopolísticamente, la aprobación se somete al órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (argumento: arts. 86, 2, y 86, 3, párrafo 2, LRBRL, puestos en relación). No son acti-

(9) La Ley núm. 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (modificada en varias ocasiones, la última mediante Ley núm. 21/2002, de 21 de julio), es más clara en este punto, pues en su artículo 227, 3, dispone que «el ejercicio de la actividad se realizará en régimen de libre concurrencia. Podrá adoptarse la forma de organismo autónomo de carácter industrial, comercial o financiero, o la de sociedad mercantil de capital público o mixto o la de sociedad cooperativa». LLISET alaba la limitación a esas cuatro formas: F. LLISET BORRELL, *Introducción a las formas de gestión directa de servicios y actividades económicas locales*, «Revista Jurídica de Cataluña», núm. (1988), págs. 951-957.

vidades tasadas, nunca podrán implicar un monopolio y no son auténticos servicios públicos (10).

La definición que el artículo 85, 1, LRBRL hace de los servicios públicos locales es muy amplia, y el artículo 25, 1, LRBRL se refiere al servicio público en términos igualmente amplios. Las referencias de ambos preceptos son tan amplias que carecen realmente de virtualidad definidora y no permite que conozcamos cuáles son los servicios públicos locales en sentido estricto, pues también las actividades o servicios económicos que presten las entidades locales como fruto de su libre iniciativa en el ámbito económico podrían ser considerados a tenor de ambos preceptos como *servicios públicos*. Es preciso, no obstante, hacer un esfuerzo de identificación de cuáles son en sentido estricto los servicios públicos locales.

El tercer precepto clave para el estudio de los servicios públicos locales es el artículo 86, 3, LRBRL, que versa sobre la reserva de determinadas actividades y servicios esenciales a favor de las entidades locales, cuya interpretación ha dado lugar a discusiones doctrinales derivadas, por un lado, de la coincidencia (pero no identidad) entre las actividades y servicios enumerados en el artículo 86, 3, primer párrafo, con los servicios municipales del artículo 26 LRBRL —facultativos u obligatorios: el precepto va enumerando los servicios en función de la población, de manera que aquellos servicios cuya prestación resulta obligada, por ejemplo, en municipios de más de 50.000 habitantes son, al mismo tiempo, servicios que se pueden prestar o no en municipios con menor población y son, por eso, facultativos (11)— y, por otro lado, de la necesidad de una aprobación de la Comunidad Autónoma cuando alguna de las actividades o servicios reservados quiere ejecutarse en forma de monopolio (la llamada efectividad de la reserva), de acuerdo con el artículo 86, 3, párrafo segundo, LRBRL (12).

A propósito de los artículos 25, 1; 26; 85, 1, y 86, 3, LRBRL, la mejor doctrina ha tratado de clarificar el panorama relativo a los servicios públicos y he de dejar ahora reseñado que, desde mi punto de vista, la exposición más coherente de lo que significa la reserva local del artículo 86, 3, LRBRL —como vía para el establecimiento de monopolios locales— se encuentra en el trabajo referenciado de DÍAZ LEMA, en cuyas páginas se hallan, en efecto, todos los elementos necesarios para comprender el régimen jurídico de los servicios públi-

(10) F. LLISSET BORRELL, *La actividad...*, o.c., pág. 22, que pone como ejemplos las viviendas, aparcamientos, alojamientos turísticos, promoción o gestión industrial.

(11) Vid. J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios...*, o.c., págs. 30-31.

(12) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, I, o.c., pág. 318, y A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual...*, o.c., pág. 401.

cos locales y su relación con la iniciativa económica local, expuestos de tal manera que el autor alcanza a construir un sistema inteligible, a pesar de que —también desde mi punto de vista— algunas de las premisas de que parte (concretamente, la identificación del servicio público, y por ende de la reserva, con el monopolio) sean discutibles. Por lo demás, la lectura de este trabajo, que se sustenta sobre la base de la distinción entre cuatro conceptos (competencias, servicios mínimos —facultativos y obligatorios—, reserva e iniciativa pública), proporciona al lector las claves para entender, en parte, qué ha pretendido la LMMGL al modificar el artículo 85, 1, LRBRL.

A mi juicio, el artículo 128, 2, segunda frase, CE permite sostener que hay una identidad conceptual entre servicios públicos y servicios esenciales reservados (13). La palabra reserva en el artículo 128, 2, CE es sinónima de *publicatio*. Erigir un servicio público es lo mismo que *publicar* una actividad y es también lo mismo que reservar un servicio. Son expresiones sinónimas. Todo servicio público implica una exclusividad en la titularidad a favor de una Administración. No todo servicio público implica un monopolio *de facto*, es decir, la gestión del servicio puede estar en manos de particulares. Ambos planos —titularidad y gestión— deben diferenciarse netamente. Aunque la gestión esté en manos de los particulares (*v.gr.*, mediante concesión administrativa), la Administración no pierde la titularidad. La ley que reserva establece el servicio público, lo crea, y no prejuzga el modo en que el servicio va a gestionarse, pues la reserva implica más bien la exclusividad a favor del poder público, sin perjuicio de que *a posteriori* la actividad se conceda a los particulares, se gestione directamente por la Administración de forma monopolística o, por último, se gestione en parte directa y en parte indirectamente. Desde esta perspectiva, la palabra «reserva» no significa en el artículo 128, 2, CE gestión directa (14). ¿Y qué significado ha de otorgarse a las palabras «especialmente en caso de monopolio» del mismo artículo? Estas palabras significan que un indicio de que el servicio es esencial y de que, por tanto, la ley puede reservarlo al sector público es que se trate de una actividad que tienda naturalmente al monopolio, es decir, que sea un monopolio natural, defini-

(13) Para DÍAZ LEMA, sin embargo, «no debe identificarse la reserva del artículo 86, 3, LRBRL, con la tradicional declaración de servicio público»: J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios...*, o.c., pág. 79.

(14) Para MARTÍN-RETORTILLO, la reserva de servicios esenciales no consiste sólo en el mantenimiento de «una determinada titularidad pública de algo que ya lo es», porque «en el artículo 128, 2 CE, por el contrario, el término tiene un significado del todo distinto. Se trata de asumir “con carácter exclusivo”, “apartando a los demás” —son expresiones que se recogen en el *Diccionario* de la Lengua—, una determinada actividad que, por exigencias de interés general, se sustrae de su posible realización por el sector privado» (S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, I, o.c., pág. 251).

do como aquella situación del mercado en que una sola empresa puede producir el *output* deseado a menor coste que en cualquier combinación de dos o más empresas. Los recursos y los servicios pueden ser esenciales según la consideración de los ciudadanos y de la clase política, pero hasta que la ley no reserva no hay servicio público propiamente dicho. El concepto de servicio esencial es más amplio que el de servicio público, pues éste no es sino un servicio esencial reservado (15). El segundo párrafo del artículo 86, 3, LRBRL es fuente de renovadas *perplejidades* a la luz, fundamentalmente, del artículo 128, 2, CE, en la medida en que el precepto limita la libertad de organización del servicio por parte de la entidad local, por cuanto exige aprobación regional para ejecutar el servicio en régimen de monopolio, aunque se trata de un control de legalidad, no de oportunidad (16), y así como la reserva del artículo 86, 3, primer párrafo, LRBRL es la reserva de que habla el artículo 128, 2, segunda frase, CE, la previsión del artículo 86, 3, segundo párrafo, LRBRL, previsión específica para las entidades locales, es extraña al concepto constitucional de reserva, la cual implica por sí misma la posibilidad de ejecución en régimen de monopolio.

¿Cuáles son, en definitiva, los servicios públicos locales en sentido estricto? Son servicios públicos locales los servicios cuya titularidad es otorgada por la ley a las entidades locales. Esta afirmación es insuficiente, pero nos permite trazar una primera línea divisoria: no todas las actividades sobre las que las entidades locales tienen competencias son servicios públicos. En efecto, una cosa es la titularidad sobre un servicio y otra es la competencia sobre una materia. La diferencia entre titularidad y competencia, por un lado, explica que distintas Administraciones territoriales ejerzan competencias sobre determinados servicios públicos y que sólo una de ellas sea su titular o propietaria; esta diferencia, por otro lado, autoriza que prescindamos (en esta tarea de búsqueda de cuáles son los servicios públicos locales) de la larga y heterogénea lista de competencias enumeradas en el artículo 25 LRBRL. La lista enumera competencias, no servicios públicos, a pesar de que alguna de esas materias coincida con alguno de los servicios públicos locales.

A mi juicio, son servicios públicos locales la práctica totalidad de los servicios mencionados en el artículo 26 LRBRL y, también, todas

(15) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, I, o.c., pág. 253; M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, especialmente págs. 173-201; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución española*, V, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 3803-3837, y F. SOSA WAGNER, *La gestión...*, o.c., pág. 40.

(16) Para algún autor, se trata de un control tanto de legalidad como de oportunidad: J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios...*, o.c., págs. 96-99.

las actividades y servicios reservados del artículo 86, 3, párrafo primero, LRBRL. Para una comprensión cabal de esta postura es preciso llevar a cabo una comparación de los servicios municipales del artículo 26 LRBRL con las actividades y servicios reservados del artículo 86, 3, LRBRL. En la versión originaria de ambos preceptos, todos los servicios y actividades enumerados en el segundo de esos dos preceptos se encontraban también en el primero, salvo los siguientes: *a)* depuración de aguas; *b)* aprovechamiento de residuos; *c)* suministro de gas; *d)* suministro de calefacción, y *e)* lonjas centrales. El artículo 86, 3, primer párrafo, LRBRL hablaba también de servicios mortuorios, parte de los cuales podían entenderse comprendidos en la referencia al servicio de cementerios del artículo 26 LRBRL, pero la referencia a los servicios mortuorios del artículo 86, 3, párrafo primero, LRBRL fue suprimida por el RD-L núm. 7/1996, de 7 de junio. Por su parte, la LH suprimió la referencia al suministro de gas en el artículo 86, 3, párrafo primero, LRBRL (17). A la lista de servicios que están en el artículo 86, 3, LRBRL pero no en el artículo 26 LRBRL hay que añadir hoy los mataderos, los cuales, en virtud del RD-L núm. 7/1996, de 7 de junio, dejaron de estar mencionados en el artículo 26 LRBRL (18). Los servicios enumerados en esa lista —letras *a)*, *b)*, *d)* y *e)*— son, por tanto, servicios esenciales reservados (servicios públicos), que no son, sin embargo, servicios municipales obligatorios en función de la población.

Por su parte, el artículo 26 LRBRL contiene algunos servicios obligatorios no contemplados entre los reservados del artículo 86, 3, párrafo primero, LRBRL, a saber: *a)* en todos los municipios: alumbrado público, limpieza viaria, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas; *b)* en municipios de más de 5.000 habitantes: parque público y biblioteca pública; *c)* en municipios de más de 20.000 habitantes: protección civil, servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público, y *d)* en municipios de más de 50.000 habitantes: protección del medio ambiente. Todas las actividades enumeradas simultáneamente en uno y otro artículo son servicios públicos locales, es decir, servicios esen-

(17) En cuanto al suministro de gas, téngase en cuenta que la Ley del Gas de 1987 reservó el servicio a favor del Estado o de la Comunidad Autónoma, y que los municipios, según una autorizada interpretación doctrinal, sólo podían alcanzar la condición de concesionarios de suministro de gas: J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de las concesiones de suministro de gas por canalización*, «REDA», núm. 65 (1990), págs. 17-45. La LH suprimió la referencia al suministro de gas en el artículo 86, 3, LRBRL.

(18) DÍAZ LEMA, por su parte, describe tres situaciones, mediante la conjugación de las coincidencias y discordancias entre los artículos 25, 2; 26 y 86, 3, todos de la LRBRL: J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios...*, o.c., págs. 51-52.

ciales para los vecinos de los municipios que, por ese carácter esencial, han sido reservados. Los sectores que sólo se encuentran en el artículo 26 LRBRL pueden ser incluidos en uno de los dos siguientes grupos: o auténticos servicios públicos o ámbitos en los que los municipios han de tener competencias *ex* LRBRL —en este segundo grupo se encuentran, a mi juicio, la protección civil y protección del medio ambiente, es decir, como materias o ámbitos en los cuales los municipios han de tener, de conformidad con lo que señalen las respectivas leyes, competencias (19)—. En el primer grupo, todos los demás. El hecho de que algunos servicios del artículo 26 LRBRL no estén mencionados entre las actividades o servicios reservados del artículo 86, 3, LRBRL y, en sentido contrario, el hecho de que algunos servicios estén mencionados en ambos preceptos constituyen, sin duda, una fuente de perplejidad y el intérprete se siente tentado, después de considerar todas las posibles explicaciones, bien a pensar que se trata de un defecto de la LRBRL, bien —desde una postura un tanto heterodoxa— a considerar la posibilidad de que algunos servicios municipales del artículo 26 LRBRL que no están reservados expresamente en el artículo 86, 3, primer párrafo, LRBRL a favor de las entidades locales (como, por ejemplo, alumbrado público, limpieza viaria, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas), están reservados por el propio artículo 26 LRBRL y que en tales servicios no hará falta trámite ulterior ante la Comunidad Autónoma cuando se quieren ejercitar en régimen de monopolio.

Otra de las razones de la confusión entre actividades económicas locales (o servicios económicos) y servicios públicos locales estriba en que el artículo 86, 3, primer párrafo, LRBRL habla de actividades y servicios reservados, pues la lista no discrimina entre las realidades enumeradas cuáles son actividades y cuáles son servicios. De todas formas, la confusión no origina especiales inconvenientes conceptuales dado que unas (actividades) y otros (servicios) están reservados (publicados). A partir de la interpretación del artículo 128, 2, segunda frase, CE, tanto las actividades como los servicios del artículo 86, 3, primer párrafo, LRBRL son servicios públicos. El precepto prevé, además, que futuras leyes autonómicas o estatales amplíen la reserva a otros sectores. Las consecuencias que se siguen de la reserva son las mismas para los servicios reservados que para las actividades reservadas. En cualquier caso, y con independencia de esta terminología confusa, las actividades del artículo 86, 3, primer

(19) Vid. L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Las competencias propias de las Corporaciones locales», en *Tratado de Derecho Municipal*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 185-230.

párrafo, LRBRL no son las actividades del artículo 86, 1, LRBRL: aquéllas son actividades reservadas y las segundas son actividades desarrolladas en sectores no reservados. El artículo 86, 3, primer párrafo, LRBRL habla de actividades y servicios esenciales reservados, pero no se está refiriendo, con la expresión *actividades reservadas*, a las actividades que la entidad local lleva a cabo en ejercicio de su libre iniciativa económica, sino que en el contexto en que se inserta ese precepto se trata de actividades reservadas y de servicios reservados. Esta parcial asimilación en la legislación entre actividades económicas de la entidad local y sus servicios públicos es perceptible también en el artículo 97 TRRL, porque en él se establece un procedimiento común para el ejercicio de ambos tipos, si bien la monopolización de actividades o servicios reservados requiere algunos trámites ulteriores. Puede añadirse que el artículo 95, 1, primera frase, TRRL incurre en la misma confusión. A mi juicio, sin embargo, la iniciativa pública local del artículo 86 LRBRL (al menos la de su número 1) no origina servicios públicos, sino ejercicio de variadas actividades económicas distintas de los servicios públicos.

En conclusión, puede decirse que la legislación local es un tanto confusa en lo que a la distinción entre actividades económicas y servicios públicos se refiere. Conforme al esquema constitucional trazado, la distinción tiene gran relevancia pues una cosa son las actividades económicas que las entidades locales pueden desarrollar (singularmente, constitución de empresas que operan en sectores distintos a los reservados como servicios locales) y otra distinta los servicios públicos que son de la titularidad de las entidades locales. Las actividades se realizan en concurrencia con los particulares, mientras que en los servicios públicos la entidad local retiene siempre la titularidad, aunque conceda o contrate la gestión. La normativa relativa a los servicios públicos locales dista de ser clara. El intérprete que se acerca a ella con un determinado bagaje doctrinal sobre los servicios públicos y sobre conceptos afines (como la reserva de servicios esenciales o la iniciativa pública en la economía...) comprueba el difícil encaje de las reglas locales en dichas categorías doctrinales. Hemos visto que la expresión «actividades» designa en la legislación local, por un lado, las desarrolladas por las entidades locales en régimen de libre concurrencia en campos tan variados como los sectores económicos mismos y, por otro, unas «actividades reservadas» que acompañan siempre a los servicios (también reservados). A pesar de la confusión, el operador jurídico constata la existencia de dos ámbitos distintos y bien diferenciados donde las entidades locales ejercen actividades económicas: servicios públicos (y actividades reservadas) y libre iniciativa económica. Los intentos de

ulterior precisión encuentran obstáculos difíciles de salvar: principalmente, las trabas que el artículo 86, 3, párrafo segundo, LRBRL parece imponer a la libre organización de los servicios.

Al final del camino se siente la tentación del abandono de cualquier construcción categórica de valor universal y, resignadamente, se admite la mayor eficacia del análisis de cada uno de los servicios (o actividades) reservados. Es entonces cuando se advierten las diferencias que median, por ejemplo, entre el abastecimiento de agua y la calefacción, o entre el aprovechamiento de residuos y los mercados. La gestión monopolística de los servicios públicos ligados a sistemas de redes físicas (como el abastecimiento de aguas) se justifica mejor que la de otros servicios en que la concurrencia entre varios gestores no genera especiales dificultades técnicas, económicas o medioambientales.

3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 85, 1, LRBRL

Cuando van a cumplirse veinte años de la aprobación de la LRBRL, la LMMGL ha introducido modificaciones en el siempre confuso ámbito del ordenamiento jurídico relativo a los servicios públicos locales, a cuyo propósito se han escrito numerosas aportaciones doctrinales, con interpretaciones variadas, complementarias o contradictorias, unas modificaciones que tienen lugar cuando estamos comenzando a soltar lastre en ese ámbito, concretamente mediante la superación de las distorsiones que en la comprensión del ordenamiento local vigente impone, entre otros, el peso histórico que en la legislación y práctica locales han tenido durante el siglo XX los conceptos de municipalización y provincialización, pero habrá que esperar, sin duda, a la elaboración y aprobación de una nueva Ley de Bases de Régimen Local (que se anuncia en la Exposición de Motivos de la LMMGL: III, párrafo 1) para sentar los fundamentos de un modelo definitivamente claro, en el plano de los conceptos y en el plano de la práctica, dado que las reformas operadas por la LMMGL, también por su carácter fragmentario, contribuyen sólo parcialmente a introducir un poco de luz en el marco jurídico de los servicios públicos locales, cuyas líneas maestras fueron establecidas en la LRBRL y en el TRRL, pero de una manera tal que determinados conceptos clave carecen todavía (en las normas, en las aportaciones doctrinales y, lo que es verdaderamente grave, en la jurisprudencia) de una significación precisa y unívoca, como son los conceptos siguientes, entre otros existentes en el lenguaje jurídico propio de este sector: servicio (o actividad) reservado a la entidad local, efecti-

vidad de la reserva, monopolio local, actividades locales, servicio público local, servicio obligatorio o facultativo local, iniciativa pública local, servicio económico local, servicio que tiende a la consecución de los fines señalados como de la competencia local y servicios públicos que tienden a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

Digámoslo ya sin ambages, ahora que la prestigiosa LRBRL ha sido modificada profundamente en dos ocasiones recientes (1999 y 2003), como si de una profanación de algo sagrado se tratase, y ahora que —como la LMMGL dice en su Exposición de Motivos— se han abierto de par en par las puertas para la sustitución de la LRBRL por una nueva Ley: el artículo 86, 3, párrafo 2, LRBRL es una palmaria manifestación de la subsistencia de los atávicos miedos —que se remontan al siglo XIX— del poder político central —y ahora autonómico— a la autonomía local en su versión económica, por la sencilla razón que aquello que es una consecuencia normal y admitida en el caso de las reservas a favor de los sectores públicos estatal y autonómico, como es que el servicio esencial reservado se gestione de la manera en que decida el poder público a favor del cual se ha reservado, incluido, por supuesto, el monopolio (20), se convierte, en el caso de las reservas a favor del sector público local, en algo excepcional que requiere, además, el *permiso* de la Comunidad Autónoma.

Ocurre aquí, salvando las distancias, como con las numerosas disputas que existieron en torno a la reserva sobre el suministro de gas, pues cuando se aprobó la Ley del Gas de 1987 (hoy derogada por la LH), que reservaba el servicio al Estado o a las Comunidades Autónomas, y dado que la LRBRL contenía idéntica reserva en su artículo 86, 3, pero a favor de las entidades locales, tanto el legislador como la doctrina y, en cierto modo, la jurisprudencia tuvieron que hacer piruetas (21) para tratar de cohonestar ambas previsiones, llegándose incluso, por esa vía, a forzar y a ensombrecer el significado de la expresión «reserva» del artículo 86 LRBRL. Las tensiones se esfumaron cuando en 1998 se aprobó la LH, que suprimió la mención

(20) El último lugar en que he leído esto es en el «Prólogo» que el Prof. PAREJO ALFONSO escribe al libro de J. FABRA UTRAY, *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 23-36; la idea está en págs. 29 y 33.

(21) Para TORNOS, «reserva es asunción para la gestión directa, invasión de un campo de actividad económica privada, pero no, en todo caso, imposibilidad de esta última», de forma que «el artículo 86, 3, de la LRBRL establece, pues, una reserva del suministro de gas a los entes locales, pero ello no comporta la actuación de competencias de ordenación, sino simplemente la capacidad para gestionar, de forma directa, un sector de la actividad económica»: J. TORNOS MAS, *Competencias municipales para la ordenación y gestión de los servicios públicos*, «REALA», núm. 245 (1990), págs. 23-36; las citas están, respectivamente, en págs. 33 y 27.

en el artículo 86, 3, LRBRL al suministro de gas, pero durante once años (1987-1998) los miembros de la comunidad científica no nos atrevimos a afirmar —como me permito hacer ahora, *a toro pasado*— que la Ley del Gas de 1987 era, sencillamente, contradictoria con la LRBRL, una contradicción que tenía sus raíces en que así como la LRBRL pensaba todavía —en abril de 1985— en el gas ciudad y en las tradicionales fábricas municipales de gas, la Ley del Gas de 1987 fue una Ley, fundamentalmente, sobre el gas natural, que es una realidad económica y técnica muy distinta de la del antiguo gas ciudad (fue precisamente entre mayo y junio de 1985, sólo dos meses después de aprobada la LRBRL, cuando, gracias a las negociaciones con Argelia, se comprendió que podía y debía extenderse esta entonces casi inédita fuente de energía en España); no nos atrevimos a proclamar la contradicción entre ambas Leyes no sólo porque fue el propio legislador quien tuvo que arbitrar una alambicada solución —que pasaba por considerar subsistente la mención al suministro de gas en la LRBRL—, sino por la propia veneración que nos merecía y aún nos merece la LRBRL, cuando, en puridad, lo correcto hubiese sido derogar en 1987 la mención al suministro de gas en el artículo 86, 3, LRBRL; no cabía tampoco interpretar que había una derogación implícita de la LRBRL en este aspecto, por dos razones: en primer lugar, porque la propia Ley del Gas de 1987 consideraba subsistente la LRBRL en ese punto y, en segundo lugar, porque tratándose la LRBRL de una Ley cabecera de un grupo normativo no cabe admitir tales derogaciones implícitas.

Entre las reformas operadas por la LMMGL se encuentra una nueva definición de los servicios públicos locales (nuevo art. 85, 1, LRBRL), que son ahora los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, a diferencia de la definición contenida en la versión inicial de la LRBRL, que establecía que eran servicios públicos locales cuantos tendían a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales. Nótese que tanto en una como en otra versión se trata, más que de una descripción, de una definición, pues no se nos dice, en concreto, cuáles son esos servicios públicos locales y, tanto antes como ahora, el concepto de servicio público local tiene unos amplios contornos, aunque se tiene la impresión de que con la reforma se ha querido restringir el concepto de servicio público local, en la medida que tienen ahora esa naturaleza no todos los servicios prestados para la «consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales» (versión antigua), sino sólo los que prestan las entidades locales «en el ámbito de sus competencias» (nueva versión). Hay aquí, a mi juicio, una velada impugnación del sistema de régimen local instaurado

por la LRBRL, y concretamente una impugnación del sistema de atribución de competencias a las entidades locales contenido en esa Ley. Sin embargo, la reforma queda incompleta y la pretensión limitadora que hay en la modificación del artículo 85, 1, LRBRL queda en cierto modo desvirtuada por la subsistencia del artículo 25, 1, LRBRL, que no ha sido modificado y que contiene igualmente un concepto amplio de servicio público local, en la medida en que éste es el que contribuye a satisfacer cualesquiera necesidades y aspiraciones de los vecinos, en un sentido muy próximo al que señalaba el artículo 85, 1, LRBRL en su versión inicial, en el cual el servicio público local era todo aquel que tendía a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales.

El cambio operado en el artículo 85, 1, LRBRL tiene que ver también con la tradicional afirmación de una competencia general de las entidades locales (22), y particularmente de los municipios, que implica el reconocimiento —en un sentido muy próximo al señalado en el art. 25, 1, LRBRL— de que los municipios pueden emprender y desarrollar tantas cuantas iniciativas quieran para mejorar la vida de los vecinos. A este respecto, ha de distinguirse la capacidad de la persona jurídica (por ejemplo, de los municipios) —capacidad a la que están ligados los fines que puede perseguir y que son, efectivamente, ilimitados o universales— de las competencias que tengan los órganos de esa persona (el Ayuntamiento, como órgano de gobierno del municipio) —que no son ya competencias ilimitadas o universales, sino sólo aquellas que la ley expresamente le atribuya—. Esta cuestión está vinculada, a su vez, con el modo en que la LRBRL regula el sistema de atribución de competencias a las entidades locales, pues junto a la atribución directa de competencia —como, por ejemplo, en el art. 26 LRBRL— hay, por lo general, en la LRBRL un mero señalamiento de materias en las cuales las entidades locales tendrán las competencias que las leyes —estatales o autonómicas— les atribuyan. Evidentemente, en la reforma operada en el artículo 85, 1, LRBRL no se alcanza a variar este sistema de atribución de competencias y al ligar la definición de servicios públicos sólo a las competencias, y no a los fines y a las competencias, parece que la LMMG trata exclusivamente de restringir el concepto de servicio público local a aquellos servicios que sean de la efectiva competencia de las entidades locales —porque así se la hayan atribuido las leyes—, para privar de esa manera de la condición de servicios públicos locales a aquellos otros que estén ligados con la cláusula de fines o finalidades universales, es decir, a las actividades y servicios que emprenden las

(22) F. SOSA WAGNER, *La gestión...*, o.c., pág. 47.

entidades locales en virtud de su libre iniciativa económica. Sin embargo, la reforma no contribuye tampoco a determinar cuáles de las competencias enumeradas en el artículo 25 LRBRL se corresponden con servicios públicos locales, pues todas las materias contenidas en ese precepto pertenecen —según el grado que determine la ley— a la competencia de los municipios, y, por tanto, la nueva definición de servicio público es referible —en bloque— a esas competencias.

Pongo ahora tres ejemplos para ilustrar la idea que quiero transmitir. Un municipio español puede crear una sociedad mercantil local para gestionar el servicio público de suministro de agua a la población, que es una materia de la competencia municipal —art. 25, 2, letra *l*), LRBRL—, un servicio obligatorio en todos los municipios —art. 26, 1, *a*)— y un servicio esencial reservado a las entidades locales (art. 86, 3, primer párrafo, LRBRL). Un municipio español puede crear una sociedad mercantil local cuyo objeto social sea la promoción —con fines turísticos, por ejemplo— del patrimonio histórico-artístico de la localidad, una materia sobre la que el artículo 25, 2, letras *e*) y *m*), LRBRL otorga competencias a los municipios. Un municipio español puede, por último, crear una sociedad mercantil local cuyo objeto social sea la producción y comercialización de plantas ornamentales, siguiendo para ello el procedimiento previsto para el ejercicio de actividades económicas, pero la actividad desarrollada por esa sociedad no es un servicio público, dado que la comercialización de plantas ornamentales no es referible a ninguna de las competencias del artículo 25 LRBRL. Pues bien, la reforma del artículo 85, 1, LRBRL llevada a cabo por la LMMGL contribuye a clarificar que, en el primero de los tres supuestos, la sociedad gestiona un servicio público y que, en el tercer supuesto, esa sociedad no gestiona un servicio público local, pero no nos aclara si, en el segundo supuesto, la sociedad gestiona o no un servicio público (a mi juicio, tanto ahora como antes de la reforma, y por las razones que he señalado, en ese segundo supuesto no estamos ante un servicio público local).

Aparentemente, no se seguirían consecuencias prácticas significativas de la reforma operada por la LMMGL en el artículo 85, 1, LRBRL, pero una de las consecuencias que podrían derivarse del intento de reducir el concepto de servicio público local y de la limitación de las formas indirectas de gestión a los servicios públicos de la competencia local es que, desde la reforma, sólo los servicios públicos locales —y no otras actividades o servicios locales de naturaleza económica, derivados del ejercicio de la iniciativa pública económica local— pueden gestionarse mediante alguna de las formas contempladas en el artículo 85, 2, LRBRL, y concretamente que sólo los ser-

vicios públicos locales pueden gestionarse indirectamente. En este sentido, y si ésa fuese la intención del legislador, habría quedado derogado, parcialmente al menos, el artículo 95, 1, TRRL, que admite que sean gestionados indirectamente no sólo los servicios públicos locales, sino también otros servicios locales que se establezcan en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 LRBRL (la prevista, aunque el artículo 95, 1, TRRL no lo dice, en el núm. 1 del artículo 86 LRBRL); la reforma contribuiría así, también, a aclarar el sentido del artículo 86, 2, LRBRL en la medida en que la determinación de una forma de gestión indirecta procederá sólo en el caso de servicios públicos. Si se sostuviese la interpretación que aquí se ofrece se contribuiría, igualmente, a discriminar dentro del artículo 97 TRRL aquellos trámites del procedimiento que son sólo referibles a los servicios públicos, aquellos que se aplican al ejercicio de la libre iniciativa económica local y aquellos otros comunes a ambos.

4. GESTIÓN DIRECTA MEDIANTE ORGANISMO AUTÓNOMO LOCAL O ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL LOCAL

Las dos novedades más significativas en materia de gestión directa de los servicios públicos locales son, en primer lugar, que entre las formas posibles que la gestión directa puede adoptar se incluye la entidad pública empresarial local, junto a las otras tres formas de gestión directa que contemplaba la versión inicial de la LRBRL (gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local y sociedad mercantil local cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local), y, en segundo lugar, que el régimen jurídico de los OAs locales y de las EPEs locales queda referido, parcialmente, a las previsiones que la LOFAGE contempla sobre los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales estatales. Existen formas de expresión en el artículo 85 y en el artículo 85 bis LRBRL que permiten agrupar a los OAs locales y a las EPEs locales bajo la denominación —de forma similar a lo que ocurre en la LOFAGE— de *organismos públicos* locales (también, de *entes públicos* locales), y, por tanto, es ésa la denominación que se usa aquí para referirse a ambos entes de modo indistinto.

Concretamente, el artículo 85 bis LRBRL remite a los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la LOFAGE, es decir, a la mayoría de los preceptos —no a todos— que regulan el régimen jurídico de los organismos públicos estatales, porque, además, el artículo 85 bis, 1 —letras a) a j)—, LRBRL contempla las que el precepto denomina *especialidades* de los organismos públicos locales, si bien, a mi juicio, no estamos

ante auténticas *especialidades* en el ámbito local de un pretendido régimen común de los organismos públicos que estaría contenido en la LOFAGE, sino que existen, en realidad, dos regímenes, uno el de los organismos públicos estatales y otro el de los organismos públicos locales, sin perjuicio de que el régimen de los locales esté tomado, en parte, del régimen de los estatales (precisamente, por las remisiones que el artículo 85 bis, 1, hace a determinados preceptos de la LOFAGE); se trata, pues, de dos regímenes distintos, sin que el régimen propio de los organismos públicos locales pueda entenderse como un conjunto de especialidades de un régimen común (el de los organismos públicos estatales), pues la remisión que la LRBRL hace a la LOFAGE en esta materia no es una remisión incondicional, sino sólo en cuanto les resulte de aplicación, lo cual significa que aquellas previsiones del artículo 85 bis, 1, LRBRL específicas para los organismos públicos locales, que tengan por finalidad sustituir a aquellas previsiones de la LOFAGE a que remite el mismo precepto, pero que no resultan de aplicación a los organismos públicos locales, no constituyen especialidades de los organismos públicos locales, sino derecho propio de tales entes instrumentales locales. En este mismo sentido, cuando el artículo 85 bis, 1, letra j), LRBRL dispone que las referencias efectuadas por la LOFAGE a órganos estatales se entenderán realizadas a los órganos competentes de la entidad local, tampoco está creando un derecho especial de los organismos públicos locales, sino un derecho propio y específico de tales entidades, en el que son los órganos locales, y no los estatales, quienes tendrán atribuida la competencia de que se trate.

La LRBRL no remite a los preceptos de la LOFAGE atinentes a la creación, modificación y extinción de los organismos públicos del Estado, dado, entre otras razones, que en el ámbito local la competencia para crear, modificar, refundir o suprimir organismos públicos y para aprobar sus estatutos corresponde siempre al Pleno de la entidad —art. 85 bis, 1, letra a), LRBRL—, mientras que en el ámbito estatal esa competencia se ejerce, según los casos, mediante Ley o mediante Real Decreto del Consejo de Ministros (arts. 61 a 64 LOFAGE). Tampoco remite la LRBRL a las disposiciones generales sobre los organismos públicos estatales de la LOFAGE, sin duda porque la mayoría de los aspectos abordados por tales disposiciones son regulados, específicamente para los organismos públicos locales, por los núms. 1 y 2 del artículo 85 bis LRBRL.

Los organismos públicos locales gozan de personalidad jurídica, concretamente de personalidad jurídico-pública —a pesar de que el artículo 85 bis no remite al artículo 42 LOFAGE, donde expresamente se atribuye personalidad jurídica a los organismos públicos del

Estado—, y se integran, a todos los efectos, en el concepto de entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las Administraciones locales (art. 2, 2, LRJPAC). Hay un reconocimiento de la personalidad jurídica de los OAs locales en el artículo 85 RS, que manda que se dote de personalidad a la que esa norma denomina *fundación pública del servicio*, que desde la aprobación de la LRBRL de 1985 es el organismo autónomo local. Otro problema distinto es el relativo a si las entidades locales pueden constituir Fundaciones, cuestión que se resuelve afirmativamente desde la Ley núm. 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, algo que hoy confirma la LF (que deroga la anterior). Ahora bien, la Fundación local no puede ser utilizada como una forma de gestión directa de los servicios públicos locales, sino que será, en su caso, un vehículo para que la Corporación ejercite su iniciativa en el ámbito económico o en cualquiera de los otros ámbitos de su competencia. La enmienda núm. 132 presentada al Proyecto de LMMGL proponía se añadiese, como una forma de gestión directa de los servicios públicos locales, la siguiente (23):

«Fundación privada constituida por la entidad local».

La enmienda trataba de justificarse mediante la alegación de que esta figura no estaba excluida para las otras Administraciones Públicas. En coherencia con esa propuesta, la enmienda núm. 135 proponía la adición de un artículo 85 quater, del siguiente tenor:

«Las fundaciones privadas locales se regirán por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable y financiera».

A este respecto, conviene señalar, por un lado, que la no aceptación de esa enmienda no implica, evidentemente, que las entidades locales no puedan constituir Fundaciones y, por otro lado, que los firmantes de ambas enmiendas estaban quizás confundidos no sólo acerca del verdadero objeto del artículo 85 LRBRL, que es, en exclusiva, el relativo a las formas de gestión de los servicios públicos, y no a todas las iniciativas que puede acometer una entidad local, sino

(23) Esta enmienda y todas las que, en adelante, se mencionen pueden encontrarse en «BOCG», Congreso, VII Legislatura, núm. 157-9, de 18 de septiembre de 2003.

también acerca de la regulación de las Fundaciones creadas por personas jurídico-públicas, pues hoy, de acuerdo con la LF, las personas jurídico-públicas pueden crear Fundaciones, incluidas, por supuesto, las entidades locales (24).

Los organismos públicos locales tienen patrimonio y tesorería propios, pues tal cosa es la que se desprende del artículo 85 bis, 2, letra *d*), LRBRL, que manda que los estatutos de los organismos públicos locales establezcan el patrimonio que se les asigna para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo.

Mediante la previsión de la creación de entidades públicas empresariales locales se introduce en el ámbito de las administraciones instrumentales locales, por primera vez, una figura tradicional en los ámbitos estatal y autonómico, cual es la de los entes de Derecho público cuyo régimen de actuación se sujeta al ordenamiento jurídico-privado.

La remisión que el artículo 85 bis LRBRL hace a la LOFAGE tiene unos efectos que trascienden a la mera referencia a unos preceptos atinentes a los organismos públicos estatales, como, por ejemplo, en materia de gestión patrimonial de las EPEs, pues dado que el artículo 85 bis LRBRL remite, entre otros, al artículo 56 LOFAGE, y dado que este precepto remite, a su vez, a la LPAP (25) (según dispone hoy, en efecto, el artículo 56 LOFAGE tras la nueva redacción que le dio la DF 1, 2, LPAP), el régimen de gestión patrimonial de las EPEs locales es el contenido en la LPAP, lo cual significa que en materia de gestión del patrimonio de las EPEs locales el Derecho privado es supletorio, salvo en materia de bienes de dominio público, que se aplican las disposiciones reguladoras de los bienes demaniales (art. 167, 1, LPAP), una salvedad que en el ámbito de la gestión de los bienes de dominio público de las entidades locales se encuentra incluida ya en la aplicabilidad —por su carácter básico— de los principios relativos a los bienes y derechos de dominio público enumerados en el artículo 6 LPAP. Por lo demás, es preciso dejar ahora dicho que el artículo 167, 1, LPAP no está redactado con excesiva corrección, pues de la manera en que se expresa parece como si en materia de bienes de dominio público el Derecho privado no fuese, en ningún caso, supletorio, cuando lo cierto es que, de acuerdo con el artículo 5, 4, LPAP (que se aplica con carácter pleno, por derivar de la

(24) Vid., por ejemplo, el artículo 218 de la Ley núm. 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, y el artículo 217 de Ley núm. 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón. SOSA WAGNER incluye la Fundación entre las formas directas de gestión de los servicios públicos: F. SOSA WAGNER, *La gestión...*, o.c, págs. 93-120.

(25) «BOE» núm. 264, de 4 de noviembre de 2003.

competencia que el artículo 148, 1, 8.^a, CE atribuye al Estado en materia de legislación civil y fuentes del Derecho, entre otras), el dominio público se rige por las leyes especiales, en su defecto por la LPAP (y sus normas de desarrollo), teniendo las normas generales del Derecho administrativo y las del Derecho privado carácter supletorio.

Las EPEs locales pueden excepcionalmente tener la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza, es decir, a otras EPEs locales e incluso a OAs locales, si bien el precepto está pensado, específicamente, para EPEs que dirigen o coordinan sociedades mercantiles locales (u otras sociedades mercantiles en cuyo capital participe la Corporación local), pues la redacción final de este precepto deriva de la enmienda núm. 154 al Proyecto de LMMGL, que propuso se añadiese la expresión «o distinta», con la siguiente justificación:

«Esta propuesta adapta el texto referido añadiendo la expresión “o distinta” tal como aparece en la propia LOFAGE, en la redacción dada al artículo 43, 3 de la misma por el artículo 61 del Título IV de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social» (26).

El artículo 43, 3, LOFAGE, en efecto, dispone lo mismo que la última frase del artículo 85 bis, 1, letra a), LRBRL, y fue redactado por la Ley núm. 14/2000, que perseguía, como fin último, posibilitar la adscripción a la SEPI de las sociedades mercantiles del Ente Público RTVE.

La irrupción en el ámbito local de las EPEs proporcionará determinados beneficios a las responsabilidades que las Corporaciones tienen sobre la prestación de los servicios públicos locales, pues se superan, entre otros, dos tradicionales obstáculos con los que se han venido topando las sociedades mercantiles locales, ya que si estas sociedades tienen la ventaja de su sujeción al Derecho privado —y, desde esta perspectiva, su actuación en el tráfico puede resultar así, aunque no siempre ni en todos los ámbitos, más ágil, amén de las dudas que esa actuación suscita desde el punto de vista de la plena sujeción a la Ley y al Derecho (administrativo) de toda la actuación administrativa, aunque sea mediante sociedad interpuesta— ofrecen el inconveniente de tratarse de personas jurídico-privadas, carentes, por tanto, de la naturaleza de Administración Pública, y, por consiguiente, no pueden disponer de potestades administrativas ni inte-

(26) «BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 2000.

grar de ninguna manera en sus patrimonios bienes públicos; en cuanto a las potestades administrativas, la nueva redacción del artículo 85, 3, LRBRL viene simultáneamente a reafirmar y a derogar —parcialmente— el artículo 95, 1, segunda frase, TRRL, en la medida en que el nuevo artículo 85, 3, LRBRL establece que no pueden gestionarse indirectamente ni mediante sociedad mercantil local (*rectius*, «mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local», pero esa expresión es equivalente a la de sociedad mercantil local) los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, algo que también señala, para la gestión indirecta, el artículo 155, 2, segunda frase, TRLCAP; surge con la LMMGL la posibilidad de que una entidad sujeta al Derecho privado —como la EPE local— disponga de potestades administrativas, las que, en su caso, establezcan los estatutos a favor de alguno o algunos de sus órganos —art. 85 bis, 2, letras *b*) y *c*)—; en cuanto a la gestión de bienes públicos, podrán sortearse así los problemas que la aportación de bienes públicos a las sociedades locales ha generado (27), dado que los estatutos de las EPEs locales deben determinar el patrimonio que se les asigne, y dado que el artículo 56 LOFAGE remite a la LPAP, donde, amén de otras previsiones relativas al patrimonio de las EPEs, se regula la adscripción de bienes por parte de la Administración de que dependan o a la que estén vinculadas.

5. GESTIÓN MEDIANTE SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL

Entre las formas de gestión directa contempla el artículo 85, 2, letra *d*), LRBRL la sociedad mercantil local cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma. Como novedad ha de apreciarse aquí que la gestión directa de un servicio público local puede encomendarse a una sociedad mercantil local cuyo capital pertenezca íntegramente a un ente público de la entidad local, es decir, a un OA local o a una EPE local, de donde, de modo indirecto, viene a reconocerse que ambos tipos de entes pueden ser propietarios de títulos representativos del capital de sociedades mercantiles y que, cuando su participación es exclusiva, merecen el calificativo de sociedades mercantiles locales (28); por

(27) Vid. P. MENÉNDEZ, *Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público*, y F. ROMERO HERNÁNDEZ, *La Empresa privada municipal y los bienes de servicio público*, ambos en «REDA», núm. 47 (1985), págs. 419-424 y 377-394, respectivamente, y F. SOSA WAGNER, *La gestión...*, o.c., págs. 145-150 y bibliografía ulterior allí citada.

(28) La referencia del artículo 85, 2, letra *d*), a «un ente público de la misma» fue propuesta por la enmienda núm. 152, por coherencia con el artículo 6 LGP88, el cual, en efecto, habla de sociedades mercantiles estatales para referirse a las sociedades en las que es

esa razón, el artículo 85 ter, 2, *in fine*, manda que el capital de las sociedades mercantiles locales sea íntegramente aportado por la entidad local o un ente público de la misma (29).

De las sociedades mercantiles locales se ocupa hoy el artículo 85 ter LRBRL, en cuyo núm. 1 viene a transcribir, casi literalmente —pero con alguna diferencia—, la DA 12, 1, LOFAGE, donde están mencionadas las sociedades mercantiles estatales. La sociedad mercantil local, a tenor del artículo 85 ter, 1, LRBRL, se rige íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico-privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación. A este respecto, adviértase que el artículo 85 ter, 1, LRBRL añade a la normativa pública (30) a que se someten las sociedades mercantiles estatales —normativa contenida en la DA 12, 1, LOFAGE— la normativa de control de eficacia, pero téngase en cuenta que eso no significa ni que las sociedades mercantiles locales no estuviesen, ya antes de la LMMGL, sujetas a unas normas públicas de control de eficacia (31), ni que las sociedades mercantiles estatales no estén sujetas a una normativa pública de control de eficacia (32).

El artículo 85 ter, 1, LRBRL se olvida —a mi juicio— de añadir que entre la normativa pública aplicable a las sociedades mercantiles locales se encuentra la normativa patrimonial de la LPAP, tal y como dice hoy, para las sociedades estatales, la DA 12, 1, LOFAGE, tras la nueva redacción que le da la DF 1, 3, LPAP. La LPAP trata de crear una peculiar especie dentro de las sociedades estatales, constituida por las sociedades anónimas de capital íntegramente estatal, a quienes la LPAP reconduce al ámbito del Derecho público —al menos

mayoritaria la participación de la AGE, de sus OAs y demás entidades estatales de Derecho público (en el mismo sentido se defendió la enmienda núm. 157).

(29) Esta referencia a los entes públicos fue propuesta por la enmienda núm. 157, por coherencia con la enmienda núm. 152 (vid. nota anterior).

(30) La enmienda núm. 214 pretendió que el artículo 85 ter, 1, LRBRL dijese «normativa pública» presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y de contratación, pero el calificativo de pública resulta o superfluo (pues, por ejemplo, no hay más normativa presupuestaria que la normativa pública del TRLHL y su normativa de desarrollo) o impreciso, pues las sociedades mercantiles en cuyo capital tenga participación mayoritaria o total la entidad local están sometidas al régimen de contabilidad pública, sin perjuicio de que se adapten a las disposiciones del Código de Comercio y a las otras normas mercantiles y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas (art. 200, 2, del TRLHL).

(31) Artículos 220 y 221 TRLHL, referidos a todas las sociedades mercantiles dependientes de la entidad local.

(32) Vid., entre otros, los artículos 17, 2, y 90, 4, LGP88 (referidos a todas las sociedades estatales) y artículos 176, 2, y 177, 1, LPAP (referidos a las sociedades anónimas estatales de capital íntegramente público). Se echa en falta una previsión específica —tanto en la LGP como en la LPAP— sobre el control de eficacia de las sociedades estatales en las que la participación pública sea mayoritaria y no exclusiva.

parcialmente—, reconducción que tiene su reflejo, entre otros, en el artículo 166, 2, LPAP y en el nuevo núm. 2 que la DF 1, 3, LPAP introduce en la DA 12 LOFAGE, a cuyo tenor tales anónimas se rigen por el Título VII LPAP (relativo al patrimonio empresarial de la AGE) y por el ordenamiento jurídico-privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación. En materia de gestión patrimonial, no obstante, el artículo 167, 2, LPAP sujeta a todas las sociedades estatales (incluidas las anónimas de capital íntegramente estatal) al Derecho privado. En el caso de las sociedades mercantiles locales no hay ninguna referencia en el artículo 85 ter LRBRL a una normativa (pública) patrimonial. Varias razones explican (aunque no justifican) esa omisión, entre las cuales hay que destacar, en primer lugar, que el Título VII de la LPAP se aplica, exclusivamente, al patrimonio empresarial de la AGE —y, como parte de tal patrimonio, a las sociedades estatales—, y no a las empresas públicas locales en forma de sociedad mercantil. El modelo diseñado en este punto por la LPAP, por otra parte, carece de excesivo valor para el Derecho local —no es un modelo a seguir en el ámbito local—, dado que si bien la ausencia de cualquier referencia a la normativa patrimonial en la DA 12, 2, LOFAGE se compensa por la sujeción que tal DA impone a los anónimas íntegramente estatales al Título VII de la LPAP, el resultado (por expresa dicción del artículo 167, 2, LPAP, perteneciente al Título VII) es que, en materia de gestión del patrimonio, tales anónimas se sujetan al Derecho privado (sin perjuicio, eso sí, dice el artículo 167, 2, *in fine*, de las disposiciones de la LPAP que les resulten expresamente de aplicación). Desde esta perspectiva, no podría reprocharse al artículo 85 ter LRBRL que no incluya mención alguna a la normativa patrimonial, pues el resultado es el mismo que en el ámbito de las anónimas íntegramente estatales, es decir, la sujeción íntegra al Derecho privado en materia de gestión patrimonial. Sin embargo, pienso todavía que la falta de referencia a la normativa patrimonial es un defecto del artículo 85 ter LRBRL, en la medida, por un lado, que la propia LPAP, a pesar de sujetar la gestión del patrimonio de las sociedades estatales al Derecho privado, deja a salvo la aplicación de aquellas disposiciones de la LPAP que resulten expresamente de aplicación (y hubiese sido conveniente que el artículo 85 ter LRBRL hiciese la misma salvedad) y, por otro lado, que hay otros preceptos de la LPAP (distintos de los contenidos en su Título VII) que tienen carácter básico y se aplican, por tanto, a las sociedades mercantiles locales o, más precisamente, a los títulos representativos del capital en sociedades mercantiles que tengan las entidades locales, pues tales títulos son bienes patrimoniales (arts. 76 TRRL y

6, 1, RB) cuya gestión se ha de sujetar, en efecto, a varias previsiones de la LPAP, como por ejemplo al artículo 8, 1 —que tiene carácter básico (DF 2, 5, LPAP)—, relativo a los principios aplicables en la gestión de los bienes y derechos patrimoniales (pues aunque los bienes y derechos del patrimonio de las sociedades mercantiles locales no sean parte del patrimonio de las entidades locales, sí lo son, insisto, los títulos representativos que la entidad local tenga en ellas).

En cuanto a la normativa de contratación aplicable a las sociedades mercantiles locales, téngase en cuenta que España ha sido condenada por el TJUE en dos ocasiones en 2003 por no haber transpuesto adecuadamente a nuestro ordenamiento las Directivas sobre contratación pública (33) y, concretamente, por no haber extendido el sistema de recursos a las decisiones adoptadas por sociedades de Derecho privado creadas por el Estado para satisfacer necesidades de interés general y por no haber establecido claramente que tales sociedades son un poder adjudicador en el sentido que esta expresión tiene en las Directivas sobre contratación (34), pues, en el fondo, para determinar quién queda sujeto al Derecho público, el ordenamiento comunitario prescinde de las formas o ropajes que el poder público adquiera y de los nombres que se atribuyan a los entes controlados por el Estado, y se atiene al criterio de si la entidad considerada realiza una función pública de interés general o una actividad puramente mercantil o industrial. En atención a las sentencias reseñadas, el artículo 67, Uno, de la Ley núm. 62/2003, de 20 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (35), modifica la redacción del artículo 2, 1, TRLCAP, y habla ahora también de las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y, consecuentemente, modifica en su artículo 67, Dos, la DA 6 TRLCAP.

El sometimiento íntegro al Derecho privado de las sociedades mercantiles locales no constituye, propiamente, una novedad en el

(33) Concretamente, se trata del incumplimiento de la Directiva núm. 89/665/CEE, del Consejo, que pretende garantizar la aplicación efectiva de las Directivas en materia de contratos públicos, y, en particular, de las Directivas núms. 92/50/CEE, de 18 de junio; 93/37/CEE, de 14 de junio, y 93/36/CEE, de 14 de junio, que tienen por objeto coordinar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

(34) Sentencias del TJUE (ambas de la Sala Sexta) de 15 de mayo de 2003 —dictada en el asunto C-214/00, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*— y de 16 de octubre de 2003 —dictada en el asunto C-283/00, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*—, en [http:// europa.eu.int](http://europa.eu.int). Vid. G. ARIÑO ORTIZ, *La vuelta al derecho público*, en «Expansión», 12 de noviembre de 2003. Sobre la primera de las dos sentencias, vid. J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El régimen especial de las medidas cautelares en la contratación pública*, en «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 50 (2003), págs. 173-184.

(35) «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

régimen de las sociedades de capital íntegramente público, como tampoco son verdaderas novedades las otras previsiones del artículo 85 ter, salvo, por supuesto, la posibilidad de que sean entes públicos de las entidades locales (como los OAs o las EPEs) quienes tengan la integridad del capital social de esas sociedades. El artículo 103 del TRRL dispone ya, en efecto, que estas sociedades han de actuar conforme a las disposiciones legales mercantiles, aunque ha de destacarse que el artículo 85 ter LRBRLL remite no sólo al Derecho mercantil, sino a todo el Derecho privado, de modo íntegro. Las formas que puede adoptar la sociedad mercantil son ahora también las mismas que podía adoptar conforme al artículo 103 TRRL, es decir, la de responsabilidad limitada o la de sociedad anónima (36). En este sentido, algunas enmiendas presentadas al Proyecto de LMMGL no carecían completamente de fundamento; por ejemplo, la enmienda núm. 214 proponía la supresión de la expresión «cualquiera que sea su forma jurídica» en el núm. 1 del artículo 85 ter, y el fundamento ofrecido a la enmienda fue el siguiente:

«El inciso, “cualquiera que sea su forma jurídica” que se propone suprimir parece superfluo, máxime cuando de acuerdo con el apartado 2 de este artículo las únicas formas jurídicas que permite son las de sociedad mercantil de responsabilidad limitada».

Sin embargo, no parece completamente superflua esa expresión, porque la cuestión relativa a las formas que puede adoptar la sociedad mercantil local (que es a lo que alude el núm. 2 del art. 85 ter LRBRLL) es distinta a la relativa al régimen a que quedan sometidas esas sociedades (que es a lo que se refiere el núm. 1 del art. 85 ter), pues, en efecto, en el ámbito de las sociedades estatales, cuando la sociedad de capital exclusivamente estatal reviste la forma de sociedad anónima, el régimen no es, íntegramente, el propio del ordenamiento jurídico-privado, sino el del Título VII de la LPAP y el del ordenamiento jurídico-privado (DA 12, 2, LOFAGE y art. 166, 2, LPAP).

Que las sociedades mercantiles locales se rijan íntegramente por el Derecho privado tiene, entre otras, la consecuencia de que esas sociedades están expuestas a ser declaradas en concurso de acreedores, como se deduce, *a contrario sensu*, del artículo 1, 3, LC (37), que dispone lo siguiente:

(36) Pero no la sociedad limitada Nueva Empresa, pues el artículo 133, 1, de la Ley núm. 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley núm. 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada («BOE» núm. 79, de 2 de abril de 2003), limita la posibilidad de ser socio a las personas físicas.

(37) «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2003.

«No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público».

Dejando ahora fuera otras consideraciones que el precepto suscita, conviene dejar dicho que las sociedades mercantiles públicas sí pueden ser declaradas en concurso, pues, si bien se mira, lo que el artículo 1, 3, LC está queriendo realmente afirmar —de un modo, ciertamente, perifrástico— no es tanto que no puede abrirse un concurso de acreedores frente a las entidades que integran la organización territorial del Estado ni frente a los organismos públicos y demás entes de Derecho público, cuanto que las sociedades mercantiles de capital público sí están expuestas a la apertura de un concurso de acreedores. Las sociedades mercantiles locales se rigen por el ordenamiento jurídico-privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y de contratación, sin que pueda reputarse que la aplicación de esa normativa jurídico-pública, aun cuando tenga una particular relevancia sobre la situación económico-financiera de la sociedad pública y, por tanto, sobre el presupuesto objetivo de apertura del concurso (la insolvencia de la empresa), excluya la posibilidad de que tales sociedades sean declaradas en concurso. ¿Qué significa que una sociedad mercantil local esté sujeta a la ley concursal y expuesta, por tanto, a la eventualidad de atravesar por un proceso concursal que conduzca, por ejemplo, a la liquidación de la empresa de acuerdo con las formas y técnicas concursales? Dejando ahora a un lado otras consideraciones, ese problema realmente significa muy poco, no sólo porque la eventualidad de una situación de insolvencia es improbable, si se tiene en cuenta que la entidad local, en circunstancias de dificultades financieras de la empresa, procederá bien a inyectar dinero en tal empresa (mediante, normalmente, ampliaciones de capital suscritas por la entidad local) o la privatizará —una vez saneada— o la liquidará de acuerdo con las previsiones de la legislación administrativa, que son escasas, prácticamente inexistentes, porque remite a la legislación mercantil (38).

Por lo demás, en el desarrollo de un proceso concursal frente a una sociedad mercantil local, en el hipotético caso de que tal cosa se produjese alguna vez, podrían surgir determinados obstáculos —sobre todo si en el seno del concurso se abriese la fase de liquidación—

(38) Se produce así «una exclusión práctica, aunque teóricamente reconocida, de la posible suspensión de pagos o de quiebra» de las empresas públicas: S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho...*, o.c., pág. 238.

derivados de la particular regulación del embargo y de la ejecución contra bienes y derechos públicos. Ha sido tradicional en nuestro Derecho que se prohíban las providencias de embargo y los mandamientos de ejecución contra los bienes y derechos del Patrimonio del Estado (39), y, más ampliamente aún, contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública (40). Estas previsiones habían de entenderse claramente en entredicho constitucional principalmente después de la STC núm. 166/1998, de 15 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 154, 2, de la LHL en la medida en que ese precepto prohibía el despacho de mandamientos de ejecución y providencias de embargo contra todos los bienes de las Haciendas locales, porque no debe mantenerse esa prohibición cuando se trata de bienes patrimoniales no afectados ni al uso ni al servicio públicos, tal como expresa hoy el artículo 173, 2, del TRLHL (41):

«Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda Local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades Locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».

En sintonía con la doctrina del TC, tanto el artículo 30, 3, LPAP como el artículo 23 de la nueva LGP disponen lo siguiente:

«Ningún Tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas

(39) Artículo 18 LPE.

(40) Artículo 44, 1, LGP88, de cuya constitucionalidad dudaba toda la doctrina, sobre todo a raíz del pronunciamiento del TC a propósito del precepto homólogo de la LHL: J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico del gasto público. Presupuestación, ejecución y control*, BOE, Madrid, 2003, 3.ª ed., pág. 430.

(41) Nueva redacción dada por la Ley núm. 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1998), y refundida en el TRLHL.

públicas o presten servicios de interés económico general».

Han de advertirse, sin embargo, significativas diferencias entre ambos preceptos, pues si bien el artículo 173, 2, TRLHL se expresa de una manera más tradicional, ajustada a las habituales finalidades a favor de las cuales los bienes públicos quedan afectados al dominio público (el uso y el servicio público), el artículo 30, 3, LPAP se expresa de un modo demasiado amplio y genera inseguridad. En todo caso, el artículo 30, 3, LPAP no tiene carácter básico ni es de aplicación plena, pero ha de entenderse que el artículo 173, 2, TRLHL implicaría la prohibición de embargar los valores o títulos representativos del capital de sociedades mercantiles locales cuando gestionan un servicio público, pero no cuando se trata de una sociedad mercantil local creada en un ámbito distinto de los servicios públicos.

No puede decirse que el artículo 103 TRRL haya sido derogado por la LMMGL, pues, sencillamente, su contenido ha sido incorporado al artículo 85 ter LRBRL; hay en el nuevo precepto, sin embargo, otras diferencias perceptibles —además de las señaladas—, como que son los estatutos los que determinan la forma de designación y funcionamiento de la Junta General —el artículo 103 TRRL dice que en la escritura de constitución constará la forma de constituir el Consejo de Administración— y que son los estatutos los que determinan los máximos órganos de dirección de las sociedades —el artículo 103 TRRL dice que en la escritura de constitución se determinará quiénes tienen derecho a emitir voto representando al capital social—; puede afirmarse que también el núm. 2 del artículo 103 TRRL, que manda se disuelva la sociedad cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital, ha sido incorporado al artículo 85 ter LRBRL, pues aunque esta causa de disolución no está contemplada en el artículo 85 ter LRBRL puede considerarse incluida en la remisión que en él se hace al Derecho privado, ya que tal causa de disolución se encuentra, en efecto, en la legislación mercantil. A este respecto, en el RS se contempla, en sede de gestión directa de los servicios, que la municipalización y provincialización de servicios cesarán por quiebra de la empresa, si el servicio se presta en forma de sociedad (42). En el contexto de la LRBRL y el TRRL, debe entenderse que la quiebra —hoy, tras la LC, el concurso de acreedores en que se haya abierto la fase de liquidación (43)— de una sociedad mercantil local que gestiona de modo directo un servicio no tiene

(42) Artículo 98, 4, RS.

(43) DA 1, 2.ª, LC.

por efecto la finalización de la reserva de ese servicio —institución a la cual es referible hoy, salvando las distancias, la figura de la antigua municipalización o provincialización (44)—, por la sencilla razón que la reserva de un servicio o actividad a favor de una entidad local es realizada por la ley, y la quiebra de una sociedad municipal o provincial no podría tener, en ningún caso, efectos enervantes de lo dispuesto en una norma con rango legal; cabría preguntarse si, de acuerdo con la legislación vigente de régimen local, el efecto de la quiebra de una sociedad municipal que presta un servicio o actividad reservado sería, en su caso, la desaparición de la efectiva ejecución de la actividad en régimen de monopolio (la antigua municipalización con monopolio), pero tal hipótesis debe rechazarse igualmente, en la medida en que la decisión de ejecutar de modo efectivo en régimen de monopolio un servicio reservado por la ley a favor de una entidad local procede de un inicial acuerdo de la Corporación y una subsiguiente aprobación del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, y tampoco podrían concederse efectos revocatorios de esos dos actos administrativos a la quiebra de la compañía. La quiebra de la sociedad —hoy, insisto, la apertura de la fase de liquidación en el seno de un concurso de acreedores— es, en realidad, una causa de disolución de la sociedad mercantil local (45), pues la solución que ha de darse hoy a la hipótesis de quiebra de la compañía que gestiona de modo directo un servicio local es la misma que la contemplada por el artículo 103, 2, TRRL en el supuesto de disolución de la sociedad por pérdidas, es decir, que la Corporación deberá resolver expresamente sobre la continuidad y forma de prestación del servicio (46), una solución que es coherente con una interpretación según el contexto del artículo 98 RS, pues entre las causas de cesación de la municipalización enumeradas en ese precepto se encuentra también la existencia de pérdidas que reduzcan el capital a la tercera parte (hoy ha de entenderse, de acuerdo también con el artículo 103, 2, TRRL, que las pérdidas deben reducir el capital a la mitad, y no a la tercera parte) (47). Por lo demás, tén-

(44) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, o.c., págs. 313-320, y J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios...*, o.c., págs. 39-48.

(45) F. SOSA WAGNER, *La gestión...*, o.c., págs. 154-155.

(46) En este sentido, escribía GUAITA, sobre las consecuencias de cesación de la municipalización y la provincialización de servicios, lo siguiente: «El más importante es el que supone *ex natura rei* la propia extinción del servicio municipalizado que, en consecuencia, se transforma en servicio prestado en concesión o “arrendamiento” (gestión indirecta), o bien se devuelve a la iniciativa privada el cometido de satisfacer las necesidades atendidas por el servicio extinguido». A. GUAITA MARTORELL, *Derecho Administrativo Especial*, III, Librería General, Zaragoza, 1964, pág. 101.

(47) Ha de advertirse —tangencialmente— que, de acuerdo con el artículo 13, 2, letra b), de la Ley núm. 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones («BOE» núm.

gase presente que la remisión, en bloque, que el artículo 85 ter LRBRL hace a la legislación mercantil implica la aplicabilidad del artículo 260, 2, LSA y del artículo 104, 2, LSRL a las sociedades mercantiles locales y, por tanto, la aplicación de la causa de disolución por pérdidas, en los términos previstos en la propia legislación mercantil.

La previsión del artículo 98, 4.º, RS contrastaba, por su automatismo, con lo dispuesto en el artículo 260, 2, LSA, que disponía lo siguiente:

«La quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare».

Hoy, tras la nueva redacción que la LC otorga al artículo 260, 2, LSA, ese automatismo ha sido introducido en la propia legislación mercantil, pues la LC ha dado la siguiente redacción a ese precepto:

«La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la LC» (48).

Las sociedades mercantiles en cuyo capital participen de modo exclusivo o mayoritariamente las entidades locales son contempladas también por la normativa sobre Haciendas locales, fundamentalmente por el TRLHL y por el RD núm. 500/1990, de 20 de abril, que desarrolla el Capítulo I (de los Presupuestos) del Título VI (Pre-

276, de 18 de noviembre de 2003), está prohibido el otorgamiento de subvenciones a quien está declarado en concurso de acreedores, lo cual sitúa en el límite de la legalidad todas aquellas previsiones —incluso en el ámbito comunitario— sobre las ayudas de reestructuración y salvamento de empresas, entre cuyos beneficiarios se encuentran aquellas empresas que hayan incurrido en los presupuestos que posibilitan la apertura de un proceso por insolvencia.

(48) El mismo cambio se ha operado en la LSRL, cuyo artículo 104, 2, ha sido modificado, con idénticas palabras, por la DF 21, 3, LC. Vid., sobre los efectos de la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores, J. PULGAR EZQUERRA, «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en R. GARCÍA VILLAVARDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Ed. Dilex, Madrid, 2003, págs. 435-485, particularmente págs. 472-474.

supuesto y Gasto Público) del TRLHL. Tanto el TRLHL como el RD núm. 500/1990 se refieren normalmente a las sociedades mercantiles de capital íntegramente local, pero contienen también algunas previsiones aplicables a las sociedades mercantiles en que la participación local es mayoritaria (49).

Del TRLHL y del RD núm. 500/1990 se desprende que sólo el presupuesto de las sociedades mercantiles de capital íntegramente local —no, por tanto, el de las sociedades en que la participación local sea sólo mayoritaria— se consolida con el propio presupuesto de la Corporación local, y que sólo, por tanto, forma parte del Presupuesto General de la entidad local el presupuesto de las sociedades de capital íntegramente público, tal y como establecen tanto el artículo 162 TRLHL como el artículo 2 del Real Decreto núm. 500/1990, de 20 de abril, el primero de los cuales dice así:

«Los presupuestos generales de las Entidades Locales constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la entidad y sus organismos autónomos, y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio, así como de las previsiones de ingresos y gastos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local correspondiente».

En el mismo sentido, tanto el artículo 164, 1, del TRLHL como el artículo 5 del RD núm. 500/1990 establecen lo siguiente:

«Las Entidades Locales elaborarán y aprobarán anualmente un presupuesto general en el que se integrarán: *a)* el presupuesto de la propia entidad; *b)* los de los organismos autónomos dependientes de la misma y *c)* los estados de previsión de gastos e ingresos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local».

Consecuentemente, dada la estructura del presupuesto local, la Cuenta General de la entidad local integra las cuentas de las socieda-

(49) Así, por ejemplo, las sociedades mercantiles en cuyo capital tenga participación mayoritaria o total la entidad local están sometidas al régimen de contabilidad pública, sin perjuicio de que se adapten a las disposiciones del Código de Comercio y a las otras normas mercantiles y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas (art. 200, 2, TRLHL). Vid. también artículo 166, 1, letra *b)*, TRLHL y artículo 1, letra *c)*, del RD núm. 500/1990.

des de capital íntegramente local, que son las cuentas que tales sociedades tengan que elaborar de acuerdo con la legislación mercantil, una información no tan amplia como la exigible en el caso de las cuentas de la propia entidad local y sus organismos autónomos (50).

Ahora bien, al Presupuesto General de la entidad local deben también unirse, como Anexos, los programas anuales de actuación, inversiones y financiación de las sociedades mercantiles, no sólo de aquellas de cuyo capital sea titular único la entidad local, sino también de aquellas en que sea partícipe mayoritario; de la misma manera, debe unirse al Presupuesto el estado de consolidación del presupuesto de la propia entidad con el de todos los presupuestos y estados de previsión de sus sociedades mercantiles (se entiende que tanto de las sociedades de capital exclusivo como mayoritario) (51). Para el cumplimiento de esta previsión, las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegra o mayoritariamente a la entidad local remitirán a la entidad, antes del día 15 de septiembre de cada año, sus previsiones de gastos e ingresos, así como los programas anuales de actuación, inversiones y financiación para el ejercicio siguiente (52).

El TRLHL emplea —al menos en nueve lugares distintos— la expresión *sociedades (mercantiles) dependientes* (53), mientras que, como hemos visto, en otros lugares distingue entre sociedades mercantiles de participación única local y sociedades mercantiles de capital mayoritariamente local, y surge inmediatamente la duda sobre si, en aquellas ocasiones en que el TRLHL habla de sociedades dependientes, se está refiriendo exclusivamente a las sociedades mercantiles de capital íntegramente público o incluye también las sociedades de capital mayoritariamente local. Antes de resolver esa cuestión subrayaré el acierto de esa terminología, pues contribuye a expresar la verdadera naturaleza de estas sociedades mercantiles, su carácter instrumental, y a pesar de que esa forma de expresarse, parecida a la utilizada por el artículo 2, 2, LRJPAC —cuando se refiere a entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a una Administración Pública (es decir, que el precepto se refiere a Administraciones Públicas instrumentales)—, no tiene la virtualidad de cambiar su naturaleza (no pasan a engrosar la categoría de Admi-

(50) Artículo 209, 1, letra c); 2 y 3, TRLHL.

(51) Artículo 166, 1, letras b) y c), TRLHL y artículo 12, letras a) y b), del RD núm. 500/1990; la forma de elaboración de tales anexos, su contenido y ulteriores previsiones vienen especificados en los artículos 13 a 15 y 114 a 118 (que contienen normas específicas complementarias para las sociedades mercantiles y sobre consolidación) del RD núm. 500/1990.

(52) Artículo 168, 3, TRLHL y artículo 18, 3, RD núm. 500/1990.

(53) Se habla, en efecto, de sociedades locales dependientes en los artículos 48; 49, 1; 53, 1; 54; 193, 4; 204, 2; 213; 220, 1, y 223, 1, todos ellos del TRLHL (también hablaba de sociedades dependientes la Exposición de Motivos, VI, párrafo 4, de la LHL).

nistraciones Públicas), sí tiene el efecto de hacer más comprensible que las sociedades mercantiles públicas ni deberían escapar completamente del Derecho público ni puede considerarse que su régimen sea exclusivamente de Derecho privado, máxime si se tiene en cuenta que hay un reconocimiento explícito en el TRLHL de que puede haber sociedades locales que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, es decir, que se ha acentuado su carácter instrumental (normalmente, como instrumento financiero) (54). Volviendo a la cuestión planteada, hay argumentos para pensar que la expresión *sociedad mercantil dependiente de la entidad local* utilizada por el TRLHL incluye también a las sociedades de participación mayoritaria y argumentos para pensar que, con tal expresión, el TRLHL se refiere sólo a las sociedades de capital exclusivamente público. Entre los primeros se encuentra el hecho de que cuando el TRLHL habla de sociedades dependientes no parece estar excluyendo a las de capital mayoritariamente público (55). Entre los segundos hay un argumento reciente, que es el proporcionado por el artículo 64 de la Ley núm. 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó el artículo 49 LHL (actual art. 48 TRLHL), en cuya versión anterior hablaba de las sociedades de capital íntegramente local y hoy habla de sociedades mercantiles dependientes (en coherencia, la nueva redacción de los artículos 53 y 54 TRLHL no habla ya de sociedades de capital íntegramente local, sino de sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado); podría así parecer que el concepto de sociedad dependiente es intercambiable con el de sociedad de capital íntegramente local, pero también puede pensarse que la modificación tiene por efecto que se ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de esos preceptos a las sociedades en las que la posición de la entidad local sea simplemente mayoritaria; creo que esta segunda postura es la correcta, pues en los últimos años hemos asistido a una creciente ampliación de las posibilidades de las operaciones de crédito en el ámbito local, reducida inicialmente a las entidades locales, luego ampliada a los organismos autónomos y a sociedades mercantiles de

(54) Artículo 49, 1, del TRLHL, de acuerdo con la nueva versión que dio al artículo 50, 1, de la LHL la Ley núm. 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2003).

(55) No parece, por ejemplo, que las previsiones sobre el control financiero del artículo 220 TRLHL se limiten a las sociedades de capital íntegramente público. De acuerdo con ese precepto, las sociedades mercantiles dependientes están, en efecto, sujetas a un control económico-financiero que se lleva a cabo por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público, para informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

capital íntegramente público (56) y, posteriormente, a operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio (57), pues aunque el autor de la Ley núm. 62/2003 dice en la Exposición de Motivos que estos cambios constituyen «modificaciones de mejora técnica», lo cierto es que ha ampliado el ámbito subjetivo de las operaciones de crédito a los entes dependientes de las entidades locales (incluyendo, por tanto, a las EPEs locales, no sólo, como antes, a los organismos autónomos locales) y, por tanto, puede aceptarse que se ha ampliado también el ámbito de aplicación de esos preceptos a las sociedades de participación local mayoritaria. No obstante, téngase en cuenta que en los artículos 53, 1, párrafo 4, y 54 TRLHL (pertenecientes ambos al Capítulo VII del Título I del TRLHL, consagrado a las operaciones de crédito) se habla de *sociedades mercantiles locales* como equivalente a *sociedades mercantiles de capital íntegramente local*, y si se considera, por un lado, que la Ley núm. 62/2003 no modificó en esos preceptos la expresión «sociedades mercantiles locales» (pero sí sustituyó en otros preceptos del mencionado Capítulo VII la expresión «sociedades mercantiles de capital íntegramente local» por la de «sociedades dependientes») y, por otro, que la expresión «sociedades mercantiles locales» es equivalente en los artículos 85 y 85 ter LRBR a la expresión «sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal»), entonces habría que reconocer que la expresión «sociedades dependientes» es equivalente a «sociedades de capital íntegramente municipal». Podría aceptarse, en último término, que el significado de la expresión «sociedad dependiente» no es unívoco en el TRLHL, sino que en unos casos designaría sólo a las sociedades de capital íntegramente público (por ejemplo, art. 48 TRLHL) y en otros tanto a esas sociedades como a las sociedades de participación mayoritaria (por ejemplo, art. 220 TRLHL). En conclusión, y sin perjuicio de las matizaciones que se han realizado, puede decirse que la expresión *sociedades dependientes* de la legislación local incluye tanto a las sociedades de capital íntegramente local como a las sociedades de capital mayoritariamente local (58).

En las recientes reformas operadas en el ordenamiento jurídico español, y también en las contenidas en la LMMGL, se perpetúa el criterio tradicional para la determinación de si una sociedad mer-

(56) Artículo 139 de la Ley núm. 30/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1996).

(57) Artículo 59 de la Ley núm. 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

(58) En este sentido, J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen...*, o.c., págs. 825-826, donde sigue, a su vez, la postura de ALGÍBEZ CORTÉS.

cantil merece el calificativo de local o estatal, que es el criterio de la participación en el capital (y que en el caso de las entidades locales es todavía más acentuado, pues sólo merece el calificativo de sociedad mercantil local aquella en que la participación local pública es exclusiva, mientras que una sociedad mercantil merece el calificativo de estatal cuando la participación es exclusiva o mayoritaria), una tradición que desde el moderno concepto mercantil de sociedad dominante y sociedad dominada ha sido criticada (59), pues hay otras formas de control distintas de la participación (exclusiva o mayoritaria) en el capital. De hecho, la LPAP extiende parte de su ámbito de aplicación (el del Título VII, sobre el patrimonio empresarial de la Administración) a determinadas sociedades mercantiles que no tienen la condición de estatales pero que se encuentran respecto de la AGE o sus organismos públicos en el supuesto previsto en el artículo 4 LMV (no obstante, no puede decirse que estas sociedades integren el sector público, ni de acuerdo con la LGP ni de acuerdo con la LPAP). En estas reformas no se han tenido en cuenta —en su integridad— ni la Moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, de 27 de junio de 1997 (60), en la que pide se defina la sociedad estatal y la empresa pública teniendo en cuenta no sólo el criterio de la participación, sino también el criterio del dominio o control efectivos, ni el concepto de empresa pública que, a ciertos efectos, existe en el Derecho de la UE (61), a pesar de que el Derecho mercantil ha ahondado recientemente aún más en el criterio del dominio a propósito de la determinación de las sociedades que han de ser consideradas integrantes de los grupos de sociedades, pues el artículo 4 LMV —al que remite el art. 166, 1, letra *d*), LPAP— remite, a su vez, al artículo 42 del Código de Comercio, cuya redacción ha sido modificada —en sentido ampliativo— por el artículo 106, Dos, de la Ley núm. 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y

(59) En relación con las sociedades estatales, vid. J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen...*, o.c., pág. 810, un tanto en contradicción con lo que el mismo autor afirma en la pág. 812, donde señala que sería excesivo considerar que una sociedad es estatal sólo por la aplicación de algunos de los criterios que el artículo 42 del Código de Comercio emplea para considerar que una sociedad es dominada por otra dominante.

(60) Resolución de las Cortes Generales de 30 de septiembre de 1997, «BOE» núm. 9, de 10 de enero de 1998.

(61) Directiva núm. 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas («DOCE», Serie L, núm. 195, de 29 de julio de 1980). Mediante la Directiva núm. 85/413/CEE, de 24 de julio («DOCE», Serie L, núm. 229, de 28 de agosto de 1985), se amplió el ámbito de aplicación a sectores antes excluidos —como el agua, la energía o las telecomunicaciones—; mediante la Directiva núm. 93/84/CEE, de 30 de septiembre («DOCE», Serie L, núm. 254, de 12 de octubre de 1993), se introdujeron algunas otras modificaciones, y mediante la Directiva núm. 2000/52/CE, de 26 de julio («DOCE», Serie L, núm. 193, de 29 de julio de 2000), se modificó la Directiva para adaptarla a sectores antes monopolizados.

del orden social. En todo caso, y a partir de esta reforma, parece que la expresión «sociedad mercantil local» ha de reservarse a las sociedades mercantiles en cuyo capital participe exclusivamente una entidad local, mientras que la sociedad mercantil en cuyo capital la participación de una entidad local sea sólo mayoritaria no es, propiamente, una sociedad mercantil local, a pesar de que, desde el punto de vista de los intereses que están en juego en estas sociedades mercantiles, que son los intereses generales a que la Administración debe servir por medio de estas personificaciones jurídico-privadas instrumentales, las sociedades mercantiles efectivamente dominadas por la entidad local —por razón de la mayoría del capital social o por otras razones— deberían ser igualmente consideradas sociedades mercantiles locales. Que el concepto de sociedad mercantil local es sólo referible a la sociedad mercantil de capital exclusivamente local (y no, por tanto, a las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente local) se desprende también, en primer lugar, de la tradición a que los artículos 85, 2, letra A), letra *d*) (nueva redacción), y 85 ter, ambos de la LRBRL, dan continuidad, pues en la versión original de la LRBRL —art. 85, 3, letra *c*)— la gestión directa mediante sociedad mercantil sólo podía llevarse a cabo mediante sociedades de capital íntegramente público, y, en segundo lugar, porque el ordenamiento jurídico de la contratación pública fue modificado hace unos años para excluir de la llamada *personificación del servicio* las sociedades de Derecho privado en que la participación sea simplemente mayoritaria, reservando así los supuestos de gestión directa —no sujeta al TRLCAP— a las sociedades de capital íntegramente público. El artículo 154, 2, TRLCAP dice, en efecto, así:

«No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma».

La versión original de la LCAP de 1995 (art. 155, 2) hablaba de participación exclusiva o *mayoritaria*, pero la Ley núm. 53/1999, de 28 de diciembre (62), modificó el precepto originario, modificación de donde deriva el texto transcrito del artículo 154, 2, TRLCAP.

Si, como a todas luces parece lo correcto, el concepto de sociedad

(62) «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1999.

mercantil local es identificable con el de sociedad mercantil de capital íntegramente local (63), debe reputarse como una incorrección que el artículo 85, 3, LRBRL (según la nueva versión dada al precepto por la LMMGL) hable de «sociedad mercantil de capital social exclusivamente local», pues, en aras de la claridad y la sencillez, debería haber hablado de «sociedad mercantil local».

La LMMGL contiene previsiones sobre la denominada reordenación de sociedades mercantiles (DA 12) inspiradas en las que hoy contiene el artículo 168 LPAP, sobre reestructuración del sector público empresarial, y que derivan, a su vez, de las contenidas en la Ley núm. 7/2001, de 14 de mayo, que introdujo un artículo 104 bis en la hoy derogada LPE, relativo a la reestructuración de empresas en el seno de la SEPI, régimen extendido hoy por el artículo 168 LPAP a todos los organismos públicos, entidades de Derecho público y sociedades anónimas de capital íntegramente estatal. La enmienda núm. 160 propuso su inclusión, que iba acompañada de la siguiente justificación:

«En el supuesto de que los Municipios de gran población pretendan, en el marco de la modernización y racionalización de su sector público empresarial, utilizar la figura de la entidad pública empresarial para coordinar las sociedades mercantiles, municipales o mixtas, debe establecerse una previsión que facilite el procedimiento de transferencia de las participaciones accionariales a la entidad empresarial».

A este respecto, conviene aclarar que, de acuerdo con el texto finalmente aprobado, ni la utilización de la figura de la EPE local está reservada a los llamados «municipios de gran población», ni el régi-

(63) A mayor abundamiento, puede traerse a colación un argumento adicional. La enmienda núm. 214 propuso una nueva redacción distinta a la que el Proyecto de LMMGL daba al artículo 85 ter y solicitaba que, en su núm. 3, se añadiese lo siguiente: «En el Consejo de Administración existirán miembros designados por los Grupos políticos, en proporción a su representatividad en la Corporación. No podrán pertenecer al Consejo de Administración funcionarios públicos locales con funciones de asesoramiento legal preceptivo y de control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria de la Corporación». La enmienda no prosperó, pero en su intento de garantizar la presencia de grupos políticos en las sociedades mercantiles en cuyo capital participan las entidades locales, la enmienda núm. 215 propuso que se introdujese un artículo 85 quater, del siguiente tenor: «En las sociedades mercantiles cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local, entre los miembros del Consejo de Administración cuya designación corresponda a la Entidad Local, existirán miembros designados por los Grupos políticos, en proporción a su representatividad». Tampoco prosperó esta enmienda, pero su presentación y justificación reafirman la idea de que la sociedad mercantil local es sólo la sociedad de capital íntegramente local.

men de reorganización empresarial de la DA 12 es referible sólo a ese tipo de municipios, sino que son posibilidades abiertas hoy a todos los municipios españoles, lo cual, por cierto, está parcialmente en contradicción con la filosofía inspiradora de la LMMGL, que establece regímenes municipales distintos en función del tamaño.

6. GESTIÓN INDIRECTA

El hecho de que, tras la LMMGL, las formas indirectas de gestión de los servicios públicos locales sean sólo las previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 TRLCAP significa, por una parte, que si alguna duda cabía sobre la posibilidad de emplear formas de gestión indirectas distintas de las enumeradas en el artículo 85 LRBRL, tales dudas han sido resueltas negativamente, pues las modalidades que puede adoptar el contrato de gestión de servicios públicos, según el TRLCAP, han sido siempre *numerus clausus*; y, por otra parte, que ha desaparecido del ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos el arrendamiento (64), cuya subsistencia como forma de gestión era ya dudosa (65), sin perjuicio de que las normas vigentes sobre esta antigua forma de gestión sigan siendo aplicables para los arrendamientos que tengan contratados las entidades locales en la fecha de entrada en vigor de la LMMGL. Nótese que el artículo 85, 2, letra B), LRBRL remite sólo a la lista de modalidades contempladas en el artículo 156 TRLCAP, pero no al resto de los preceptos del Título II del TRLCAP, relativos al contrato de gestión de servicios públicos, lo cual quiere decir que han de reputarse vigentes las eventuales especialidades dimanantes de la legislación local en vigor (LRBRL, TRRL y RS) en lo que a esas cuatro modalidades de gestión indirecta se refiere. Para la cabal comprensión de este problema hay que tener en cuenta varias previsiones normativas de nuestro ordenamiento jurídico: en primer lugar, que el TRLCAP se aplica a los contratos de las entidades locales —arts. 1 y 2, letra c)—, cuya DA 9 contiene, además, unas normas específicas para el régimen local, algo que también se establece en el artículo 112, 1, TRRL, lo cual implica la aplicación de su Título II

(64) La enmienda núm. 204 al Proyecto de LMMGL propuso que se mantuviese el arrendamiento, justificándola con las siguientes palabras: es una «forma de gestión frecuente, útil, y de una gran tradición». A juicio de quien esto escribe, hubiese sido interesante que tal enmienda fuese discutida en en las Cortes, pero —salvo error u omisión por mi parte y por razones que desconozco— esa enmienda no fue defendida, sino, tan sólo, presentada.

(65) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, II, CEURA, Madrid, 2000, 2.ª ed., pág. 322.

(relativo a los contratos de gestión de los servicios públicos), que tienen en su mayor parte carácter básico (66); en segundo lugar, que el artículo 112, 2, 1.^a, TRRL dispone que los contratos cuyo objeto sea la gestión de servicios públicos a cargo de las entidades locales se rigen por el TRRL y sus disposiciones reglamentarias, así como por la restante legislación del Estado (supletoriamente, por el Derecho privado); en tercer lugar, que también la LRBRL y la LMMGL —y, con matizaciones (67), el Título VI del TRRL, relativo a bienes, actividades y servicios y contratación— tienen carácter básico; teniendo en cuenta todas estas previsiones normativas, así como los eventuales complementos autonómicos a las bases estatales (en materia de contratación y/o en materia de régimen local), ha de reputarse que, en su condición, además, de leyes cabecera del grupo normativo vertical de las entidades locales, las previsiones de la LRBRL y del TRRL en materia de gestión indirecta —dentro del carácter taxativo, en cuanto a las formas o modos posibles, que se deriva de la nueva redacción del artículo 85, 2, letra B), LRBRL— se aplican preferentemente a las previsiones del grupo normativo horizontal de la contratación administrativa, puesto que el grupo horizontal (contratación administrativa) entra en juego sólo a falta de solución contraria (o distinta) o de norma excluyente en el grupo vertical (68). Todo esto implica, por ejemplo, que las causas de resolución contempladas en el TRRLCAP, y concretamente las causas y modos de resolución contemplados, respectivamente, en el artículo 111, *b*), y en el artículo 112, 7 (aunque téngase presente que este precepto no tiene carácter básico), son de aplicación a los contratos para la gestión de servicios públicos locales, sin perjuicio de la aplicación preferente de las causas y modos de resolución que contemple la legislación local.

Por último, la LMMGL ha añadido un núm. 2 al artículo 87 LRBRL donde se contempla ahora al consorcio como una forma de gestión de servicios públicos locales, pero sólo en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las entidades locales españolas, de acuerdo con los Tratados internacionales que hayan ratificado en la materia de que se trate.

(66) Salvo el último inciso del primer párrafo del apartado 2, letra *c*), del artículo 159, y los artículos 163, 165, 166, 167, 168 y 169 (núms. 2, 3 y 4), todos ellos del TRRLCAP.

(67) Vid. DF 7, 1, letra *b*), TRRL, según la redacción que le dio —tras la STC núm. 385/1993, de 23 de diciembre— la Ley núm. 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2002).

(68) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, I, EUNSA, Pamplona, 1993, 2.^a ed., pág. 750.

7. CONSECUENCIAS SOBRE EL DERECHO AUTONÓMICO

Las leyes autonómicas que han abordado la regulación de los servicios públicos locales han querido, al parecer, separarse definitivamente del fantasma de la municipalización y provincialización de servicios locales, conceptos confusos (al menos si se mezclan indebidamente con los conceptos de la legislación de régimen local post-constitucional), propios de la legislación de régimen local de los años cincuenta, y han querido subrayar, normalmente, que las entidades locales son libres para desarrollar cuantas actividades quieran en beneficio de los ciudadanos. Las normas de 1985 y 1986 que vinieron a sustituir a las de 1950 no acertaron siempre a proporcionar criterios para distinguir, con claridad, entre las actividades o servicios a que puede conducir la libre iniciativa económica de las entidades locales y los servicios públicos locales (las actividades o servicios esenciales reservados), al menos en lo que al régimen jurídico de ambos se refiere. Parece que el legislador autonómico, en algunos casos, ha tenido cierto miedo a invadir el ámbito de lo básico, es decir, cierto miedo a re-escribir la legislación estatal en materia de actividades económicas y servicios públicos locales. Sin embargo, pienso que no hubiese debido existir tal miedo, pues podrían las leyes autonómicas haber dicho mejor lo que la legislación estatal dice confusamente, de manera que no hubiese habido vulneración de la legislación básica, sino interpretación de su verdadero sentido.

Tomemos ahora, como dos meros ejemplos, la Ley núm. 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón (69), y la Ley núm. 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (70). El Capítulo II del Título IX de la Ley riojana trata «De los Servicios Públicos Locales y de la actividad económica de las entidades locales», mientras que la Ley aragonesa titula ese Capítulo II (de su Título VII) «De los servicios públicos locales», pero dentro de ese Capítulo habla no sólo de los servicios públicos locales, sino también de las actividades económicas (distintas de los servicios públicos locales), y, por eso, desde mi punto de vista, la Ley riojana es más precisa, en este punto, que la aragonesa, al menos en lo que a la denominación del Capítulo se refiere. La Sección 1.^a de esos Capítulos de sendas Leyes (hay aquí, además, una coincidencia completa, también en la numeración de los preceptos) contiene unas disposiciones generales atinentes a los servicios públicos locales (definición: 199 —que es

(69) «BOE» núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

(70) «BOE» núm. 71, de 24 de marzo de 2003.

una traslación refundida al ámbito aragonés y riojano de los artículos 25, 1, y 85, 1, ambos LRBRL; creación: 200; acceso: 201; continuidad: 202, y recepción obligatoria: 203), y su Sección 2.^a trata «De los Servicios y Actividades de carácter económico», de manera que, *prima facie*, parecería que la Sección 1.^a versa sobre los servicios públicos locales y la Sección 2.^a sobre otros servicios o actividades económicos de las entidades locales, pero esta Sección 2.^a no trata sólo sobre las actividades (o servicios) económicos que las entidades locales pueden llevar a cabo en ejercicio de la libre iniciativa económica, sino también de los servicios públicos locales, pues, por ejemplo, la segunda frase del artículo 204, 2, dice, en ambos casos, lo siguiente:

«Únicamente procederá el monopolio respecto de las actividades o servicios expresamente reservados por Ley a las entidades locales».

Si verdaderamente la Sección 2.^a tratase exclusivamente de las actividades económicas locales —las que libremente lleva a cabo la entidad local como fruto de su iniciativa económica—, esa frase sobraría, pues tales actividades sólo se pueden llevar a cabo en concurrencia con los particulares. En consecuencia, puede decirse que los artículos 199 a 205, ambos inclusive, de ambas Leyes no están elaborados con precisión ni ubicados en el lugar preciso, pues no parece que distingan con claridad entre los dos ámbitos de la actuación de las entidades locales en la economía (servicios públicos y libre iniciativa económica). El artículo 204 de ambas Leyes, que trata de ser una traslación al ámbito autonómico del artículo 86, 1, LRBRL, omite, sin embargo, la frase «mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida». Algo parecido a esa frase se dice, no obstante, en el artículo 205, 1, que, sin embargo, es referible tanto a los servicios como a las actividades, de donde resulta que se añaden, para los servicios públicos, constricciones que no están en la LRBRL, pues no parece que para la prestación de un servicio público —que son en muchos casos de prestación obligatoria— haya que justificar la conveniencia de su implantación.

Una ulterior crítica puede formularse sobre la Ley aragonesa, pues, para mayor confusión, contiene un Capítulo IV, dentro del Título VII, que denomina «La iniciativa socioeconómica» (arts. 220 a 223), como si se tratase de algo distinto de las actividades o servicios económicos a que, unos preceptos antes, se ha referido. El resultado, además, es la aparente liberación, en esa llamada iniciativa socioeconómica, del procedimiento previsto en el artículo 97 TRRL y en el artículo 205 de la Ley autonómica. En el marco de una Constitución

como la española, que garantiza la autonomía local, y de acuerdo con las tendencias descentralizadoras impulsadas por los poderes públicos europeos y españoles, parece conveniente que se reconozca a las entidades locales su condición de agentes de promoción económica y es necesario destacar que los entes locales pueden desarrollar todo tipo de iniciativas económicas en beneficio de los vecinos. Sin embargo, el ámbito de la libre iniciativa económica local está oscurecido en la legislación de régimen local, pues se mezcla con el ámbito de los servicios esenciales reservados o servicios públicos, y, en mi opinión, la distinción entre actividades económicas e iniciativas socioeconómicas (a las que alude el Capítulo IV del Título VII de la Ley aragonesa) es fruto de ese oscurecimiento. Tanto si la perspectiva del legislador autonómico es el reforzamiento de la iniciativa local como si, complementariamente, tal perspectiva es la libertad de empresa de los ciudadanos, resulta conveniente seguir clarificando la distinción entre los dos grandes ámbitos de la actividad local, en beneficio, simultáneamente, de ambas perspectivas, porque si se acierta a separar de la categoría de los servicios públicos locales las actividades o servicios económicos propios de la iniciativa local se liberará a estos últimos de ciertas limitaciones que las normas imponen, tanto en la creación como en la gestión de los servicios públicos, y, desde la perspectiva de la libertad de empresa, surgirán igualmente beneficios si se clarifica definitivamente la distinción entre ambas cosas, pues los monopolios y formas asimiladas serán posibilidades abiertas, exclusivamente, en aquellas actividades que sean, en sentido estricto, servicios públicos locales.

Desde esta óptica, ha de darse la bienvenida al primer paso dado por la LMMGL, que contribuirá a que la legislación autonómica pueda ser interpretada y aplicada con mayor claridad.

La influencia de la LMMGL se habrá de sentir no sólo en materia de definición y descripción de los servicios públicos locales, sino también, y significadamente, en materia de formas de gestión de tales servicios. Fijémonos nuevamente, como ejemplo, en el caso de Aragón y La Rioja. El artículo 206 de la Ley aragonesa de régimen local contempla, entre las formas directas de gestión, la gestión por la propia entidad local, a través de sus órganos ordinarios o mediante órgano especial de administración, el OA local y la sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente o mayoritariamente a la entidad; y la gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas: concesión; gestión interesada; arrendamiento; concierto; sociedad mercantil o cooperativa, en la que la participación de la entidad local sea minoritaria —esta opción del legislador aragonés estaba amparada en la versión original del artícu-

lo 85, 4, letra e), LRBRL, que hablaba de sociedad mercantil cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local, lo cual significaba que ese carácter parcial podía ser mayoritario o, como decidió la Ley aragonesa, sólo minoritario—. Un planteamiento similar se encuentra en la Ley riojana, si bien, por un lado, se refiere, entre las formas de gestión directa, sólo a la sociedad de capital íntegramente público (dada la modificación que se operó a finales de 1999 —después de aprobada, por tanto, la Ley aragonesa— en el entonces artículo 155, 2, LCAP —actual art. 154, 2, TRLCAP—, conforme a la cual no puede ya considerarse gestión directa la llevada a cabo por una sociedad mercantil de capital mayoritariamente público) y, por otro lado, no especifica, entre las formas de gestión indirecta, si la sociedad mercantil, o la cooperativa, ha de ser de capital social mayoritariamente local o puede serlo de modo minoritario. Entre las formas de gestión de los servicios públicos locales no está enumerada la Fundación, pero el artículo 218 de la Ley riojana y el artículo 217 de la Ley aragonesa, que contemplan la posibilidad de que las entidades locales creen Fundaciones o participen con particulares en Fundaciones, forman parte, respectivamente, de la Sección 3.^a del Capítulo II del Título IX y de la Sección 3.^a del Capítulo II del Título VII de esas Leyes, secciones relativas, en ambos casos, a las formas de gestión de los servicios públicos, todo lo cual, por tanto, genera un poco de confusión, pero tanto antes como ahora (sobre todo, después de la LMMGL) parece claro que la Fundación no puede ser utilizada para la gestión de servicios públicos locales (71).

Pues bien, si algunas dudas ofrecía el carácter abierto o cerrado de la lista de formas de gestión indirectas contenido en la versión inicial del artículo 85, 3, LRBRL (72), el efecto de la LMMGL es que, al remitir ahora a la lista contenida en el artículo 156 TRLCAP, las formas indirectas son sólo las contempladas en la legislación propia de los contratos administrativos, es decir, que es una lista *numerus clausus* (73) de carácter básico y, por tanto, indisponible para el legislador autonómico que complementa esas bases. En este contexto, ha de entenderse que las formas de gestión de los servicios públicos locales previstas en las Leyes aragonesa y riojana comentadas han quedado modificadas, en el sentido que el arrendamiento ya no es una forma de gestión indirecta de los servicios locales y, en el caso aragonés, no puede reputarse como gestión directa la que lleva a

(71) Vid. nota a pie de página núm. 24.

(72) La doctrina ha defendido su carácter no tasado, sino abierto: F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho Local*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, 7.^a ed., pág. 225, y *La gestión...*, o.c., pág. 59.

(73) La lista del artículo 156 TRLCAP, completada con la LRBRL y el RS, debe considerarse exhaustiva: J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios...*, o.c., pág. 327.

cabo una sociedad mercantil en cuyo capital social la posición de la entidad local sea meramente mayoritaria, y no exclusiva. Ha tenido lugar, por tanto, el supuesto de modificación de la normativa básica estatal con posterioridad a la existencia de leyes autonómicas complementarias de lo básico, lo cual tiene un efecto derogatorio de la normativa autonómica incompatible.

8. VALORACIÓN GLOBAL DE LA REFORMA

En virtud del juego de remisiones que los nuevos preceptos de la LRBRL (o las nuevas versiones de antiguos preceptos) hacen a la legislación estatal y, sobre todo, en virtud de la referencia que la nueva redacción del artículo 85, letra B), LRBRL hace al artículo 156 TRLCAP en materia de gestión indirecta de los servicios públicos, se ha producido una cierta *estatalización* del ordenamiento jurídico relativo a la gestión de los servicios públicos locales, en el sentido que las formas posibles de gestión indirecta de los servicios públicos dejan de estar hoy contempladas por unas normas específicas para las entidades locales, sino que existe ahora una norma estatal, el TRLCAP, que determina las posibles formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales. En definitiva, mediante la LMMGL —concretamente mediante la unificación de la tipología de las formas indirectas de gestión de servicios públicos en un solo texto normativo— ha acontecido un cierto crecimiento del grupo normativo horizontal (los grupos normativos horizontales son relativos a sectores de la actividad administrativa) a costa del grupo normativo vertical (los grupos normativos verticales son relativos al régimen jurídico de un determinado sujeto del ordenamiento jurídico-administrativo), una operación de ampliación-reducción de grupos normativos que acontece exclusivamente dentro del círculo de la competencia básica estatal, en el que están implicadas, en efecto, normas que tienen carácter básico con fundamento en el mismo título competencial constitucional, pues así como es básica la legislación sobre contratos y concesiones administrativas (grupo normativo horizontal), también constituye normativa básica el régimen jurídico de las entidades locales contenido en la LRBRL y en gran parte del TRRL (grupo normativo vertical), de acuerdo, en ambos casos, con el artículo 149, 1, 18.^a, de la CE. El órgano competente para aprobar ambos tipos de normas básicas —las Cortes Generales españolas—, que a partir de 1985 decidió mantener, por ejemplo, dos regímenes distintos en materia de formas indirectas posibles de gestión de los servicios públicos, ha querido ahora establecer una

única tipología en materia de contratación de la gestión de servicios públicos locales, que es ahora la contenida en el TRLCAP. Se trata de una decisión legítima, que no puede ser tachada de inconstitucional, realizada por el Estado en uso de sus competencias de normación básica sobre contratación administrativa y sobre régimen local. No obstante, ha de reputarse que, en su condición de leyes cabecera del grupo normativo vertical de las entidades locales, las previsiones de la LRBRL y del TRRL en materia de gestión indirecta —dentro del carácter taxativo, en cuanto a la formas o modos posibles, que se deriva de la nueva redacción del artículo 85, 2, letra B), LRBRL— se aplican preferentemente a las previsiones del grupo normativo horizontal de la contratación administrativa, pues, en efecto, la remisión del la LRBRL lo es sólo al artículo 156 TRLCAP; a este propósito, ha escrito GONZÁLEZ NAVARRO lo siguiente (74):

«los preceptos de la ley cabecera del grupo conservan su vigencia frente a los de las leyes posteriores, generales o especiales, a menos que sean expresamente derogadas o que la contradicción sea tan flagrante que no queda otra opción interpretativa que la derogación».

En ese sentido, la Disposición Derogatoria Única de la LMMGL no deroga expresamente ningún precepto ni de la LRBRL ni del TRRL, y, por tanto, habrá que determinar la subsistencia de sus preceptos a la luz de los principios señalados por GONZÁLEZ NAVARRO.

Por el juego de las remisiones contenidas en los artículos 85 y 85 bis LRBRL, es decir, por esa que he dado en llamar *estatalización* del régimen local, tiene lugar, además, una ampliación —tampoco ilícita ni inconstitucional, a mi juicio— del ámbito de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como lo demuestra, por ejemplo, el régimen patrimonial de las EPEs locales, pues así como la LPAP no declara que el Título VII (donde se encuentran las normas sobre el régimen patrimonial de las EPEs estatales) tenga carácter básico, el resultado que se sigue de la remisión que una normativa básica (el art. 85 bis LRBRL) hace a una norma que no tiene tal carácter (la LOFAGE) es que determinados preceptos de la LOFAGE adquieren ahora un carácter básico que antes no tenían, y por la remisión que la LOFAGE hace, a su vez, a determinados preceptos de la LPAP que no tienen carácter básico (de acuerdo con la DF 2, 5, LPAP), tales preceptos de la LPAP se convierten igualmente en normas básicas estatales.

(74) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, oc., pág. 758.

La reforma debe ser bienvenida, no sólo porque con la introducción de la figura de las EPEs locales se contribuirá a solventar algunos problemas derivados de la inexistencia en el ámbito local de una figura intermedia entre los organismos autónomos sujetos al Derecho administrativo y las sociedades mercantiles locales, sino que se ha iniciado, si bien tenuemente, un proceso de clarificación del ámbito propio de los servicios públicos locales, no con el propósito de reducir las posibilidades de actuación de las entidades locales, cuanto con la finalidad puesta en la protección de todos los intereses en juego, como, de modo singular, el derecho de los vecinos a unos servicios de calidad.