

LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN TIEMPOS DE CRISIS

Diana ALVAREZ GONZÁLEZ

Secretaría Interventor del Excmo. Ayuntamiento de Alcaucín (Málaga)

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del título de Experto en Derecho y Gestión pública local. Granada, CEMCI, 2013.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Teoría general del servicio público.
3. Crisis del modelo europeo tradicional: los servicios de interés general y el proceso de liberalización de la economía.
4. Formas de gestión del servicio público.
5. La privatización del servicio público en tiempos de crisis ¿Caída del estado de bienestar?
6. Conclusiones: luces y sombras.
7. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría del servicio público es casi coetánea a la propia existencia del Derecho Administrativo. Recuérdese que hubo un momento en el que el Derecho Administrativo era definido como el derecho de los servicios públicos, pues el grueso de las actividades del Estado eran las actividades prestacionales con las que la Administración pública satisfacía una necesidad pública mediante la prestación de un servicio público a los ciudadanos.

Sin embargo, lejos de ser la teoría del servicio público una materia arcaica está permanentemente de actualidad, siendo cuestionada tanto en sus elementos configuradores como en su propia existencia. En efecto, no es ninguna novedad hablar de la crisis del concepto de servicio público en nuestro ordenamiento jurídico. Parece que nuestro Derecho clásico choca con el Derecho europeo, pues España maneja un concepto muy estricto de servicio público que debemos superar para acercarnos al

concepto europeo de “servicio de interés general”¹. Acercamiento que hemos intentado en ocasiones a través de la privatización de los servicios, mecanismo que no es exactamente el que proclama el Derecho comunitario.

Del mismo modo, parece que el contrato clásico de gestión de servicios públicos está llamado a desaparecer a favor del contrato de concesión, pues el Derecho comunitario no contempla nuestro concepto clásico *service public*, optando por la mínima intervención de la Administración en el Libre Mercado, así como por el abandono, salvo excepciones, de su posición privilegiada. Existen, eso sí, otros conceptos que podríamos denominar “equivalentes” al de servicio público, tales como “servicio de interés económico general”, “servicio universal”, y “obligaciones de servicio público”, y que se basan en el interés general afectado por determinada categoría de servicios en los que, por este motivo, sí debe intervenir la Administración.

En cuanto a los modos de gestión de los servicios municipales, en este momento Europa no se decanta por la prestación pública ni por la privada, sino precisamente por la colaboración entre ambos sectores (CPP), con el objetivo de reactivar la economía a través de la contratación electrónica y de las PYMES.

Por tanto, en el modelo europeo de prestación de servicios las Administraciones se deben preocupar de regular el mercado para asegurar, por un lado, la prestación de los servicios esenciales, y, por otro, la libre prestación del resto, pero en este segundo caso más bien desde el abstencionismo.

A todas estas cuestiones, recurrentes ya al hablar de la crisis del servicio público, debemos añadir la crisis política e institucional derivada de la desconfianza ciudadana en lo público, y la crisis financiera crónica de la Administración Local en la que nos encontramos inmersos, en la que la disyuntiva no es si los servicios deben seguir prestándose que parece que sí, sino si los servicios deben ser públicos o no, y si deben ser municipales o no. Contexto éste en el que se encuentra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que obliga como medida de transparencia a determinar el coste efectivo de los servicios públicos prestados por las entidades locales, y que ya no excluye la posibilidad de prestar mediante fórmulas de gestión indirecta servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, todo ello, sin perjuicio de la salvedad establecida “*La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos*”.

¹ Véase el Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general.

Estos nuevos planteamientos en el régimen jurídico del servicio público hace que nos planteemos si los mismos responden a medidas coyunturales motivadas por la crisis económica o si en el fondo estamos asistiendo a una transformación de los pilares básicos del sistema de servicios públicos: el paso de una provisión pública de los servicios a una provisión privada de los mismos, con la merma para el Estado del Bienestar que ello supone. Todos estos interrogantes son los que intentamos abordar en este trabajo mediante el análisis de la teoría general del servicio público y la evolución del concepto de servicio público a la hemos asistido en los últimos tiempos como antesala del estudio de las diferentes formas de gestión de los servicios públicos. Para así poder reflexionar sobre las consecuencias de las medidas de privatización en la gestión del servicio público que se vienen imponiendo en los últimos tiempos, su alcance y significado.

2. TEORIA GENERAL DEL SERVICIO PÚBLICO

2.1. Ideas previas

Es innegable la vinculación del Derecho Administrativo a la noción de servicio público, hasta el punto de que el proceloso devenir de éste ha marcado el rumbo de aquél en su evolución; así, el momento de esplendor del concepto de servicio público coincide con el apogeo del Derecho Administrativo, y, a su vez, la crisis actual de aquél, o mejor dicho, la dificultad, cuando no el fracaso de los autores para constreñir, definir y regularlo usando el instrumental clásico del Derecho Administrativo, ha marcado su repliegue y la huida de la Administración Pública del Derecho administrativo que es su cobertura natural².

El servicio público es un término polisémico y polémico al mismo tiempo. Polisémico porque por servicio público se entiende no sólo una forma de la actividad administrativa –la prestacional-, sino el conjunto de la actividad de la Administración, sea ésta prestacional, de policía o de fomento, siendo el servicio público el título habilitante para la intervención de la Administración pública. Y polémico porque la expresión ha adquirido unos perfiles propios no exentos de un apasionado debate doctrinal, pues hay quien ve en el servicio público los males de la estatalización, la burocracia, el intervencionismo y el déficit público en contraste con la iniciativa privada signo de eficiencia económica y servicial, mientras que para otros el servicio público es la única técnica de satisfacer necesidades de los ciudadanos en condiciones de igualdad.

² Véase J.F. PARRA MUÑOZ, *El Servicio Público Local, ¿una categoría a extinguir?*, IAAP, 2005.

Nosotros nos vamos a centrar en el servicio público entendido como una de las formas clásicas en que se manifiesta la actividad administrativa.

Una vez superadas las concepciones puramente dualistas -características de la doctrina germana (WOLF, FORSTHOFF)- que sólo distinguían entre una actividad negativa («de limitación o policía»), manifestada principalmente a través de fórmulas de contenido estrictamente jurídico, y una actividad positiva («de prestación» o «de servicio público»), traducida en actuaciones de carácter material y técnico en favor de los administrados. La mayor parte de la doctrina española viene prefiriendo la clasificación tripartita formulada por JORNADA DE POZAS³, que al binomio anterior («policía» y «servicio público») añade como categoría intermedia la actividad de «fomento». Ésta no implica la coacción o limitación propia de la «policía administrativa», ni tampoco se traduce en prestaciones materiales directas al ciudadano, siendo su manifestación más típica la técnica subvencional.

El concepto tradicional amplio de servicio público, entendido como “*total actuación de la Administración justificante de un régimen exorbitante de sus actos*”, entró en crisis como consecuencia del masivo intervencionismo de la Administración en la vida económica, mediante las llamadas empresas públicas, que actuaban en régimen de concurrencia con los particulares, produciendo no solo servicios inmateriales, sino bienes reales y con sometimiento al Derecho privado; de ahí que aquellas profundas transformaciones experimentadas durante el siglo XX por el Estado, así como, correlativamente, por su instrumento por excelencia, la Administración Pública, ha dado lugar a la emergencia de nuevas actividades de difícil encuadramiento en el esquema citado, circunstancia que, a su vez, ha provocado, casi desde el momento de la propia formulación de aquél, el surgimiento de propuestas para su revisión, ampliando el número de categorías manejadas.

Entre estas posturas goza de gran importancia la defendida por VILLAR PALASÍ⁴, quien a la tripartición de JORNADA DE POZAS añade un cuarto tipo de actividad, denominada «de gestión económica» o «de dación de bienes y servicios al mercado». El debate al respecto no es, sin embargo, pacífico. Así, frente a dicha tesis, destaca la formulada por GARRIDO FALLA, para quien resulta innecesaria la creación de una cuarta categoría, bastando con ampliar la noción de «servicio público» de modo que dé cabida a las nuevas formas de actividad administrativa.

En este sentido, el servicio público se caracterizaría:

³ “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949.

⁴ “Ensayo de la actividad del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* núm. 3, 1950.

- Por no prejuzgar el carácter público o privado del régimen jurídico que le es aplicable. Puede prestarse con sujeción a normas de derecho público o del derecho privado.
- En cuanto al régimen monopolístico, sólo resulta obligado en la gestión indirecta, pero no en la gestión directa en la que el régimen de concurrencia resulta admisible⁵.
- Respecto a la nueva actividad de dación de bienes, la doctrina sostiene que lo esencial para que una actividad constituya un servicio, es que satisfaga una necesidad pública y que esto se dé tanto en las prestaciones como en las producciones reales.

Por tanto, lo que caracteriza al servicio público, esencialmente, según Villar Ezcurra es, aparte de la titularidad que ostenta la Administración:

- Control por la Administración.
- Carácter empresarial de contenido técnico.
- Carácter de prestación positiva.
- Prestación en interés de los particulares.
- Continuidad en la prestación y,
- Igualdad en la obtención del servicio.

Esta somera exposición de los términos en que ha evolucionado el debate sobre las formas de la actividad administrativa permite constatar cómo el mismo ha influido directamente sobre la conceptualización moderna de la expresión «servicio público», pues, como se puede apreciar, el problema suele plantearse al delimitar frente a ésta las nuevas categorías (algo que no ocurre frente a la actividad de «policía», cuyos contornos son mucho más claros).

De todo lo expuesto, el término “servicio público” es bastante impropio, confundiéndolo de manera simplista con otros conceptos; a veces es provocado por los propios textos normativos, ya que dentro del mundo jurídico destaca el hábito de emplear la expresión servicio público como sinónimo de «giro o tráfico de la

⁵ Para GARRIDO FALLA “*nunca el monopolio ha sido nota exclusiva del servicio público, ya que en los servicios asistenciales- sanidad, educación, se da, desde antiguo, la concurrencia de los particulares*”.

Administración en sentido amplio», a efectos de delimitación del régimen jurídico (público o privado) aplicable, así como de las correspondientes competencias jurisdiccionales (contencioso-administrativas o civiles). Esto ha sido así especialmente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, donde aún hoy el art. 106.2 de la Constitución, recogiendo este uso tradicional, habla del derecho a ser indemnizado por toda lesión sufrida como consecuencia del «funcionamiento de los servicios públicos» (del mismo modo, el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), así como en el ámbito de la contratación pública como fórmula para definir los contratos administrativos especiales (en el art. 4.2 de la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965 se definían como aquéllos que tuvieran una «directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público»). No obstante, dicha expresión fue corregida en la posteriores Leyes de Contratos de las Administraciones Públicas en las que se pasó a hablar de la vinculación «al giro o tráfico específico de la Administración contratante».

La evolución de la noción de servicio público ha venido a introducir elementos extraños a su núcleo central, lo que ha producido el efecto de que el concepto sea tan amplio que sirva para todo, y por ello, demasiado ambiguo, o bien, por el contrario, la reacción doctrinal opuesta ha propugnado la restricción del concepto de servicio público hasta reducirlo prácticamente a la nada. Y ello, como consecuencia de tener una Administración Pública cada vez más privatizada en la prestación de servicios públicos, lo que unido a la intrusión de los poderes públicos en el ejercicio de actividades económicas en competencia con los sujetos privados del mercado, hace necesario el planteamiento de la prestación de los servicios públicos en tiempos de crisis, siendo esencial redefinir el contenido y límites del Derecho Administrativo, y replantear el papel del Estado en el siglo XXI. No obstante, para un mejor entendimiento de lo que queremos abordar vamos a pasar revista a la evolución que ha sufrido el concepto de servicio público.

2.1. Origen y evolución histórica del servicio público.

En el siglo XVIII como consecuencia de varias circunstancias, tales como los progresos técnicos, el aumento de la población, el nacimiento de las preocupaciones sociales, etc., el Estado pasó a considerarse el prestador de unos servicios que remediaban las carencias y necesidades de los ciudadanos. Era el Rey el único que podía actuar en base a sus poderes de regalía que, aunque muy amplios, se refieren esencialmente a la seguridad y al orden público. La creación de los servicios públicos nace utilizando estos poderes para intervenir el Rey en la salvaguarda de los bienes de uso común o dominio público. A mediados del siglo XIX se amplía la idea del servicio

público. En primer lugar, se limitó a los servicios asistenciales o sociales, es decir, aquellos que garantizaban el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia, sanidad y educación.

Con posterioridad, gracias a los descubrimientos de la llamada segunda revolución industrial, surgieron nuevos servicios públicos de carácter económico (ferrocarril, teléfono, electricidad...) que exigieron al Estado extender el ámbito de su actuación. La vigencia del Estado liberal que niega al Estado la condición de sujeto económico provocó la aparición de figuras, como la del contratista interpuesto o concesionario que explotaba aquellos servicios.

Finalmente, en una tercera etapa, la Administración asume ya la gestión de determinadas actividades económicas, en principio prestadoras de servicios y luego productoras de bienes, iniciándose el desplazamiento del “servicio público” por una nueva categoría “la empresa pública”. Esto sucedió a comienzos del siglo XX.

En efecto, a finales del siglo XIX y principios del XX, el Estado comienza a intervenir cada vez más en múltiples sectores económicos y sociales. Por un lado, el Estado extiende a toda la población unos servicios públicos básicos: educación, sanidad, seguridad social, vivienda social, protección de los desfavorecidos, etc. En suma, se instaura el Estado Social o Estado del Bienestar. Y por otro lado, la Administración también provee a los ciudadanos de una red de servicios o prestaciones de contenido económico como la energía, los transportes, las comunicaciones, el abastecimiento de agua y el saneamiento, etc. Incluso, llega un momento en el que la Administración se centra prioritariamente en este tipo de funciones, dejando un poco de lado las tradicionales de policía o control y regulación de las actividades privadas. Ello origina que una parte importante de la doctrina jurídica, especialmente francesa, en las primeras décadas del siglo XX conceptúa el Derecho administrativo como el Derecho de los servicios públicos. Pero además, el Estado se convierte en empresario productor de bienes y servicios destinados al mercado, ya sea por razones estratégicas (la defensa nacional), para salvar empresas en crisis, o para suplir las carencias de la iniciativa privada.

Este crecimiento desmesurado en las funciones asumidas por el Estado y la imposibilidad de gestionarlo todo de forma centralizada, propicia la descentralización administrativa incluso en aquellos Estados tradicionalmente estructurados de forma centralizada. Es cierto que esa descentralización no es sólo administrativa (para gestionar los servicios públicos) sino incluso política, que tiene otras causas como es la distribución interna del poder en el Estado. Lo cierto es que en todos los grandes Estado desarrollados existen diferentes niveles territoriales de Administración, bajo la dirección

de Gobiernos autonómicos democráticamente elegidos. Esta descentralización político-administrativa, que asume distintas formas en cada caso (federación, regionalismo, descentralización local), requiere a su vez un esfuerzo de coordinación y una cooperación permanente entre todas las Administraciones con competencias sobre un mismo territorio (la estatal o federal, la regional o autonómica y la local), sin la que no es posible ofrecer a los ciudadanos con eficacia y a un coste razonable las prestaciones que demandan de los poderes públicos en su conjunto.

Se produce también una descentralización funcional, mediante la creación de organismos y entes públicos de muy distinto tipo –organismos administrativos, entes de regulación y de gestión de servicios, autoridades independientes, agencias, entidades públicas empresariales, etc.- difíciles de reconducir a categorías homogéneas, y mediante la utilización instrumental de formas jurídico-privadas de organización (sociedades y fundaciones) para el ejercicio de algunas funciones públicas o de servicios y actividades sostenidas con fondos públicos. Fenómeno que se ha denominado la “huida del Derecho Administrativo”.

En consecuencia, es fácil comprender que este incremento incesante de las actividades de la Administración y del gasto público, desde mediados del siglo XX, haya llevado a los Estados desarrollados en torno a los años setenta de ese siglo, a una profunda crisis fiscal, que ha desembocado en una política de privatización o devolución a la sociedad de actividades y servicios que había asumido regularmente la Administración (política de reducción del papel del Estado). Así, por ejemplo, se han transformado algunos servicios públicos monopolizados en servicios de interés económico general (las telecomunicaciones, los transportes, la energía, los servicios postales), abiertos a la libre competencia. En el área de los servicios públicos tradicionales (educación, sanidad) la Administración mantiene unas prestaciones básicas, más o menos intensas, complementadas por la iniciativa privada.

No obstante, esta reducción del volumen de actividad del Estado es en todo caso relativa, pues para asegurar el buen funcionamiento del mercado y garantizar los intereses generales, la Administración ha asumido nuevas funciones de regulación y control de las actividades privadas (reglamentación, vigilancia, inspección evaluación).

2.3. Formulación de la teoría y notas características

La existencia de actuaciones de índole prestacional por parte de los poderes públicos no es un fenómeno nuevo en la Historia de la Humanidad, habiéndose dado manifestaciones de dicha actividad en prácticamente todas las épocas. Pero, puede

decirse que la consagración del concepto de servicio público tiene un origen histórico e, incluso, geográfico muy concreto.

La noción surge así en la Francia de la transición del siglo XIX al XX, muy en particular de la mano de los autores de la denominada Escuela Realista de Burdeos (Duguit, Jèze....), en la evolución de su elaboración doctrinal, pueden distinguirse dos etapas que, a su vez, han influido en la doble conceptualización con la que principalmente se ha empleado el término con posterioridad:

a) por un lado, una concepción amplia, omnicomprendensiva, manejada por el creador de la Escuela aludida, LEÓN DUGUIT (1859-1928), quien desde una perspectiva social y finalista defiende la noción de servicio público como justificación misma del poder del Estado. La actuación de este último sólo se legitimaría en la medida en que satisficiera necesidades públicas y pudiera ser calificada como «servicio público». Como se puede comprender, se trata de una concepción más filosófica que jurídica que, hoy en día, entronca directamente con los postulados del Estado Social, en cuanto subraya el deber de los poderes públicos de garantizar la prestación de los servicios esenciales para la comunidad;

b) por otro lado, una noción más estricta que toma como punto de partida las elaboraciones posteriores de los discípulos de DUGUIT, como JÈZE, BONNARD o ROLLAND. Desde este punto de vista, el servicio público se configura como una técnica concreta de gestión de aquellos servicios esenciales a los que antes aludíamos. De este modo terminó por definirse como «aquella actividad desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de Derecho Público».

Caracteres del concepto estricto de servicio público. Partiendo de la acepción clásica estricta a la que acabamos de aludir, la noción jurídica de «servicio público» ha terminado por configurarse con apoyo en las siguientes notas:

A. LA CREACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS (PUBLICATIO). LA TITULARIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

Esta es la primera nota para que una determinada actividad se convierta en servicio público, que la Administración asuma la titularidad mediante la correspondiente publicatio (convierte un servicio inexistente o gestionado por los particulares en servicio público). Por tanto, para que pueda hablarse de servicio público estrictamente, la titularidad del sector o de la concreta actividad ha de haber sido

asumida por la Administración Pública (aunque no necesariamente su gestión efectiva, como posteriormente veremos).

La existencia de esta reserva exclusiva en favor de los poderes públicos determina, por tanto, el monopolio de éstos sobre tales servicios. En consecuencia, quedan excluidas del concepto aquellas técnicas para garantizar la prestación de servicios esenciales que admiten la libre concurrencia sobre ellos. Así sucede, por ejemplo, con la más moderna del servicio universal, popularizada a partir del Derecho Comunitario europeo especialmente en el sector de las telecomunicaciones; dicha técnica, sin establecer reserva de titularidad alguna en favor de la Administración, y, por tanto, abriendo en principio la posibilidad de prestar el servicio a cualquier operador, se caracteriza por el establecimiento de un marco regulador muy estricto sobre aquél, en el que destaca la imposición de lo que se han llamado obligaciones de servicio público, de inexcusable cumplimiento para el sujeto particular que lo presta, todo ello con el fin de evitar que la gestión privada del servicio determine que los ciudadanos dejen de disfrutar de prestaciones que los empresarios gestores consideren no rentables; la garantía del respeto a este marco se procura de forma particular a través del control ejercido por Agencias Independientes, siguiendo el modelo del Derecho anglosajón.

Las prestaciones indicadas no tienen por objeto satisfacer cualquier tipo de necesidades públicas, sino sólo aquéllas que puedan calificarse de esenciales; es decir, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, aquéllas vinculadas a la satisfacción de derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos (S.T.C. 26/1981, de 17 de julio).

Siguiendo a Serrano Triana y Villar Palasí, se pueden distinguir distintas formas jurídicas de publicatio:

- a) Por creación de un órgano administrativo atribuyéndole competencia para gestionar un servicio público (creación de una dirección General).
- b) Por creación de un ente institucional público al que se le atribuye competencia para gestionar un servicio público (INSALUD, INSS...).
- c) Por conversión en ente público de un ente privado (nacionalización del Banco de España).
- d) Por engarce interno de derecho público, respetando la personalidad jurídico-privada del ente intervenido (control interno de empresas públicas que funcionen en régimen de derecho mercantil).
- e) Por la declaración formal de monopolio de la Administración (se exige Ley).

B. CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Mediante poderes de policía, *ius variandi*, supresión e intervención del servicio.

C. CARÁCTER EMPRESARIAL TÉCNICO.

Todo servicio público implica una cierta actividad empresarial, una actuación económica a través de una empresa, un conjunto organizado de capital, dirección y personal encomendado a una finalidad concreta, en este caso de interés general.

D. CARÁCTER DE PRESTACIÓN POSITIVA DEL SERVICIO PÚBLICO.

Consiste en un *dare* o *facere*. Ha de tratarse de una actividad de carácter prestacional, con lo que queda al margen del concepto la eventual actividad de producción de bienes que puedan desarrollar los poderes públicos.

Estas prestaciones son de carácter fundamentalmente material o técnico, no implican el ejercicio de autoridad y tratan de procurar utilidades de las que pueden beneficiarse los individuos singularmente considerados (*uti singuli*, en terminología jurídico-administrativa). Queda así excluido lo que la doctrina italiana (ZANOBINI, ALESSI, GIANNINI), por oposición al concepto de «servicio público», denomina «funciones públicas», esto es, aquellas actividades desarrolladas por el poder público desde una posición de supremacía y destinadas a beneficiar a la colectividad en su conjunto (*uti universi*), como, por ejemplo, el mantenimiento de un ejército, el sistema judicial, la recaudación de tributos, etc.

E. CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN.

Un servicio esencial es aquél del que no se puede prescindir. En consecuencia, su gestión ha de materializarse en prestaciones regulares y continuas, siendo éstos elementos esenciales definitorios del servicio.

F. INTERES DE LOS PARTICULARES

Tiene como destinatarios a los particulares y se presta en interés de los mismos.

G. IGUALDAD DE ACCESO Y USO DEL SERVICIO.

Se consagra en el art. 14 de la Constitución Española y en la Ley de Contratos, hoy TRLCSP, donde se establece la igualdad y no discriminación como principios básicos ⁶.

2.4. El servicio público local en la legislación española.

Haciendo una rápida excursión histórica al tratamiento que la legislación española ha dado en el ámbito local, el Estatuto Municipal de Primo de Rivera, de 1924 no definió el concepto de servicio público, ni siquiera uso esta expresión, sino que utilizó expresiones como “municipalización de servicios”, “servicios municipales obligatorios” y “obligaciones mínimas de los Ayuntamientos”, si bien el texto normativo contenía aquellas actividades que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la época, e incluso anterior, venían entendiendo como servicios públicos, por lo que el legislador tenía en mente el concepto de servicio público.

El Estatuto Provincial de 1925, siguió la misma tónica, hablando de “servicios e institutos”, el legislador estaba pensando tanto en la concepción objetiva del servicio público de Duguit como en la subjetiva de Hauriou.

La constitución Española de 1931 recogió la expresión “servicio público”.

La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, siguió sin definir el concepto de servicio público, pero al menos, y por primera vez un texto legal español, enumeró las características que debía de reunir dicha categoría, art. 131:

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

La legislación española de régimen local, tras la Guerra Civil, rehuyó de dar una definición de servicio público, y así la Ley Régimen Local de 1955.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 únicamente precisa frente a la Ley de Régimen Local, la finalidad de los servicios públicos municipales:

⁶ Art. 139 TRLCSP. Principios de igualdad y transparencia. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.

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

La Constitución Española de 1978 no ofrece una definición del concepto de servicio público, pero esto no quiere decir que el legislador constitucional desconozca el concepto y su función; por el contrario, el texto constitucional parece dar por respuesta la institución del servicio público al utilizar a lo largo del mismo diversas expresiones en las que está latente su noción; en este sentido Martín-Retortillo Baquer señala que la presencia del servicio público es patente, incluso sorprendentemente abundante, por más que hayan de convivir significados diferentes ⁷.

Asimismo, Bassols Coma sostiene que el concepto de servicio público hay que considerarlo vigente tras la Constitución, en cuanto que aquél no se opone a ésta, y que el propio texto constitucional adopta diversas expresiones que directa o indirectamente pueden tener conexión con la técnica del servicio público, como en los art. 28.2, 43, 128.2 y 158⁸. Buena prueba de ello, es la legislación postconstitucional que se refiere al servicio público⁹. Incluso en una ocasión, la Constitución emplea la expresión “servicio público”, al regular el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, art. 106.2., cuyo tenor es el siguiente: “*Los particulares, en los términos establecido por la ley, tendrá derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”

Igualmente es contemplado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 139.

Por tanto si el legislador constitucional anuda la producción de la responsabilidad patrimonial a que el hecho productor del daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sin explicar este concepto, es porque da por presupuesta la noción de servicio público.

Fuera de este artículo, la Constitución no utiliza la expresión de “servicios públicos”, así por ejemplo el art. 28.2 habla en relación con el derecho a huelga, sobre los servicios esenciales de la comunidad, expresión también utilizada en los art. 37.2

⁷ Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “Derecho de acceso a los servicios de interés económico general” en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo* ed. Civitas, 2003.

⁸ Martín BASSOLS COMA: *Constitución y sistema económico* Ed. Tecnos, 1985.

⁹ Por ejemplo, el ya derogado título II, del Libro II del TRLCAP, que llevaba por rúbrica “Del contrato de gestión de servicios públicos”, y cuyo primer artículo, el 154, establecía que estos contratos son aquellos mediante los que “Las Administraciones encomiendan a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio público”.

(conflicto colectivo entre trabajadores y empresarios), art. 128.2, en que tras reconocer la iniciativa pública en la actividad económica, reserva al sector público “recursos o servicios esenciales”; el art. 1581. Utiliza la expresión de “servicios públicos fundamentales”.

Otras veces, la constitución emplea el término “servicios” a secas, art. 145.2, y otras veces el término “servicio” en singular, para referirse a una determinada actividad.

Pero la regulación primordial en la Constitución es la del art. 128.2 “*se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiera el interés nacional*”. En la interpretación de este precepto se ha dividido nuestra doctrina.

Para unos, entre ellos el profesor Martín Rebollo, este artículo prevé la declaración de recursos y sectores como de servicio público, no exigiendo para ello la gestión directa de los mismos, por lo que nos encontramos ante una nacionalización en sentido amplio. Para otros, entre ellos, Garrido Falla, el precepto hace referencia a la nacionalización en sentido estricto, es decir, la asunción por parte del Estado de la titularidad, administración y gestión de sectores y recursos, en principio privados. Por tanto, no será posible la concesión, ni cualquier otra forma de gestión indirecta, si no que la declaración del Estado, mediante Ley, de un servicio esencial como de servicio público implicará siempre la gestión directa, es decir, la gestión por la Administración.

La primera de las concepciones choca con una objeción, y es que existen servicios públicos que no están previstos en la Constitución, y que no tendrían amparo en el ámbito de un Estado Social y Democrático como el nuestro; se refiere a la actividad industrial y empresarial del Estado.

La segunda concepción estaría excluyendo constitucionalmente la posibilidad de gestión indirecta de los servicios públicos, con lo que quedarían prohibidas, entre otras manifestaciones, las concesiones de servicios.

Ya por último, citar en cuanto a la aportación legislativa al concepto del servicio público, a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que rehúye el intento de dar una definición técnica del servicio público y acude al reenvío del listado de competencias locales, artículo 25 para el municipio y 36 para la Provincia, y dándose por tanto una noción amplia del concepto, en cuanto que abarca todos los ámbitos de actuación local, competencia de los entes locales que ya de por sí es amplísima. A este respecto, la pretensión de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, es reordenar el sistema competencial de los

municipios con la finalidad de buscar criterios de eficiencia (también por razones de escala) en la prestación de los servicios públicos municipales. Así, se aboga por suprimir la actividades complementarias (competencias impropias), muchas de las cuales se gestionan a través de tales entes instrumentales (pensemos, por ejemplo, en promoción económica, políticas de empleo, agencias de desarrollo local, vivienda, etc.). No obstante, los ayuntamientos podrán mantener tales competencias no propias, así como las actividades económicas que estén impulsando, siempre que se acrediten dos extremos:

- a) que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda Municipal, y
- b) no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

Si no se alcanzan ambos extremos los Ayuntamientos no podrán ejercer (ni por entidades instrumentales interpuestas) tales competencias impropias ni actividades económicas. Las empresas públicas afectadas deberían ser disueltas y entrar en un proceso de liquidación.

Por último en cuanto a la plasmación del servicio público en la legislación de las Comunidades Autónomas reguladoras del régimen local, se observa que han querido acercarse al concepto de servicio público local persistiendo en el error de la LBRL de identificar y reenviar tal actividad al ámbito competencial local, en nuestro caso, La Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), art. 26.1, que literalmente dice:

“Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía”.

3. CRISIS DEL MODELO EUROPEO TRADICIONAL “LOS NUEVOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL” Y EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

Nuestra CE de 1978 establece un sistema económico de economía social y mixta de mercado, expresión ésta que sintetiza la conjugación de los distintos principios derivados de nuestra Constitución económica. Se trata, en primer lugar, de la economía

de mercado (reconocida expresamente por el art. 38 CE), según la cual las relaciones económicas han de desarrollarse conforme al mercado y sus fundamentos (propiedad, libre empresa, libre competencia). Pero no de la economía puramente liberal de mercado –no vinculada por otros referentes que no sean el propio mercado y su autorregulación–, sino de la economía social de mercado, en la medida que éste, la competencia y la libre empresa deben compatibilizarse con las claves (la solidaridad y el progreso social) y objetivos (distribución justa de la renta, aseguramiento de prestaciones vitales a los ciudadanos, etc.) del Estado Social y a cuya garantía deberá dirigirse especialmente la actuación de los poderes públicos.

Como consecuencia de ese papel reconocido a los poderes públicos en el Estado Social surge la connotación del carácter mixto de la economía de mercado. La intervención de los poderes públicos sobre la economía, que alcanza a la ordenación jurídica de la libertad de empresa y el mercado, e incluso a la conformación de los procesos económicos mediante la planificación (art. 38 y 131.1 CE), se extiende asimismo a su participación en dichos procesos como un sujeto más de las relaciones económicas mediante la iniciativa pública en la actividad económica. Carácter mixto que no significa un necesario reparto de sectores o actividades entre el sector público y el privado, que no existe en la CE (si exceptuamos la demanialidad de algunos recursos), sino que la actividad económica queda abierta tanto al sector público como al privado, actuando aquél en todo caso como un agente más del mercado y sujeto a las reglas de la libre competencia.

El marco constitucional de las relaciones económicas permite así que éstas se desarrollen conforme a una peculiar dialéctica entre el sector privado y los poderes públicos.

3.1. La libertad de empresa y el mercado como elementos básicos.

El significado y alcance del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa (ámbito constitucionalmente protegido, potestades del Estado para modularla) han sido muy debatidos por la doctrina. No cabe desconocer la bipolaridad que la cuestión presenta. De un lado, si más allá de una visión individualista de la misma, se acepta que la empresa constituye un fenómeno económico-social complejo en el que confluyen intereses sociales heterogéneos, sería irreal pensar que la misma, y por ende la libertad de empresa, no pudiera quedar sujeta a la regulación y acción ordenadoras del Estado. Pero, de otra parte, esa regulación ha de tener unos límites para que la libertad de empresa y la economía de mercado –de la que la primera es condición ineludible– no resulten irreconocibles.

A la vista del contenido literal del art. 38CE y su posición sistemática, la libertad de empresa constituye elemento básico de todo el sistema constitucional de las relaciones económicas. Así resulta ser en términos lógicos (los poderes públicos podrán, como un “ex post”, regularla e incluso limitarla o restringirla –STC 227/1993, de 9 de julio-, pero no “otorgarla”); sistemáticos (pues las potestades y facultades reconocidas por la CE a los poderes públicos –exigencias de la economía general en el art. 38, reservas e iniciativa pública en el 128.2, planificación en los arts. 38 y 131.1, etc.- tiene como referente la libertad de empresa y el mercado, y no al revés); y estrictamente jurídicos, pues toda actuación de los poderes públicos que pueda moralizarla queda vinculada por el respeto de su contenido esencial (art. 53.1 CE).

Este último dato, e incluso si la libertad de empresa constituye un derecho subjetivo, ha sido no obstante discutido. Para unos resulta indubitable que la libertad de empresa reconocida en la CE no sólo es un derecho subjetivo sino un derecho fundamental. Otros autores han visto en ella un derecho subjetivo abstracto, en el sentido de que los particulares sólo podrían oponerse al legislador invocando la libertad de empresa cuando la medida legislativa restrictiva de ésta no sea adecuada a los fines de interés general o desproporcionada. Otros, en fin, han querido ver en ella, con la holgura de configuración que ello dispensaría al legislador, y en la medida que está íntimamente ligada a la economía de mercado constitucionalmente garantizada, sólo una garantía institucional, en postura a la que no hay duda ha coadyuvado la reticente posición mantenida en algún caso por el Tribunal Constitucional para reconocer a la libertad de empresa “per se” el carácter de derecho. En mi opinión, coexistiendo en este caso esa doble faceta de la libertad de empresa –garantía institucional y derecho subjetivo- y dando, por lo demás, como artificiosa a este efecto la oposición entre derecho fundamental y garantía institucional, el carácter de derecho subjetivo de la libertad de empresa no puede discutirse en términos jurídicos sistemáticos tal y como la reconoce nuestra CE, consagrándola en su art. 38 en plano bien distinto al de los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I. Otra cosa es que, frente a los derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo Segundo de ese mismo Título, no goce del recurso de amparo, pero ello no le priva de la restante protección derivada del art. 53 de la CE.

El problema estriba en la delimitación de la libertad de empresa y su eventual contenido esencial¹⁰ frente a la ordenación que puedan establecer los poderes públicos.

¹⁰ El TC ha subrayado que la libertad de empresa viene a “establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. Límites cuyo mantenimiento, como el de aquéllos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el capítulo II del Título I de la CE, está asegurado por un doble garantía, la reserva de ley y lo que resulte de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo que el legislador no puede disponer, de un contenido esencial” (STC 37/1981 y 225/1993).

A este respecto, también se ha pronunciado la doctrina. Según unos, toda regulación legal limitante de la libertad de empresa sería inconstitucional, operando ésta como un obstáculo insalvable para el legislador, o al menos sin que los principios rectores ni la intervención de la Administración pública puedan operar como límites prevalentes sobre su ejercicio. Para otros, esta posibilidad sería acorde con el modelo económico de la CE, y de hecho así lo ha concluido el Tribunal Constitucional¹¹.

En mi opinión, va de suyo que la libertad de empresa podrá ser “delimitada” por el legislador en equilibrio con las demás previsiones de la CE, interpretadas armónicamente. Para empezar, las que la CE expresamente establece (las exigencias de la economía general y en su caso la planificación –art. 38-, y las derivadas necesariamente de los bienes jurídicos que expresan los principios rectores del sistema económico social). Es en tales previsiones, que delimitan el propio contenido esencial de la libertad de empresa, donde hallará su fundamento y su límite el legislador al regular la libertad de empresa. De ahí que la planificación no puede pasar de indicativa o que iniciativa pública en la actividad económica no puede alcanzar niveles que desvirtúen el carácter que la libertad de empresa ha de tener como marco referencial básico de nuestro sistema económico.

La CE consagra asimismo en su art. 38 la economía de mercado, estando su funcionalidad íntimamente ligada a la libertad de empresa. Consecuentemente, los poderes públicos no podrán adoptar medidas que llegaran a hacer irreconocible la economía de mercado, es decir, un sistema en el que el proceso de asignación de recursos es determinado, salvo excepciones, por un orden espontáneo, por el mercado y la libre competencia regulados apropiadamente, teniendo en cuenta, claro está, que esa regulación apropiada ha de conllevar toda la connotación social de esa economía de mercado.

De esa manera, la economía de mercado aparece así como marco condicionante de la actuación de los poderes públicos. En primer lugar, en cuanto a las medidas de ordenación e intervención general. Se ha llegado a decir que las mismas deberán ser “conformes al mercado”, reconduciendo al mercado y sus reglas, sectores y situaciones, si bien hay que tener en cuenta que el carácter de institución constitucionalmente garantizada de la economía de mercado permite al legislador un mayor grado de libertad. En segundo lugar, la actuación de los poderes públicos como sujetos de actividad económica deberá producirse en igualdad de trato y sujeción al mismo

¹¹ “La libertad de empresa...se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado, y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio” (STC 227/1993).

principio de libre competencia que la privada, requiriéndose en otro caso que se cumplan las rígidas exigencias establecidas por el art. 128.2 de la CE.

3.2. La iniciativa pública en la actividad económica

El art. 128.2 de la CE establece: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector públicos recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

El precepto contempla tres supuestos distintos. Dejando al margen el de la intervención de empresas (en el que estrictamente no hay actuación de los poderes públicos como sujetos de actividad económica, sino sustitución temporal y excepcional de los órganos de gestión de una empresa privada por razón de interés público), el art. 128.2 CE consagra dos hipótesis de actuación del sector público en la actividad económica: la mera iniciativa pública en la economía, actuando el Estado como un sujeto más de la actividad económica empresarial junto a los particulares, y la actuación con reserva a su favor de los recursos o actividades de que se trate que quedarán desde ese momento excluidos de la iniciativa privada.

El primer inciso (Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica) supuso la apertura del sistema de relaciones económicas a una dualidad de agentes (iniciativa privada, iniciativa pública) sin estar ésta última sujeta a exigencias distintas que las primera, con lo que la CE habría conseguido al tiempo y respectivamente en sus arts. 38 y 128.2, la libre iniciativa privada y la “libre” iniciativa pública. Los poderes públicos podrían así desarrollar actividades económicas sin que la libertad de empresa y la economía de mercado se vieran afectadas, pues las empresas públicas producto de esa iniciativa pública han de actuar también con sujeción a la libre competencia y a las mismas condiciones que las privadas.

Así pues, lo determinante de la previsión constitucional sería la posibilidad de una coexistencia concurrente en competencia e igualdad de trato jurídico entre empresa pública y empresa privada.

Mayores problemas plantea definir el alcance de esa coexistencia. Para empezar, si la iniciativa pública ha de ser subsidiaria de la privada o, sin más, resulta compatible de manera incondicionada con esta última. En general la doctrina ha interpretado que la compatibilidad de la iniciativa pública con la privada es incuestionable, sin que sea necesaria ninguna justificación o legitimación causal específica al efecto; al cabo en ello –sustitución del principio de subsidiariedad de la iniciativa pública pro el de compatibilidad- radicaría la novedad del modelo económico de la CE 1978 frente al

anterior principio de subsidiariedad del Estado que habría quedado arrumbado. Aún así, debemos señalar que la iniciativa pública está condicionada por determinados requisitos, y por las implicaciones del interés general que aparece en los arts. 128.2 y 103 de la CE como esencia de la actividad de la Administración.

La necesidad de ley previa para el ejercicio de la mera iniciativa pública en la actividad económica es discutible. El art. 128.2 CE exige esta formalidad sólo para el caso de la reserva pública de recursos o servicios, no para la mera iniciativa pública concurrente con la privada.

3.3. La excepción a la libertad de empresa y el mercado: las reservas públicas de recursos y servicios

Si en su primer inciso el art. 128.2 contempla la actuación del Estado como sujeto de actividad económica concurrente y en competencia con el sector privado, en su inciso segundo establece la posibilidad de que por ley se reserven al sector público recursos o servicios esenciales. En virtud de esa reserva, libertad de empresa y el mercado quedarán exceptuados para los recursos y servicios de que se trate, al impedir aquélla que los particulares puedan ser titulares de esos recursos o de la explotación de tales servicios, como consecuencia de lo cual no habrá concurrencia con la iniciativa privada –que tendrá vedado el acceso a tales actividades-, ni mercado de oferta, ni posibilidad de libre competencia.

Este segundo inciso del art. 128.2 CE está haciendo referencia a la institución del servicio público en sentido estricto, como monopolio público sobre una actividad, al contemplar la posibilidad de la titularidad pública exclusiva sobre la prestación de determinados servicios, excluyéndolos de la iniciativa privada y reservándolos al sector público.

- Requisitos de la “publicatio” con reserva de la actividad al sector público

Según dispone el art. 128.2 CE, la reserva de una actividad o servicio al sector público deberá cumplir las siguientes exigencias: efectuarse mediante ley y con arreglo a los requisitos que según dicho precepto deben fundamentar esa decisión legal; es decir, el carácter “esencial” del servicio y que la misma tenga lugar “cuando así lo exigiere el interés general”, a lo que el precepto añade una hipótesis específica “especialmente en caso de monopolio”.

A) Declaración legal

La potestad de reserva de un servicio al sector público queda atribuida exclusivamente al legislador cualquiera que sea el ente público beneficiario de la

reserva. Por eso los entes públicos sin potestad legislativa (entes locales) precisarán al efecto de una ley previa que atribuya esa reserva a su favor.

Además, deberá efectuarse a través de una expresa y específica declaración legal que contemple un tipo de servicio o servicios determinados y no una reserva en abstracto. Por ello, no sería posible que, aún por ley, se efectúe una habilitación genérica al Ejecutivo para que éste establezca la eventual reserva al sector público de cualesquiera servicios o de servicios no determinados legalmente con carácter previo. Pero, a partir de aquí, la remisión al Ejecutivo puede ser amplia, incluyendo el supuesto de reservas cuya efectividad (una vez declarada por ley y sobre servicios legalmente especificados) puede quedar en manos de aquél.

La ley necesaria para la reserva ¿ha de ser ley estatal o puede ser ley de las CCAA? Esta última posibilidad resulta muy problemática. El desarrollo de la atribución estatutaria a las CCAA de competencia para crear y gestionar un sector público propio no plantea mayores dificultades si se articula a través de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2, primer inciso, CE), pero sería muy cuestionable que ello pueda tener lugar a través de una reserva pública de actividades por ley autonómica sin previa ley estatal que opere como cobertura, y claro está dentro del campo competencial de la Comunidad. Sobre todo porque, de no ser así, los principios de igualdad, de unidad de mercado y de libre circulación (art. 149.1.1 y 139.2 CE) quedarían en entredicho.

B) Esencialidad de los servicios

Según el art. 128.2 CE los recursos o servicios objeto de la reserva a favor del sector público han de ser esenciales. Qué debemos entender por servicios esenciales no es cuestión unánime en la doctrina. En lo que si existe una posición mayoritaria es en su concepción como concepto jurídico indeterminado, lo que dificulta su acotamiento jurídico. Por ello, dado el carácter abierto que tiene el concepto de servicios esenciales, se trata de un supuesto de valoración política y no jurídica, siendo en definitiva, esa esencialidad, a fin de cuentas, sinónimo de utilidad pública o interés social.

La reserva de servicios al sector público facultado por el art. 128.2 CE es una opción del legislador, y como tal alternativa, en el contexto del propio precepto, a que sea la propia sociedad quien desarrolle las actividades, o bien a una situación de paralela actividad pública y privada. Por ello, la concreción, la apreciación de la esencialidad de los servicios está en manos de la discrecionalidad o la valoración política del legislador al decidir la propia reserva, y sin que éste se halle en principio vinculado por un contenido dado de dicha esencialidad determinable “a priori”. De ahí que podamos

hablar del carácter meramente “lógico” de la esencialidad de tales servicios: es en la propia reserva efectuada por el legislador cuando se acota en unidad de acto el carácter esencial de los servicios que se reservan. La esencialidad de los servicios no sería pues un dato objetivable materialmente con carácter previo y condicionante de la reserva, sino que se imbricaría substancialmente con el propio hecho de ésta, es decir, con la decisión del legislador.

C) La cláusula “especialmente en caso de monopolio”

El art. 128.2 CE contempla expresamente que la reserva a favor del sector público pueda tener lugar “especialmente en caso de monopolio”. Se incluye así como hipótesis específica de la eventual reserva al sector pública, la existencia de una situación de monopolio, derivada bien de la dinámica del mercado, bien de la propia naturaleza de la actividad de que se trate abocada “per se”, por razones económicas, tecnológicas o logísticas, a ser desarrollada en monopolio. El precepto especifica ese supuesto de reserva como uno de los posibles, pero sin descartar, claro está, que la misma pueda tener lugar en otros supuestos en que no se dé esa situación de monopolio.

D) El interés general como causa

El servicio público –como al cabo la Administración pública en su conjunto ex art. 103 CE- es un instituto enderezado al logro del interés general. Pero por si ese condicionante de trasfondo fuera poco, el art. 128.2 CE cierra sus previsiones con este inciso final “cuando así lo exigiere el interés general”.

3.4. Los servicios de interés general

En los últimos años en el seno de la Unión Europea se ha desarrollado una tendencia ideológica basada en la defensa del mercado y de la iniciativa privada, de manera que se muestra partidaria de relegar a los poderes públicos a funciones de regulación y control, salvo excepciones justificadas o derivadas de previsiones constitucionales. Para esta concepción, incluso cuando la libre competencia económica no garantiza por sí misma la prestación de los servicios básicos, cabe una alternativa a la expansión de los servicios públicos, la de imponer a las empresas privadas prestadoras de servicios básicos obligaciones y límites por razones de interés público. Según este modelo, las empresas privadas que prestan servicios esenciales para la sociedad (agua, energía, transportes, telecomunicaciones, etc.) en régimen de libre competencia pueden ser constreñidas por el legislador a asumir algunas prestaciones no rentables y ser sometidas a regulaciones y condiciones que garanticen el acceso de cualquier ciudadano a tales servicios a un coste razonable.

Ello ha ido acompañado de un proceso de privatización de actividades públicas, lo que no solo ha afectado a las empresas públicas que producían bienes y servicios para el mercado en régimen de libre competencia, sino también a los antiguos monopolios públicos (por ejemplo, la Telefónica) y a la prestación de servicios esenciales considerados como servicio público (servicios postales, transporte aéreo, ferroviario, terrestre, telecomunicaciones, energía, radiotelevisión).

Además, el principio de libre competencia empresarial ha adquirido una gran relevancia, lo que ha determinado una intensa apertura a la libre competencia incluso en las actividades prestacionales de la Administración, lo que ha dado lugar a que algunos hablen de la muerte del servicio público.

Sin embargo, esta crisis del concepto del servicio público tiene sus límites. En principio, no afecta a los servicios de autoridad (justicia, defensa, seguridad pública) ni de solidaridad (por ejemplo, servicios sociales). Así, la liberalización solo alcanza a los servicios y actividades que pueden ser prestados por las entidades privadas mediante contraprestación, es decir, los servicios que son económicamente rentables. Por otra parte, los poderes públicos no pueden desentenderse del servicio, pues deben garantizar la satisfacción de necesidades esenciales de los ciudadanos.

Todo ello ha dado lugar a la aparición en el seno de la Unión Europea de un nuevo concepto en parte coincidente con el de servicio público: el de servicios de interés general.

El punto de partida es el de la regulación de la libre competencia económica y sus excepciones. Las empresas están sometidas a las normas comunitarias, y en particular a las normas sobre competencia.

Ahora bien, el art. 86.2 TCE (art. 106.2 TFUE) establece que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedan sometidas al Tratado en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de la misión a ellas confiada (Sentencias Corbeau de 19-05-1993 y Almelo, 27-04-1994). En cualquier caso, el desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

El art. 16 TCE (art. 14 TFUE) (incluido en la Primera Parte del Tratado, que recoge los Principios de la Unión) reconoce los servicios de interés general como un valor común de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial. Se trata, por tanto, de un elemento esencial del modelo europeo de sociedad, por lo que no constituye una simple excepción a las reglas de la competencia. En consecuencia, tanto la Unión como los Estados miembros vienen obligados a velar por

ellos y para que las actividades y servicios materiales en que se traducen se presten "con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido".

Servicios públicos de interés general son actividades que cumplen misiones de interés general. Por ello, están sometidos a obligaciones de servicio público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos socialmente asumidos (la cohesión social, el medio ambiente, la garantía de un mínimo común de bienestar, etc).

El concepto de servicio de interés general no equivale al de servicio público, sino que tiene un enfoque funcional: no pone el acento en quién posee la titularidad del servicio o quien lo presta efectivamente, ni en su régimen jurídico formal. El acento se pone en la correspondencia del servicio con las necesidades de interés general, lo que implica su sometimiento a obligaciones y reglas que excepcionan la libre competencia y que se definen propiamente como obligaciones de servicio público.

Servicios de interés general son los servicios y actividades que las autoridades públicas consideran de interés general por su relevancia y que, sometidos o no a la disciplina de mercado, están sujetos a obligaciones específicas de servicio público.

La distinción más importante a estos efectos es la que se fija entre los servicios económicos y los no económicos, ya que el art. 86.2 TCE (art. 106.2 TFUE) alude únicamente a los servicios de interés económico general.

En primer lugar, los servicios de interés general económicos consisten en una actividad por la que se ofrecen bienes y servicios en el mercado. Entre ellos se encuentran los grandes servicios de redes (ferrocarril, servicios postales, gas, electricidad, telecomunicaciones). En cuanto a los demás, depende de cada legislación. Así, suelen incluirse también el abastecimiento de agua, la gestión de residuos, el saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas, y servicios de radiotelevisión. Tales servicios pueden ser de titularidad pública o privada, por lo que pueden ser servicios públicos o no, aunque si lo son difícilmente pueden configurarse como monopolios públicos, pues están sometidos al régimen de la competencia. Pero lo característico en relación con todos estos servicios es que los poderes públicos no hacen dejación de las responsabilidades que les corresponden para garantizar el interés general. Por ello pueden ser sometidos a una estricta regulación (por ello se habla de sectores regulados), y se les imponen obligaciones de servicio público y, en su caso, de servicio universal.

- Obligaciones de servicio público son obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio para garantizar determinados objetivos de interés público: creación y mantenimiento de ciertas

infraestructuras, estándares de calidad del servicio, seguridad del suministro, puesta a disposición obligatoria de las redes para otros operadores, límites tarifarios, exigencias de protección ambiental, garantías de acceso al servicio de personas desfavorecidas o con minusvalías, etc. Tales obligaciones pueden venir impuestas por la normativa europea o interna, y en su caso los gastos pueden venir reembolsados mediante ayudas públicas (por ejemplo, art. 73 TCE -art. 93 TFUE- para el transporte), pero no existe una obligación general de compensación a cargo del Estado.

- El modelo de servicio universal es más limitado y se refiere a determinadas prestaciones básicas que deben ser aseguradas en todo caso y para cualquier usuario por los operadores de los servicios de interés general, incluso cuando se trata de servicios liberalizados prestados en régimen de libre competencia, y ello en condiciones específicas de calidad, a un precio asequible y con una cobertura territorial completa. Es el caso de ciertos servicios de telecomunicaciones (art. 22 ss LGT), servicios postales básicos (Ley 24/98) o de determinadas rutas de transportes, etc.

La asunción de estas obligaciones puede ser objeto de una compensación económica para garantizar la rentabilidad del servicio en su conjunto, ya sea por vía tarifaria o mediante la reserva de otros derechos o servicios en exclusiva a los operadores que se hacen cargo de aquellos servicios universales, o mediante la creación de fondos de compensación.

Por otro lado, los servicios de interés general no económicos, son aquellos en los que prevalece no la finalidad lucrativa, sino la cívica o social. Con respecto a ellos no rige la regla de la libre competencia, por lo que cabe la reserva de su titularidad a una Administración o la atribución de derechos exclusivos o especiales de gestión a organizaciones o entidades, respetando los principios de no discriminación y, en su caso, los propios de la contratación pública para la gestión del servicio (publicidad, igualdad, libre concurrencia).

No obstante, se trata de un concepto dinámico, que puede variar, ya que muchos de estos servicios pueden adquirir una dimensión económica que antes no tenían.

Como regla cabe incluir entre ellos los servicios de solidaridad (educación, sanidad, Seguridad Social obligatoria, servicios sociales o asistenciales, servicios culturales en general) (Sentencias TJCE 17-02-93, Poucet and Pistre; 21-09-99, Albany). Se suelen organizar como servicios de titularidad pública, es decir, como

servicios públicos en sentido tradicional. Ello sin perjuicio de la concurrencia de la iniciativa privada (por ejemplo, en el ámbito sanitario y educativo), sometida, sin embargo, a normas y controles rigurosos.

4. FORMAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Una vez que la Administración ha constituido un servicio determinado y ha configurado los aspectos básicos de su organización y prestación, la Administración es la titular de ese servicio, y por lo tanto, la última responsable del mismo: ahora bien, la gestión del servicio podrá desarrollarla directamente mediante su propia organización; o indirectamente, encomendando su prestación a un tercero.

Debe recordarse que ha sido la legislación local la que ha albergado una regulación más acabada de los servicios públicos, y en particular, de los modos de gestión; de ahí que nuestras referencias sean continuamente al ordenamiento local.

La decisión de gestionar un servicio de forma directa o indirectamente corresponde a la propia Administración, decisión que, sin perjuicio de las consideraciones de oportunidad que tenga que atender, hasta hace poco, solamente venía vinculada por la regla contenida en el art. 85.3 y 95.1 de la Ley de Bases de Régimen Local y Texto Refundido del Régimen Local, respectivamente, regla que ordenaba la gestión directa de aquellos servicios cuya prestación implicasen ejercicio de autoridad.

Sin embargo, la realidad ha demostrado que esta regla, si bien atendía a una impecable lógica –la autoridad la ejercen los poderes públicos- en la actualidad no se mantenía de forma rigurosa, ya que la prestación del servicio exigía a veces la utilización de instrumentos exorbitantes, de naturaleza pública, instrumentos de que ha de servirse la entidad encargada de la prestación, aunque sea privada, tal como ocurre con el concesionario, todo lo cual hacía que la citada regla no pudiera aplicarse de forma rigurosa. De ahí que la nueva redacción dada al art. 85.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, haya establecido otro tipo de reglas, como son, primero que *la gestión de los servicios se haga de la forma más sostenible y eficiente*, y segundo que, *se atienda en todo caso a la reserva del ejercicio de funciones que corresponde a funcionarios públicos establecido en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público*.

En todo caso, la opinión por uno u otro modo de gestionar el servicio habrá de estar respaldada por el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación en Pleno, art. 22.2 f) y 47.2 k) de la LBRL.

Se debe dar una relativa adecuación entre la naturaleza del servicio o actividad que se presta y la forma de gestión empleada; así, mientras la concesión sólo es posible en los servicios de naturaleza económica, en cambio los de tipo asistencial postulan la gestión directa.

Sentado lo anterior, con el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se establecía la siguiente clasificación de los modos de gestionar los servicios públicos:

Gestión Directa:

- Gestión indiferenciada sin órgano especial.
- Como servicio público personificado, mediante la creación de un Organismo Autónomo, Agencia Estatal o de otro ente público que preste el servicio.
- En forma de sociedad privada.

Gestión indirecta a través de:

- Concesión.
- Concierto

Gestión mixta.

- Gestión interesada.
- Como Sociedad de Economía mixta.

Esta tradicional clasificación, atendía a la LCAP, art. 156 del TRLCAP y al RSCL.

Si bien, hoy día tiene otro encuadre, en virtud de lo estipulado en el Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y la nueva redacción dada al art. 85.2 de la LBRL por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de las entidades locales, que establece que:

«**2.** Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos”.

La gestión directa es la realizada por la propia Administración, por sí misma o mediante la utilización instrumental de una persona jurídica vinculada a aquella jurídica y económicamente.

En el primer caso, la entidad local puede actuar a través de sus órganos ordinarios, de manera indiferenciada respecto de las restantes actividades de la misma, o a través de una «organización especializada».

El segundo sistema de gestión directa, consiste en la creación de una persona jurídica instrumental ya sea de derecho público o de derecho privado, participada íntegramente por el Ente público. La consideración de estos entes instrumentales como «medios propios», a los efectos de lo dispuesto en los artículos 4.1) y 8.2 del TRLCSP, viene regulada en el artículo 24.6 TRLCSP, y requiere que la totalidad de su capital sea de titularidad pública, tal y como estableció la Sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005 (Asunto C-26/03, Stadt Halle), —y ha sido corroborado por la STJCE 8 de abril de 2008, (asunto Comisión Vs. República Italiana) y la STJCE de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Sea srl.)— pues la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad, en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

La gestión indirecta, es la operada a través de diversas formas o instituciones de origen y base contractual, mediante las que la Administración mantiene la titularidad del servicio y la responsabilidad última de su prestación, confiando el ejercicio o explotación de la actividad a persona distinta, sin perjuicio de la posibilidad de intervención mediata en ella. Las modalidades de la contratación en la gestión indirecta de servicios públicos, se regulan en el artículo 277 TRLCSP, el cual establece las siguientes modalidades de gestión *indirecta* de servicios públicos.

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Desde una perspectiva doctrinal, se ha considerado que el contrato de gestión de servicios públicos no es una figura contractual definida, sino que bajo su rúbrica común se encubre una pluralidad de diversas técnicas contractuales, siendo, más que un tipo contractual definido, una simple técnica de gestión de los servicios públicos.

El estatuto jurídico del servicio público ha sido construido, históricamente, sobre la concesión, pero es aplicable igualmente a otras formas de gestión indirecta (antiguamente gestión interesada, concierto, arrendamiento o empresa mixta), si bien cada uno de éstas introducirá en aquél determinadas variantes o peculiaridades.

Por otro lado, la jurisprudencia ha llegado a conclusiones parecidas acerca de la naturaleza del contrato de gestión de servicios públicos. La sentencia del Tribunal Supremo del 27 de Enero de 1992 declara lo siguiente:

En el ámbito del Derecho Administrativo no existe -pese a que otra cosa pudiera parecer a tenor de la Ley de Contratos del Estado- un contrato específico de gestión de servicios públicos, sino que es necesario hablar de una pluralidad contractual diferenciada a través de la que es posible dar cabida a todo tipo de gestión indirecta de un determinado servicio público.

El Derecho positivo define este contrato como un vínculo jurídico a partir del cual una persona natural o jurídica se compromete a gestionar servicios de competencia pública cuando éstos reúnan los siguientes requisitos:

- Que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares.
- Que exista un régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia.

Concretamente la concesión, fórmula más utilizada de gestión indirecta, se caracteriza porque la Administración ostenta la titularidad del servicio, y mediante una regulación contractual de las condiciones, entrega su prestación y el contenido económico correspondiente a un particular o empresa privada, que asume la gestión y riesgo, obligándose frente a la Administración a responder de la marcha regular del servicio público, a mantener en buen estado los bienes que explota, a admitir el goce del servicio a todo aquel que cumpla los requisitos, a la restitución de los bienes si la concesión caduca o se extingue y en su caso, al pago a la Administración de un canon. El concesionario, por su parte, percibe a cambio las tasas, tarifas o precios fijados por la utilización del servicio público.

El único cambio afecta a lo instrumental: las normas que rigen el funcionamiento de cada servicio deja paso a normas privadas, pero sin cambiar el modo de gestión, que sigue siendo indirecto.

Ante situaciones de crisis económica como la actual, parece que estas formas de gestión indirecta se convierten en instrumentos eficaces para racionalizar el gasto público y reducir el déficit financiero sin merma del Estado del Bienestar ¹².

4.1. Gestión de los servicios públicos locales en Andalucía

En este contexto, resulta de interés que nos detengamos en la regulación contemplada en el capítulo I del título II de la Ley de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, LAULA), que de conformidad con la competencia exclusiva que sobre modalidades de prestación de los servicios públicos locales tiene atribuida la Comunidad Autónoma de Andalucía en el art. 60.1.c) del EAA, ha establecido una novedosa regulación sobre las formas de gestión de los servicios públicos locales en nuestra comunidad autónoma.

Antes de entrar en los tipos de gestión de servicios públicos contemplados la LAULA, vemos oportuno citar brevemente las novedades contempladas en cuanto a los servicios públicos locales.

Los servicios públicos locales se definen en la LAULA como aquellos que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientada a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, otorgándole plena libertad a las entidades locales, actuando de forma individual o asociada, para constituir, regular, modificar y suprimir los servicios locales de interés general de su competencia, de acuerdo con la ley y el Derecho europeo.

¹² Prueba de ello es, por ejemplo, el Plan de reordenación de la asistencia sanitaria madrileña aprobado por la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Madrid, con el que se pretende adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en seis hospitales inaugurados en 2008. Se trata del mayor plan de gestión privada de la sanidad pública puesto en marcha en España y supone que la atención de cerca de 1,5 millones de madrileños pase a manos de empresas. No obstante, debemos señalar que contra el mismo se han planteado diferentes recursos jurisdiccionales. Así, el recurso de inconstitucionalidad núm.1884/2013 interpuesto contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, y el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios “Infanta Sofía”, “Infanta Leonor”, “Infanta Cristina, del Henares del Sureste y del Tajo”. Resolución ésta que por Auto de 11 de septiembre de 2013 de la Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó su suspensión cautelar, que ha sido recientemente confirmada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 2014.

Previa regulación de los principios informadores, art. 27 de la LAULA, tales como universalidad, igualdad y no discriminación, continuidad y regularidad, precio adecuado a los costes del servicio, economía, suficiencia y adecuación de medios, objetividad y transparencia en la actuación administrativa, prevención y responsabilidad por la gestión pública, transparencia financiera y en la gestión, adecuación entre la forma jurídica y el fin de la actividad encomendada como límite de la discrecionalidad administrativa, etc; se clasifican los servicios locales de interés general como de servicio público y servicio reglamentado, los primeros se prestan cuando la propia entidad local realiza, de forma directa o indirecta, mediante contrato administrativo, la actividad objeto de la prestación, y los segundos son prestados cuando la actividad que es objeto de la prestación se realiza por particulares conforme a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general; igualmente se definen los servicios públicos básicos y los reservados.

A este respecto, es importante señalar, la novedosa regulación de los denominados servicios públicos básicos esenciales para la comunidad, art. 31 de la LAULA diferenciándolos de los contenidos en el art. 26.1 de la LRBRL (servicios mínimos). Así los servicios públicos básicos son los contemplados en el 92.2.d) del EAA, esto es, el abastecimiento de agua, el tratamiento de aguas residuales, la recogida y tratamiento de residuos, la limpieza viaria, la prevención y extinción de incendios, y el transporte público de viajeros, a los cuales se establece la posibilidad de reserva a favor de los municipios (sin perjuicio de que mediante ley, puede efectuarse la reserva para otros servicios) para la prestación efectiva en régimen de monopolio de los servicios públicos (requiriéndose mayoría absoluta del Pleno de la Corporación, previo expediente de conveniencia y oportunidad).

Cuestión ahora importante será determinar cómo quedan dichas competencias municipales establecidas a nivel autonómico y que deberán de acomodarse a la nueva regulación de competencias establecida en la Ley de Bases de Régimen Local, puesto que no debemos olvidar que el Estado tiene *competencia exclusiva sobre las Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*.

Hecho este inciso, la LAULA contempla las distintas formas de gestión, directa por la propia entidad, o de forma indirecta, mediante modalidades contractuales de colaboración.

Lo significativo de esta regulación son las distintas modalidades de gestión directa que prevé la LAULA, la cual ha seguido el modelo de organización instrumental creado

con la Ley 9/2007, de 29 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, con el siguiente detalle:

- a) Prestación por la propia entidad local.
- b) Agencia pública administrativa local.
- c) Agencia pública empresarial local.
- d) Agencia especial local.
- e) Sociedad mercantil local.
- f) Sociedad interlocal.
- g) Fundación pública local.

Las agencias administrativas locales son entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo, a las que se atribuye la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas de competencia de las entidades locales, salvo las potestades expropiatorias, sin que puedan ejercer actividades económicas en régimen de mercado. Se rigen por el mismo régimen jurídico de personal, presupuestario, económico-financiero, patrimonial, de control y contabilidad que el establecido para las entidades locales. Disponiendo de las potestades que tengan atribuidas de manera expresa por sus estatutos, como órganos, existirá un Consejo Rector, cuya composición y atribuciones se determinarán en los estatutos de la entidad.

Agencia pública empresarial local, son aquellas entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, pero no se les puede atribuir ejercicio de actividades administrativas. Éstas se rigen por el Derecho Privado, excepto en las materias de formación de voluntad de sus órganos y ejercicio de las potestades administrativas que expresamente tengan atribuidas en sus estatutos y en los aspectos específicamente regulados en la legislación de haciendas locales, en sus estatutos y demás disposiciones de general aplicación. Ejercerán únicamente las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No podrá atribuirse a las agencias públicas empresariales locales cuyo objeto sea exclusivamente la producción de bienes de interés público en régimen de mercado potestades que impliquen ejercicio de autoridad. Las agencias públicas empresariales

locales estarán regidas por un Consejo de Administración cuya composición y atribuciones se determinarán en los estatutos de la entidad.

Agencia especial local, son entidades públicas a las que se atribuye cualquiera de las actividades propias de las agencias públicas administrativas locales y agencias públicas empresariales locales, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad.
- b) Que requieran especialidades en su régimen jurídico.

Se rigen por el Derecho Privado, excepto en materia de formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la LAULA, en sus estatutos y demás disposiciones de general aplicación.

La actuación se ajusta a un plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo a un pertinente contrato plurianual de gestión, que definirá los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar (competencia de Pleno).

Existe una Comisión de Control, cuyas funciones y composición se determinarán en los estatutos, a la que corresponderá informar sobre la ejecución del contrato de gestión.

Como disposiciones comunes a todas las agencias locales citadas en el art. 37 de la LAULA se establece que:

1. La creación, modificación, fusión y supresión de las agencias públicas administrativas locales, de las agencias públicas empresariales locales y de las agencias especiales corresponderá al Pleno de la entidad local, que deberá aprobar sus estatutos.
2. Los estatutos de las agencias locales habrán de ser aprobados y publicados previamente a la entrada en funcionamiento efectivo e incluirán como contenido mínimo su denominación, funciones y competencias, con expresa indicación de las potestades que tengan atribuidas y determinación de los máximos órganos de dirección del organismo.

Sociedad mercantil local, tiene por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local. Se rigen por derecho privado, salvo en materias que sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo

señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados.

La sociedad mercantil local deberá adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil con responsabilidad limitada y su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local. Los estatutos deberán ser aprobados por el Pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad, y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad. En ellos se determinará la forma de designación y funcionamiento del consejo de administración, los demás órganos de dirección de la misma y los mecanismos de control que, en su caso, correspondan a los órganos de la entidad local.

Sociedad interlocal, puede crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia, prestación que tendrá la consideración de gestión propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que el capital sea exclusivamente público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado.
2. Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.
3. Que la adopción de acuerdos se tome por mayoría, así como la integración de los órganos sociales por los entes que la componen.
4. Que no puedan tener encomendadas actividades de mercado.

Como forma de gestión propia, las sociedades interlocales sólo pueden prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que las crean.

Fundación pública local, son aquellas fundaciones que:

1. Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la entidad local, sus entidades vinculadas o dependientes o empresas, así como aquellas en las que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.
2. Aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria, entendiéndose que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean

nombrados por la entidad local directamente o a través de cualquiera de sus entidades, vinculadas o dependientes, o empresas.

La creación y extinción de las fundaciones públicas locales, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, así como la modificación de sus fines fundacionales, requerirán acuerdo previo del Pleno de la entidad. El acuerdo determinará las condiciones generales que deben cumplir todos estos actos y designará a la persona que haya de actuar por ella en el acto de constitución y, en su caso, a su representación en el patronato.

Las fundaciones públicas locales no podrán ejercer potestades públicas, sino que únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades locales fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de estas.

En todo caso, corresponde a las entidades locales la designación de la mayoría de los miembros del Patronato.

En los aspectos no regulados específicamente en la LAULA, las fundaciones públicas locales se registrarán, con carácter general, por la legislación sobre fundaciones, contratos del sector público, patrimonio, haciendas locales u otra que resulte de aplicación.

En cuanto a la gestión indirecta, la LAULA establece las modalidades contractuales previstas para el contrato de gestión de servicios públicos

Se contempla en el art. 43 de la LAULA la empresa mixta de colaboración pública-privada, disponiendo que los entes locales puedan gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en empresas mixtas, o sociedades mercantiles con limitación de responsabilidad cuyo capital sólo parcialmente pertenece, directa o indirectamente, a la entidad local.

En todo caso, la LAULA obliga a que en el proceso de constitución de estas sociedades se asegure la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, por lo que la selección del socio privado estará sujeta a los procedimientos de concurrencia que resulten de aplicación según la legislación de contratos del sector público.

Igualmente se prevé en el art. 45 de la LAULA, en los términos del artículo 128.2 de la CE, que las entidades locales andaluzas podrán ejercer la iniciativa pública económica en régimen de libre concurrencia, para ello, se dispone que preferentemente adoptarán la forma de empresa pública local, teniendo tal consideración cualquier

sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. En todo caso, las empresas públicas locales tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia, y sin que puedan ejercer potestades públicas (aprobación por Pleno previo expediente de conveniencia y oportunidad). Cualquiera que sea su forma jurídica, la empresa pública local se registrará por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia, patrimonial y de contratación.

Para tales empresas la LAULA establece el principio de transparencia en sus relaciones financieras, según el cual tendrán el deber de suministrar información, en los plazos que se establezcan en sus estatutos, a la administración local de la que dependan, sobre la recepción de fondos enviados por las distintas Administraciones Públicas.

5. LA PRIVATIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN TIEMPOS DE CRISIS, ¿CAIDA DEL ESTADO DEL BIENESTAR?

Es importante empezar por una breve delimitación de los conceptos, ya que en no pocas ocasiones se usan de forma inapropiada.

El término “privatización” puede tener un triple significado:

- a) atribución al sector privado de tareas o funciones que eran competencia y responsabilidad pública (privatización material);
- b) gestión (indirecta) de tareas o funciones públicas a través de empresarios privados, en virtud de contratos (privatización funcional); y
- c) ejercicio de tareas o funciones públicas en régimen de derecho privado a través de organismos y entidades (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas y fundaciones públicas), que actúan sometidas en todo o en parte a ese sector del ordenamiento jurídico (privatización formal).

5.1. Privatización material.

Los procesos de privatización de las empresas públicas en los últimos años constituyen un importante fenómeno económico tanto en los países desarrollados como

en vías de desarrollo, dado que sus consecuencias pueden afectar al funcionamiento de toda la economía nacional.

La globalización e intensificación de la competencia requieren economías flexibles capaces de adaptarse con rapidez, lo que sitúa al mercado como mecanismo preferente de la asignación de recursos, a la par que deriva en la disminución del papel y de la importancia que históricamente han tenido las empresas públicas en los países industrializados. España, junto con Italia, Francia y Japón, es uno de los países de mayor actividad privatizadora de la OCDE en el segundo quinquenio de los noventa.

Los objetivos que han perseguido los procesos de privatización incluyen diversos motivos, tales como financieros, políticos y económicos.

Las razones financieras que permiten explicar las privatizaciones se refieren a los ingresos que los gobiernos obtienen a través de la venta de las empresas públicas, dado que permiten reducir el déficit público y se eliminan los subsidios para ayudar a las empresas públicas que tienen pérdidas. En algunas ocasiones, como es el caso de España y de otros países europeos, la obtención de ingresos extraordinarios cobra especial relevancia en la segunda mitad de la década de los noventa, pues era necesario reducir el déficit fiscal por debajo del 3 por ciento del PIB para cumplir uno de los criterios de Maastricht para poder acceder a la Unión Económica y Monetaria.

Las razones de tipo político se refieren a la disminución del papel del Estado en la economía, pues se presume que los mercados llevan a cabo una asignación más eficiente de los recursos. Además se persigue favorecer la entrada de capitales extranjeros, y dar una mayor participación en la propiedad a los inversores institucionales y a los accionistas minoritarios, fomentando de esta manera el llamado capitalismo popular. Éste ha surgido de forma paralela a las privatizaciones realizadas por medio de ofertas públicas de venta y supone un aspecto positivo al configurar una cultura financiera a la vez que un estímulo al ahorro, que en definitiva favorece el crecimiento económico.

Por último, los objetivos económicos, se refieren a la previsible mejora de la eficiencia empresarial, y en general, del funcionamiento de las empresas privatizadas, ya que se presume que las empresas públicas frente a las privadas, tienen mayores costes, lo que merma sus resultados.

Podríamos definir la privatización como el modo de reconducir el papel del gobierno en la economía, o de incrementar el papel del sector privado en el desarrollo de una actividad económica, o en la propiedad de los activos empresariales.

Esta definición incluye no sólo la venta de las empresas públicas, sino también la reducción de la regulación de determinados sectores o actividades y del gasto público del Estado e implica la reasignación de los derechos de control desde los políticos a los directivos y el aumento, por parte de los directivos e inversores privados, de la participación en la propiedad de los flujos de caja empresariales. Así pues, la privatización supone un conjunto de decisiones que van más allá de la transferencia de la propiedad o del control de las actividades públicas al sector privado, siendo necesario considerar no sólo el cambio en la titularidad de las empresas públicas sino también los cambios en el entorno competitivo o regulador. El fomento de la competencia y la utilización de criterios de gestión similares a los del sector privado son elementos necesarios para que los procesos de privatización produzcan los efectos beneficiosos que de ellos se esperan. La introducción de la competencia asegura que las mejoras de eficiencia que tienen lugar en el ámbito de la empresa se traduzcan en precios más bajos para los consumidores y en una asignación de los recursos más eficiente para la economía en su conjunto. En este sentido, Boylaud y Nicoletti (2000), a partir de una muestra de 23 países de la OCDE, encuentran que la competencia actual y futura tiene un claro impacto en la caída de los precios y en la mejora de la calidad del sector de telecomunicaciones. Otro aspecto importante a la hora de analizar las privatizaciones es la reestructuración previa a la privatización que, en ocasiones, las empresas realizan.

En España, el inicio de los procesos de privatización se encuentra en la segunda mitad de los años ochenta, sin ser el resultado de una estrategia elaborada, o de un programa explícito de privatizaciones.

La entrada de España en la antigua Comunidad Económica Europea supuso el inicio de las privatizaciones en nuestro país y la adaptación de las empresas públicas a las directivas europeas. En esta época se llevan a cabo dos tipos de privatizaciones: por un lado, privatizaciones totales de empresas no rentables (por ejemplo, Hytasa), o de empresas en las que el Estado no debía estar para favorecer su viabilidad económica (por ejemplo, Secoinsa y Seat), y por otro lado, privatizaciones parciales de empresas rentables que únicamente perseguían recaudar recursos financieros (Gesa, Ence, Endesa o Repsol). Será con la Modernización del Sector Público Empresarial del Estado en el año 1996 cuando se empiece a privatizar de manera abierta y decidida, fijándose el marco bajo el que se realizaran las privatizaciones y el procedimiento de cada una de ellas. Se produce pues un cambio en la concepción del papel del Estado en la economía. Éste pasa de ser un “accionista” a un simple regulador de la actividad económica que trata de crear un entorno favorable para la competitividad.

Como exponíamos, las privatizaciones de los servicios públicos, comenzó en el país en 1989 y culminó con la transferencia al sector privado de numerosas empresas

productoras de bienes y prestadoras servicios que hasta entonces se encontraban en manos del Estado.

Concretamente en el año 1997 se privatizó el mercado eléctrico español siguiendo directivas europeas, habiendo sido modificado posteriormente. Así, la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, estableció nuevas normas comunes para completar el mercado interior de la electricidad, introduciendo modificaciones significativas en orden asegurar un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores.

En 1997 se liberalizaba el sector mediante la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico¹⁰ (como transposición de la Directiva 96/92/CE de 19 de diciembre de 1996¹¹) y la creación del Mercado eléctrico español.

En el ámbito de las telecomunicaciones, España se incorporó de forma tardía al proceso de liberalización. Estados Unidos y el Reino Unido fueron pioneros, y en la primera mitad de los noventa, la Unión Europea aprobó un nuevo marco regulador armonizado que consagraba la liberalización del conjunto de los mercados de telecomunicaciones de sus Estados miembros. En el caso español, la política de telecomunicaciones experimentó un giro sustancial en 1996 con una apuesta por el inicio inmediato del proceso de liberalización, existiendo una casi plena liberalización desde diciembre de 1998. Cabe destacar en este sentido la creación de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (abril de 1997) y, sobre todo, la aprobación de una nueva y plenamente liberalizadora "Ley General de Telecomunicaciones" en abril de 1998.

En el sector del petróleo, en 1996 se liberalizó el precio de los gasóleos y en 1998 se aprobó la ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos, que era la culminación del proceso de desmonopolización y liberalización de los carburantes líquidos, de forma que se eliminaron los límites máximos de precios que aún existían. Además, el Real Decreto Ley 15/1999 permitió introducir mayor competencia en el sector de la distribución al por menor. En el sector del gas, el Real decreto 1377/1996 garantizó el acceso de terceros a la red nacional de gaseoductos y a las plantas de regasificación susceptibles de alimentarla. Posteriormente, el Real Decreto Ley 6/1999 estableció como fecha límite para la liberalización plena el año 2008. También se ha abierto a la competencia el sector del agua y los servicios postales mediante la Ley de Aguas (1999) y la Ley 24/1998, respectivamente.

5.2. Privatización funcional.

Hoy en día estamos asistiendo a un abuso en la formulas de gestion indirecta de servicios públicos, que esta llevando a la opinión pública a denominarla privatizaciones, no estando como exponíamos al principio del presente capitulo ante una privatización material, sino funcional; dicha diferenciación es importante, porque en la gestión indirecta la propiedad, el control y la dirección sigue siendo de la Administración, produciéndose solo el cambio en la manera de gestionar para mejorar (en teoría) los servicios públicos, siendo la Administración la que impone, en los Pliegos de Condiciones Particulares y de Prescripciones Técnicas del Concurso Público, las condiciones de la gestión del servicio (derechos y deberes de los usuarios, niveles de calidad y cobertura de mínimos del servicio, tarifas, horarios, contrataciones...), y la empresa privada adjudicataria la que gestiona ese servicio público cumpliendo estrictamente esas condiciones públicas pactadas.

Lejos de lo que se piensa o se nos dice, la colaboración público-privada en la gestión de servicios públicos, dadas las circunstancias socio-económicas actuales, entendemos que puede convertirse en un instrumento de dinamización eficiente del sistema público. Los mecanismos de colaboración público-privada se revelan especialmente idóneos para la construcción y explotación de infraestructuras complejas y costosas o para la prestación de servicios públicos cuando, existiendo una demanda ciudadana, la Administración carece de recursos.

La Administración Pública ha de garantizar que el servicio público se preste y que el prestador sea capaz de hacerlo de la forma más eficaz y eficiente, es decir, de la mejor manera y a un mejor precio. Esa es la única forma que tiene la administración para poder dar el servicio al máximo de usuarios con calidad. La cuestión será determinar quién es el prestador más eficaz y eficiente (quién hace lo mismo al mejor precio).

Existen varios tipos de razones que justifican estos instrumentos de colaboración pública-privada. Los motivos técnicos aluden a la superioridad técnica, valga la redundancia, de los agentes privados para afrontar todo el proceso de la dotación de las infraestructuras e incluso el de la prestación de servicios. Razones presupuestarias, en la medida en que el recurso a estas modalidades de colaboración público-privada permite seguir satisfaciendo las necesidades de ampliación y mejora de las infraestructuras o la prestación de servicios sociales, como factor de crecimiento económico en España, evitando tanto los problemas tradicionales de insuficiencia de recursos, agudizados en esta época de recesión, como de las restricciones presupuestarias y las exigencias de contención del déficit público (los tristemente famosos “recortes”), ya que es connatural

a estas fórmulas que la financiación la soporte el agente privado. Y, por último, razones ideológicas, dado que mediante esta fórmula de colaboración la repercusión del coste de la construcción de la infraestructura se extiende hasta las generaciones futuras, que también van a disfrutar de la misma.

Nos encontramos ante un escenario de oportunidades de entendimiento sinérgico entre las Administraciones Públicas, propietarias de suelo e infraestructuras, y de la iniciativa privada, con recursos de inversión y con un conocimiento y preparación suficiente para garantizar la viabilidad y sostenibilidad de la oferta de esos servicios públicos, sinergias que han de ser aprovechadas, sobre todo en los tiempos actuales de crisis económica.

La concesión administrativa es la figura cada vez más utilizada por la Administración para la gestión externalizada o indirecta de los servicios públicos.

Las empresas, deben de ser muy conscientes del “negocio” al que optan, y del esfuerzo que va a requerir. Han estudiar bien las condiciones impuestas por la Administración y no concurrir a no ser que se garantice la rentabilidad mínima del dinero invertido. Y evitar, lo que en algunas ocasiones ha ocurrido, la empresa concesionaria ha tenido que solicitar al ayuntamiento de turno la anulación del contrato porque les estaba suponiendo pérdidas insostenibles.

Es muy difícil que la gestión directa a través de la Administración sea viable y responda a los principios de sostenibilidad, de economía, de eficacia y de eficiencia, porque la gestión se encomienda a personas elegidas sin una mínima selección pública, y eso dentro de una administración debe ser inadmisibles.

En el marco actual de crisis, las acciones que se adopten en el ámbito público deben incidir en varios sentidos:

- Acciones encaminadas a reducir los gastos y aumentar los ingresos.
- Plan de comunicación adecuado: la importancia de explicar de manera clara lo que se pretende, a todas las partes implicadas:
 - a) oposición política
 - b) empleados y sindicatos
 - c) colectivos empresariales
 - d) ciudadanos (los siempre olvidados)

En cuanto al sector privado, prestador de servicios públicos, debe:

- Abandonar la perspectiva del negocio a corto plazo.
- Considerar al ciudadano como “cliente” pero también al “cliente” como ciudadano.
- Profesionalizar el sector.

Pero recordemos, que esta última referencia que apoyamos, no es una privatización de servicios, sino una exteriorización o gestión indirecta de los mismos, fórmula adecuada y compatibilizada con nuestro Estado del Bienestar.

Tradicionalmente, se ha juzgado el Estado del bienestar por su incidencia sobre el objetivo de lograr una mayor equidad distributiva, y no sobre el objetivo de eficiencia económica. Más aún, la eficiencia se ha considerado un objetivo contradictorio con la equidad distributiva y, por consiguiente, se ha destacado el impacto negativo que tiene las actuaciones del Estado de bienestar sobre la eficiencia económica. Desde la década de los setenta, pero si cabe con mayor intensidad en la década de los ochenta, empezó a producirse un debate sobre los efectos negativos que tiene el Estado de bienestar sobre la eficiencia económica. No es ajena a este debate la importancia que ha adquirido en los últimos años el problema de la competitividad en todas las economías capitalistas. La progresiva globalización e internacionalización de las economías obliga a reformular y adaptar el tradicional Estado de bienestar a las nuevas restricciones económicas.

Este nuevo escenario económico internacional en el que se desenvuelven los actuales Estados del Bienestar, caracterizado básicamente por las manifestaciones de la globalización económica y por las consecuencias de la crisis en los esquemas de regulación económica y en los sistemas productivos, ha condicionado sobremanera la evolución reciente de aquéllos. La mayor exposición a la competencia exterior, los planteamientos transnacionales de las empresas o el abandono de las políticas de demanda keynesianas practicadas en un entorno nacional configuran el contexto de referencia en el que los Estados del bienestar atienden las actuales necesidades económicas y sociales de sus ciudadanos.

El problema básico podría expresarse así: ¿cómo reducir el déficit público, si se dispone de menos ingresos, y aumenta la presión sobre el gasto?

En el ámbito de la Administración pública, como exponíamos en apartados anteriores, podemos encontrarnos con dos posibilidades de provisión:

- la producción pública de los servicios.

- y la producción privada de los mismos, aún con titularidad pública del servicio.

Es el primero de estos dos supuestos el más frecuente en los Estados de bienestar, y también aquel que ofrece más posibilidades de cara a la identificación de mejoras potenciales de eficiencia en la gestión pública.

Pero la segunda fórmula, pretende mejorar la eficiencia de la gestión pública, recurriendo a la producción privada de los bienes o servicios, aunque manteniendo la titularidad pública de la actividad; es decir, la Administración no asume directamente la producción del bien o servicio (como venía haciendo anteriormente), pero se responsabiliza de las condiciones de suministro y se compromete a financiar el coste de la actividad.

Las distintas fórmulas practicables de esta medida son reconducidas por Dossena a la categoría de la privatización funcional (NO MATERIAL), básicamente, estamos ante una concesión, donde se determinan ciertas condiciones de provisión del bien o servicio (cantidad suministrada, nivel de calidad, precio del producto, ámbito de la prestación, plazo de la concesión,...), que fuerzan al concesionario a una determinada conducta que satisface -a juicio de la Administración- unos parámetros establecidos.

Numerosos analistas consideran que estas fórmulas proporcionan un balance en su aplicación satisfactorio explicándolo por las ventajas de la participación de un operador privado (mayor capacidad innovativa, amenaza de no renovación de la concesión), que compensarían ampliamente los riesgos de la misma (necesidad de obtener un excedente para el productor privado, peores condiciones de trabajo, dependencia del dicho productor), y siendo esta fórmula la que consigue compatibilizar la reducción del gasto público sin merma de los servicios del Estado del Bienestar.

5.3. Privatización formal.

En cuanto a la privatización formal, nos remitimos a lo dispuesto en las formas de gestión directa de la Administración expuesta en anteriores capítulos, no sin antes indicar que la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, plantea una reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional en el ámbito de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, con el objetivo de reducir el número de empresas públicas y controlar el gasto público.

En 1985 existían 360 unidades empresariales públicas, mientras que en 2010 ese número, por lo que afecta a entidades dependientes del Estado o de las Comunidades Autónomas, eran 1611, de las cuales las Comunidades Autónomas sumaban 1201. Por

su parte, las entidades locales tenían –según esos datos– un total de 1066, el peso de tales empresas públicas sobre la actividad económica se había reducido notablemente desde 1985 a 2007, produciéndose un descenso porcentual de 7 puntos¹³. Muchas más empresas públicas, pero menos incidencia sobre la actividad económica. La razón es muy obvia: tales nuevas entidades se han volcado preferentemente en la prestación de servicios públicos y no en actividades empresariales propiamente dichas.

Hay también razones adicionales que explican este proceso, una muy importante ha sido la pretensión inicial de eludir las limitaciones al endeudamiento a través de la creación de tales empresas situándolas fuera de los balances, mediante lo que se ha denominado como “el efecto desplazamiento”¹⁴.

Sin embargo, la aprobación del nuevo marco normativo de estabilidad presupuestaria, Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril (previa determinación en el art. 135 de la CE de la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas) delimita subjetivamente el ámbito de aplicación a través de la configuración de la noción de “Administración Pública” definida por el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales. No se trata de entrar a analizar cuáles son las consecuencias de esta delimitación, pero aquellas empresas públicas que se consideren ente dependiente y se engloben en lo que se ha denominado como “Grupo Local” (Farfán Pérez) a efectos contables constituyen “una unidad institucional que no puede dividirse”. Se trataría de aquellas empresas públicas que no se financien con ingresos de mercado, en los términos estrictos que están recogidos en la interpretación que se le ha dado a esa noción en el SCE.

La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local entre la regulación de la reestructuración del sector público local, y la reordenación de competencias locales que predica, afecta de forma directa e indirectamente al futuro existencial de un buen número de las sociedades mercantiles.

Con la citada Ley pretende reordenar, como exponíamos, todo el sistema competencial de los municipios, suprimiéndose competencias impropias. No obstante, se podrán mantener dichas competencias y actividades económicas, siempre que quede acreditado que no exista riesgo financiero con dicha competencia y que se garantice la sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria.

¹³ Rosario MARTÍNEZ MANZANERO, Revista *Presupuesto y Gasto Público*, 2010.

¹⁴ R. FERNÁNDEZ LLERA, “Empresas públicas y endeudamiento fuera de balance”, *Auditoría Pública* núm. 35.

Se incluye también como novedad a destacar el proceso de evaluación de todos los servicios municipales, art. 116 ter LBRL que obliga a establecer el coste efectivo de los servicios que se prestan por todas las Entidades Locales.

Igualmente, cabe subrayar la coordinación y evaluación de la prestación de servicios mínimos municipales por las Diputaciones Provinciales en municipios con población inferior a 20.000 habitantes, ya que en primer lugar, se establece la prestación directa del servicio por la Diputación o mediante fórmulas de gestión compartidas a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas (aspecto especialmente dudoso si tenemos en cuenta la limitación prevista en la disposición adicional novena de la LBRL relativa al redimensionamiento del sector público local), salvo que el Ayuntamiento justifique que puede prestar el servicio con un coste menor que el derivado de la fórmula propuesta por la Diputación, art. 26. 2 de la Ley de Bases.

Son diversas las críticas de éste precepto, ya que se está determinando la prestación de servicios mínimos municipales en función del “menor coste”, cuando quizás hubiese sido más lógico utilizar los términos de la Ley 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, es decir determinar la prestación del servicio en función del incumplimiento o no que tenga el Ayuntamiento de la estabilidad presupuestaria y regla del gasto.

Por tanto, no cabe duda que la afectación del modelo final por el que apuesta la Ley tendrá, serias y profundas consecuencias (mayores o menores, según los casos) sobre “la planta actual de empresas públicas locales”, puesto que a poca intensidad que tenga ese proceso de reordenación de competencias municipales implicará con toda probabilidad un ajuste severo de entes instrumentales que tendrán que desaparecer de la escena institucional, con todos los problemas que supone la disolución y liquidación de tales entidades.

La Ley como exponíamos, tiene por objeto el redimensionamiento del sector público local. Ya en la exposición de motivos se prevé el alcance real de las medidas, se trata de:

- a) Impedir que entidades locales que tengan en marcha un plan de ajuste o un plan de saneamiento económico-financiero puedan participar o constituir entidades instrumentales.
- b) A las entidades instrumentales ya existentes que se encuentren en situación deficitaria, se les exige su saneamiento y, si éste no se produce, se deberá de proceder a su disolución.

- c) Vedar la constitución o participación, así como el mantenimiento, de las sociedades mercantiles cabecera (u otro tipo de entes instrumentales) de holdings empresariales de sector público local en aquellos casos en que tales sociedades cabecera a efectos del SEC tengan asimismo la condición de Administración Pública.

En suma, no se puede ocultar que el diseño del proceso de reestructuración del sector público empresarial local es complejo y dilatado en el tiempo, pero que sí o sí supondrá un redimensionamiento del sector público, evitando duplicidades administrativas. No obstante y mientras este proceso llega, las empresas públicas pueden apostar por realizar reformas en sus estructuras organizativas, de personal, para conseguir ser eficientes en la producción de bienes y servicios, y conseguir la deseada sostenibilidad financiera, ya que consiguiendo esto, podrán verse salvadas por las nuevas medidas de recorte empresarial público.

En todo caso, estamos ante un importante reto para la organización de las Administraciones Públicas.

6. CONCLUSIONES: Luces y sombras.

El derecho administrativo fue definido como el derecho de los servicios públicos, lo que nos hace pensar sobre la magnitud y dimensión de esta terminología, de ahí que este trabajo sólo pretenda ser una fina línea de posibles planteamientos e ideas surgidas a raíz de la continua crítica y descontento generalizado de los servicios públicos.

Nuestro derecho clásico, donde el Estado asumía todos los servicios y esos servicios eran prestados de forma totalmente pública - nuestro pleno Estado del Bienestar-, vino a chocar con el derecho Europeo, como consecuencia de nuestra incorporación en la Comunidad Económica Europea, lo que hizo que nos tuviéramos que adaptar a las reglas comunitarias, pasando de un concepto de servicio público, donde la *publicatio* de la actividad era la esencia del mismo, a un “servicio público de interés general”, donde lo importante es la regulación que hace el Estado para asegurar la prestación de servicios esenciales y la libre prestación del resto, por tanto inclinándose por una función meramente garantista y regulatoria de las Administraciones Públicas, y en el ámbito de una previa publicación, por una función de apoyo a la colaboración público – privada a la hora de gestionar los servicios públicos.

Hemos asistido a un proceloso devenir en la evolución del servicio público, pasando el Estado de ser un propietario a ser un simple regulador para crear un entorno favorable, y todo ello partiendo no sólo de la propia incorporación de España en la Comunidad Económica Europea, sino de otro factor principal, y es que los servicios públicos que se prestaban antes no son los mismos que se prestan ahora.

En nuestro sistema constitucional, el servicio público constituye un elemento esencial en la configuración de nuestro Estado como un Estado social (artículo 1.1 de la Constitución), ese papel central de nuestro estado como un Estado Social, no significa, en modo alguno, que no pueda y deba replantearse su concepción más tradicional, lo que tampoco supone que renunciemos a las exigencias del Estado social, sino una adaptación de estas a las nuevas circunstancias.

Nuestra sociedad de hoy día, es una sociedad mucho más compleja, mas especializada, concedora de sus derechos, reivindicativa, y eso no nos puede conllevar a que el Estado sea el prestador de todos los servicios que el ciudadano reclama y mucho menos que sea un servicio prestado directamente por el Estado, porque el gasto público sencillamente, lo haría inviable.

El Estado tiene que adaptarse a las nuevas circunstancias, a la posibilidad de abrir al mercado prestaciones de servicios, porque pueden prestarlos de forma incluso mejor que si la gestión fuera pública, y ello, sin olvidar las exigencias actuales, de prestación eficiente, eficaz, sostenibilidad financiera, estabilidad presupuestaria y un sinnúmero de exigencias; por todo ello, es lógico, sensato y comprensible que hayamos evolucionado a un servicio público de interés general.

Ahora bien, dicho esto, todo no es admisible, hay que diferenciar los sectores y servicios que son más especializados, complejos y técnicos, donde el sector privado puede hacerlo mejor; de los servicios, de carácter más social, que no se puede dejar que caigan en manos y propiedad del sector privado, los servicios asistenciales, sanitarios, y ellos porque además es garantía de un Estado Social, como propugna nuestra Constitución, por tanto nunca debería admitirse una privatización material de los mismos.

Si bien, la gestión privada de esos servicios de carácter social, asistencial, pero bajo dirección y titularidad de la Administración -privatización funcional- está plenamente asentada en nuestro País, y quizás esa generalidad usada en la gestión indirecta es lo que ha dado lugar, a que muchos se planteen si nos encontramos ante una merma del Estado del Bienestar.

Entendemos que el Estado del Bienestar no debe entenderse como sinónimo de prestación pública, sino de garantía pública; de ahí que ese uso generalizado de esta forma de gestión de servicios indirecta, pueda entenderse bien compatibilizada con los principios del Estado del Bienestar.

Sí queremos unos servicios de calidad, y al menor coste, quizás la fórmula de la gestión indirecta es una buena solución, ya que hay una importante diferencia entre las empresas públicas y las empresas privadas, las primeras se ven influenciadas en su modo de actuar y en sus resultados por la consecución de fines políticos en detrimento de los económicos; las empresas públicas tiene mayor predisposición a aceptar riesgos y una menor libertad para tomar decisiones, en comparación con las empresas controladas por inversores externos, y ello porque deben justificar sus decisiones frente a los empleados o a una jerarquía estatal. Igualmente es necesario, fomentar la colaboración con el sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras con el fin de hacer posible su puesta en funcionamiento y de incorporar a la gestión pública las técnicas y metodologías más eficientes en el mercado.

Igualmente, el recurso a formas de gestión indirecta de los servicios, parece constituir una buena vía de escape para racionalizar el gasto público, para buscar el equilibrio fiscal que siempre debe primar.

Con estas formas de gestión, y siendo quizás más característico la concesión administrativa, la Administración suple su carencia de recursos, recurriendo a la iniciativa privada, que con su capital y esfuerzo, ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquélla y percibiendo de los usuarios unos ingresos por la utilización del servicio que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial, y por tanto prestar el servicio público manteniendo el equilibrio fiscal y garantizando la sostenibilidad del conjunto de los servicios que definen nuestro Estado de Bienestar

Por todos estos factores que influyen, es bueno que entren en el juego de la prestación del servicio las empresas privadas pero siempre bajo el control y dirección de las normas establecidas por la Administración, para estar siempre garantizado el interés público, y ante la cuestión de si estamos ante simples medidas coyunturales para hacer frente al déficit financiero o si en el fondo estamos asistiendo a una transformación de uno de los pilares básicos del sistema, como es el paso de una provisión mayoritariamente pública de los servicios a una provisión mayoritariamente privada de los mismos, entendemos que este nuevo paso a un mayor aumento de privatizaciones

funcionales de servicios no afecta a los pilares básicos del sistema, puesto que dichos pilares siguen y deben seguir siendo públicos.

El fin primordial que justifica un Estado Social, es asegurar a los ciudadanos un nivel de prestación mínima en ciertos servicios básicos para garantizar su bienestar de manera eficiente, de modo que esos niveles no se resientan en el actual contexto de restricciones presupuestarias. El medio, que es el servicio público debe servir éste fin.

Por último, en cuanto a la estructura empresarial pública, como se ha ido exponiendo a lo largo del trabajo, es clara la conclusión a la que llegamos, la libertad con la que las Administraciones Públicas han creado empresas públicas ha generado un efecto reverso, y es que no cabe la menor duda de que las empresas públicas han ido creciendo sin un plan determinado, muchas no han tenido por objeto una actividad empresarial, sino un gestión de un servicio público; y todo ello, dentro del margen de la legalidad (siempre que no “se ejerza ejercicio de autoridad”). Por tanto esa libertad en vez de beneficiarnos, nos ha perjudicado, se ha conseguido un efecto no deseado por la regulación; si bien dicho paradigma de gestión, parece que tiene ya control con la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ya que se pretende controlar la necesidad de dicha forma de gestión, adoptándose un importante papel en el redimensionamiento de los entes instrumentales locales, y por tanto, de las sociedades mercantiles locales, reordenando competencias locales, analizando y evaluando la prestación de servicios públicos, etc.

A este respecto, nos quedamos con la frase de Peter Drucker *“La mejor estructura no garantizará los resultados ni el rendimiento. Pero la estructura equivocada es una garantía de fracaso”*.

7. BIBLIOGRAFÍA.

ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, en la obra *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, 3 vols., Ed. Complutense, Madrid, 1992, pág. 1330;

BASSOLS COMA, Martín: “Constitución y sistema económico” Ed. Tecnos, 1985.

- “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949.

- “Ensayo de la actividad del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* núm. 3, 1950.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Revista Justicia Administrativa*, núm.18, 2003.

FERNÁNDEZ LLERA, R “Empresas públicas y endeudamiento fuera de balance”, *Auditoría Pública* núm. 35.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm.150, 1999.

GONZÁLEZ SEARA, L., “Las estructuras del bienestar en Europa, Escuela Libre” Madrid: Editorial-Civitas, 2000, págs. 449 y ss.

GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en *REDA*, núm.29, 1981 y “El concepto de servicio público en Derecho español”, *RAP*, núm.135, 1994.

MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la nueva Administración económica”, en la obra dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L IUSTEL.

MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: “Derecho de acceso a los servicios de interés económico general” en *Estudios de Derecho Público Económico*. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo” ed. Civitas, 2003.

MONTOYA MARTÍN, E., “Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales: incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del

sector público instrumental”, en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, págs. 167 a 196.

MONTOYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, *Estructuras administrativas y racionalización el gasto. VII Congreso AEPDA*, Tarragona, 10-11 de febrero de 2012.

MORELL OCAÑA, L. “La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”. *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

ORTEGA JIMÉNEZ, I., “La racionalización del sector público instrumental local”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 152, 2012, págs. 115 a 133.

PARRAMUÑOZ, J.F. *El servicio público local, ¿una categoría a extinguir?*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005.

SÁNCHEZ CARO, J., “Nuevas formas de gestión: Las razones de una Ley”. *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 1, núm. 1, enero- marzo, 1997.

STC 37/1981, de 16 de noviembre.

STC 225/1993, de 8 de julio.

STC 227/1993, de 9 de julio.

SOUVIRON MORENILLA, J.M., “La actividad de la Administración y el servicio público”, Granada: Ed. Comares, 1998.

VILLAR ROJAS, F.J., “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: Fundaciones”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 1, 2000.