

**LOS SERVICIOS LOCALES EN LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE
ANDALUCÍA**

Francisca Villalba Pérez

LOS SERVICIOS LOCALES EN LA LEY DE AUTONOMIA LOCAL DE ANDALUCIA (LEY 5/2010, DE 11 DE JUNIO)

Francisca Villalba Pérez
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Sumario: I. Introducción.- II. Necesaria adaptación de los servicios locales al contexto actual.- III. El Derecho comunitario como factor determinante de la evolución de los servicios locales.- IV. Los servicios locales en la Ley de Autonomía Local de Andalucía.- V. Servicios locales de interés general en régimen reglamentado.- 1.5 Acceso al servicio reglamentado por el prestatario.- 2.5 Control del servicio reglamentado.- 3.5 Responsabilidad del servicio reglamentado VI. Servicios públicos locales.- 1.6 Modalidades de gestión de los servicios públicos locales: a) gestión directa; b) gestión indirecta.- VII. Iniciativa económica local.

RESUMEN.: En las últimas décadas los servicios públicos han sufrido cambios sustantivos derivados de las transformaciones económicas y sociales. Esta evolución, junto a la de otras instituciones jurídico-administrativas, ha sido determinante para que una parte de la doctrina europea tome conciencia de la necesidad de su revisión y actualización. Sin embargo, en el ámbito local español ha existido hasta ahora cierta resistencia para abordar la regulación de los servicios locales en un mercado libre y competitivo. No obstante, el alcance de la transformación y su aplicación por la jurisprudencia comunitaria han influido sobre la conveniencia de una nueva regulación. La Ley de Autonomía Local de Andalucía ha sido pionera en ello. Este trabajo analiza dicha regulación resaltando la novedad que supone para el ámbito local español.

PALABRAS CLAVE: Factores de evolución.- Servicio local.- Servicio de interés general.- Servicio público local.

ABSTRACT: In the last decades, public services have undergone fundamental changes as a result of economic and social transformations. This evolution, along with that of other legal and administrative institutions, has been a determining factor in increasing awareness of the need to revise and update several aspects of the European model. Nonetheless, there has always been a certain imperviousness within the Spanish local sphere while dealing with the controversial regulation of public services in a free and competitive market. However, the scope of this transformation and its application by community case law have influenced the advisability of a new regulation. The Local Autonomy Law of Andalusia has pioneered it. This paper analyzes such rules highlighting the novelty for the local Spanish.

KEYWORDS: Evolution factors.- local service.- local service of general interest.- local utility.

I. Introducción.

Desde hace algún tiempo y desde distintos ámbitos sectoriales se viene reclamando la adopción de sistemas organizativos y de gestión que permitan superar el clásico modelo burocrático. Las entidades locales no han sido ajenas a esta demanda de reformas estructurales y procedimentales. Este nuevo escenario intenta conseguir una gestión pública local eficaz reforzando las exigencias de responsabilidad como garantía de los destinatarios de la actuación administrativa¹.

Sin embargo, en el ámbito local español ha existido hasta ahora cierta resistencia a introducir el amplio instrumental conceptual que las autoridades comunitarias han venido elaborando sobre los servicios públicos en un mercado libre y competitivo². La legislación nacional de régimen local³ no ha incorporado todavía la interpretación objetiva-funcional⁴ que actualmente informa el contenido de los servicios locales⁵.

Las razones de esta falta de renovación las podemos encontrar en la amplia concepción del servicio público que recoge la legislación básica sobre régimen local (artículo 85.1 LBRL); en una cierta prevención del legislador español ante los momentos de transición que actualmente atraviesa la Unión Europea en busca de un equilibrio entre la aplicación de la normativa sobre competencia en las actividades económicas y el derecho de los ciudadanos a recibir servicios de calidad presididos por los principios de solidaridad e igualdad⁶; y en la limitada implicación del ámbito

¹ Esta orientación en la gestión del servicio exige la implantación de técnicas que permitan:

- a) Una mayor concreción de los objetivos previstos y una evaluación de los resultados obtenidos.
- b) Conocer y abordar las necesidades actuales y futuras de los ciudadanos con una visión más pluralista

- a) Una mayor concreción de los objetivos previstos y una evaluación de los resultados obtenidos.
- b) Conocer y abordar las necesidades actuales y futuras de los ciudadanos con una visión más pluralista en la prestación, admitiendo proveedores públicos; privados mercantiles; privados sin ánimo de lucro; o incluso la familia como posibles protagonistas de la gestión del servicio (Ley de Dependencia).
- c) La introducción de estándares de calidad (*new public management*) para dotar de mayor eficacia, eficiencia y responsabilidad a la gestión de los recursos económicos y humanos.
- d) Un marco normativo conciso y preciso que proporcione estabilidad al servicio (regularidad y continuidad), seguridad a los ciudadanos y flexibilidad y agilidad a las empresas y al sector económico.

² Así lo señala MARTÍNEZ PALLARÉS (2005), "Los servicios públicos en el Libro Blanco para la Reforma del Régimen Local", *Revista de Estudios Locales*, págs. 173-183.

³ Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local (LBRL)

⁴ El concepto objetivo funcional de servicio público se centra más en el contenido de la actividad que en el sujeto que lo presta, y trata de someter la gestión del servicio a unos determinados principios que su regulación configura como verdaderas obligaciones de servicio público.

⁵ La doctrina no se ha pronunciado de forma unánime sobre la necesidad de esta incorporación conceptual. Algunos autores han señalado que convendría adaptar el régimen jurídico de los servicios públicos locales al nuevo referente dogmático-normativo construido por el Derecho Comunitario. Otros, por el contrario, han pretendido demostrar que no hace falta acudir a nuevas categorías acuñadas en otros sistemas normativos, sino que lo importante es determinar con precisión el contexto normativo en el que se desarrollan las actividades públicas.

⁶ Esta recomendación se recogía en el Dictamen del Comité de las Regiones de 16 de enero de 1997 sobre *el papel de las autoridades locales en los servicios públicos*, DOCE C 116 (1997). En dicho informe el Comité se opone a que se aprueben Directivas que liberalicen ámbitos como el agua y los servicios de basuras, en los que los entes locales desempeñan un papel fundamental, porque considera que

local en la prestación de servicios que afectan al comercio intracomunitario⁷. A ello hay que añadir que la delimitación de la noción de servicios de interés general y, dentro de ellos, los de interés económico, es una cuestión pendiente de armonización a nivel comunitario que, como ha señalado Montoya Martín (2010: 151), produce cierta inseguridad jurídica. Las decisiones adoptadas en este ámbito quedan pendientes caso por caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

A pesar de ello, el alcance de la transformación del concepto dogmático de servicio público caracterizado por las notas de continuidad-regularidad, igualdad de acceso y trato, universalidad, adecuación al progreso, control de precios y estándares de calidad, así como la aplicación por la jurisprudencia comunitaria de normas sobre competencia a la concesión de ayudas públicas a servicios prestados en el ámbito local (STJUE *Altmark Trans* de 24 de julio de 2003⁸; continuada posteriormente en la STJCE *Parking Brixen GMBH* de 13 de octubre de 2005, entre otras), fueron determinantes para que el *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local* de 2005 aconsejara al legislador estatal la conveniencia de introducir una nueva regulación de los servicios locales⁹ adaptada a los planteamientos comunitarios, a pesar de la escasa incidencia que, en algunos casos, pueda tener la normativa sobre competencia comunitaria en el ámbito local.

En este contexto, en el año 2005, el Ministerio de Administraciones Públicas elaboró un anteproyecto de ley básica estatal sobre el Gobierno y la Administración Local que incorporaba las reflexiones y recomendaciones del citado *Libro Blanco*, pero la iniciativa legislativa no llegó a prosperar¹⁰. Hemos tenido que esperar al año 2010

la Unión Europea tiene competencias para armonizar las normas de calidad y los principios económicos de estos servicios, si pretende lograr mayor eficacia y asegurar la protección del medio ambiente (*Dictamen del Comité de las Regiones al Libro Verde sobre los servicios de interés general*, DO C-2004/C73/7, de 23 de marzo de 2004, apartado 2.7.3).

⁷ Así lo señala MARTINEZ PALLARÉS (2005), “Los servicios públicos en el Libro Blanco para la Reforma del Régimen Local”, op., cit., pág. 173; *Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés económico general* de 19 de enero de 2001, DOCE número 17, Serie C.

⁸ En la citada sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acepta la financiación pública de empresas que prestan servicios públicos cuando dicha financiación se limite a compensar el coste derivado de la implantación de ciertas actividades o prestaciones que en realidad son obligaciones propias del servicio público y suponen unas condiciones desfavorables desde una perspectiva del mercado. De este planteamiento jurisprudencial se desprende que en el caso enjuiciado (servicio de transporte urbano) la concesión de la ayuda o beneficio público no proporcionaba ventaja efectiva alguna a la empresa beneficiaria (asunto *Altmark Trans*, C-280/2000). Para ello el tribunal exige una relación directa y manifiesta entre la financiación pública y determinadas obligaciones de servicio público claramente definidas.

⁹ El Libro Blanco propone nuevas funciones reguladoras, de control y supervisión de las autoridades locales sobre las actividades económicas y prestacionales.

¹⁰ El anteproyecto consideraba como servicios locales de interés general aquellas actividades que prestan y regulan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y aquellas otras que dichas entidades puedan realizar o regular a favor de los ciudadanos, bajo la habilitación legal de la cláusula de Estado social establecida en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución española. Esta categoría unitaria de servicios locales de interés general incluía a su vez dos subcategorías: a) servicio público local, cuando la propia entidad local realiza, directa o indirectamente, la actividad objeto de la prestación; b) servicio local reglamentado, cuando la actividad objeto de la prestación es realizada por los particulares o por

para que, en este caso, el legislador autonómico andaluz introduzca en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante LAULA)¹¹ la categoría unitaria de “servicio local de interés general”.

Tema que nos proponemos analizar en este trabajo. Para ello, centraremos nuestra atención en una primera parte en la necesaria adaptación de los servicios locales al contexto económico y social actual. Para pasar después a estudiar el tratamiento y régimen jurídico que la LAULA realiza de los servicios locales, al incluir en este concepto a los servicios locales de interés general en régimen reglamentado y a los servicios públicos locales. En los que incidiremos posteriormente sobre sus distintas formas de gestión y prestación. Y finalizaremos con la necesaria distinción entre servicios locales de interés general y el ejercicio de actividades de iniciativa pública local en la economía.

II. Necesaria adaptación de los servicios locales al actual contexto.

No cabe duda que en las últimas décadas los servicios locales han sufrido cambios sustantivos derivados de las transformaciones económicas, jurídicas y sociales producidas en nuestra sociedad¹².

Hasta hace poco tiempo las autoridades locales se implicaban poco en el desarrollo económico y social de sus territorios, eran otras Administraciones las llamadas a fomentarlo. Sin embargo, el cambio de modelo económico producido a final de los años

organismos públicos, distintos al que tiene atribuida la competencia, y está sometida mediante ordenanza local a obligaciones específicas de servicio público.

¹¹ La LAULA introduce el concepto de servicios locales de interés general y regula su organización y régimen jurídico en los artículos 26 a 44. La Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana, coetánea en el tiempo, mantiene la tradicional denominación de servicios públicos locales (artículos 34-37; 192-197) pero introduce medidas de fomento para las agrupaciones municipales mediante regímenes especiales, destacando como principal novedad la figura del régimen de gestión compartida, que dispensa a los pequeños municipios de la prestación de determinados servicios públicos y configura un modelo simplificado de organización y funcionamiento. También otorga a los municipios de la Comunidad Autónoma de Valencia la posibilidad de crear la figura del Defensor de los Vecinos y la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones (artículo 29) cuya finalidad es la defensa de los derechos de los vecinos y la eliminación de las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios municipales.

¹² Así lo refleja el Informe del Comité de las Regiones de la Unión Europea sobre *El papel de las autoridades locales y regionales en los servicios públicos* de 16 de enero de 1997 al incidir en el necesario equilibrio que debe existir entre el funcionamiento del mercado y el papel que ha de jugar el sector público europeo. El documento muestra que la creciente tendencia hacia la introducción de la competencia en la prestación de los servicios públicos locales de toda Europa, obliga a las autoridades locales a una necesaria separación de los conceptos de “regulación” en aras del interés general que representan estos servicios, y el de “provisión o prestación”, con la idea de proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos.

setenta del pasado siglo¹³, fomentado por la globalización, les obliga a repensar su papel exigiéndoles afrontar situaciones de urgente necesidad económica y social¹⁴.

Esta necesaria implicación de las autoridades locales en el desarrollo económico de sus territorios, se debe a que las intervenciones públicas comienzan a dirigirse a mejorar la competitividad de la empresa como motor del crecimiento económico, obligando a cada territorio a encontrar su propia vía de crecimiento descubriendo los factores que lo hacen más competitivo¹⁵. Y en esta situación, la Administración estatal empieza a mostrar un excesivo alejamiento y una falta de comprensión de la realidad productiva local, y son las autoridades locales las llamadas a tener un mayor protagonismo. Sin embargo, no disponen de la fuerza necesaria para desplegar en solitario el papel dinamizador y de liderazgo que les corresponde. Sus actuaciones dependen de múltiples factores que difícilmente pueden controlar sin la ayuda de otras instancias y sectores.

Por otra parte, la uniformidad y homogeneidad de las prestaciones públicas también sufren alteraciones debido a que las exigencias y reivindicaciones sociales se presentan cada vez de forma más individualizada, singularizada y personalizada. Ahí tenemos el ejemplo de las prestaciones derivadas de la Ley de Dependencia¹⁶, las reivindicaciones de los movimientos ecologistas, las específicas necesidades de las familias monoparentales, la atención a las víctimas de la violencia de género, las condiciones para el acceso a viviendas de protección oficial y social, etc. Esta exigencia de conocer la situación y las necesidades de los destinatarios del servicio potencia también el papel de las autoridades locales, que las convierte en las interlocutoras mejor posicionadas para ofrecer una gestión más eficaz y eficiente.

Pero a la vez, el proceso de globalización (tecnológica, económica, política, jurídica y cultural) impone dos fenómenos jurídico-territoriales inversos que afectan también al quehacer local. Por una parte, la anunciada descentralización de servicios, basada hasta ahora más en la improvisación y en la rentabilidad política que en una verdadera atribución formal de competencias¹⁷, obliga a las autoridades locales a asumir por la vía de los hechos y en condiciones económicas precarias el ejercicio de facto de un gran

¹³ A finales del siglo XX con la crisis del petróleo de 1973 se produce un resurgimiento del liberalismo económico que pone en cuestión el pacto existente entre la socialdemocracia y la democracia cristiana que había conformado la Europa de la posguerra, considerando que se había llegado demasiado lejos en el intervencionismo público.

¹⁴ Las entidades locales se ven obligadas a intervenir más allá del ejercicio estricto de sus competencias cuando ven afectada la actividad económica y productiva de sus territorios, por ejemplo, evitando cierres de empresas o atrayendo inversiones productivas.

¹⁵ La crisis económica y financiera surgida en agosto de 2007, en un primer momento, intensificó las intervenciones públicas directas en el ámbito económico. El Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, crea un Fondo Estatal de Inversión Pública en el Ámbito Local, destinado a paliar las altas tasas de desempleo con la mejora de dotaciones municipales.

¹⁶ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (Ley de Dependencia).

¹⁷ Hasta ahora el protagonismo de la descentralización en España se lo han llevado en exclusiva las Comunidades Autónomas. La FEMP viene reclamando reformas normativas que materialicen (también desde un punto de vista económico) la atribución de competencias que los municipios vienen prestando por la vía de los hechos. La renovación de los Estatutos de Autonomía postergaron de nuevo las necesidades del mundo local dejando aparcadas las reflexiones y el debate nacional sobre la denominada “segunda descentralización”.

número de actividades¹⁸. Por otra, nuestro compromiso supranacional con la Unión Europea, exige también a las autoridades locales acatar ciertas reglas que no habían sido las habituales en la prestación y gestión de sus servicios¹⁹. El Derecho comunitario no despliega sus competencias de forma aislada, requiere una cooperación funcional en clave vertical entre la Comisión y los Estados miembros y en clave horizontal entre todas las Administraciones nacionales. Y en este contexto las entidades locales han de asumir el papel que les corresponde.

Otra cuestión que actualmente afecta a los servicios públicos locales, en concreto a la gestión directa, es la cada vez más frecuente utilización por parte de la Administración de las encomiendas de gestión a entes instrumentales sometidos al Derecho privado. Se trata de las denominadas relaciones domésticas u operaciones internas más conocidas en el ámbito comunitario (al que deben su delimitación) como relaciones *in house*, en las que el sector privado aprecia una práctica restrictiva de la competencia, que posibilita sustraer del mercado ámbitos de actividad económica para ser prestados directamente por entes instrumentales sin haberse sometido a un proceso de licitación y selección previa²⁰.

Y a todo ello debemos añadir las fórmulas impulsadas por la Unión Europea sobre “gobernanza local” que tratan de aglutinar técnicas de negociación y asociación frente a las tradicionales fórmulas de dominación, imposición o autoridad²¹. Las Administraciones públicas se dan cuenta de que es más eficaz concertar que imponer, el acuerdo ha demostrado ser más eficaz que la rigidez de la imposición, por lo que necesitan aplicar procedimientos administrativos que terminen en acuerdos convencionales²². La tradicional supremacía y unilateralidad de la Administración se ve sustituida por el consenso y la bilateralidad.

¹⁸ las entidades locales vienen consumiendo hasta el 30% de sus recursos económicos en hacer frente a materias como la inmigración, asistencia social, seguridad ciudadana, y algunas cuestiones relativas a medio ambiente y salud alimentaria, todas ellas competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas. El Gobierno reconoció el problema y puso en marcha una Comisión formada por representantes estatales, autonómicos y locales con el objeto de evaluar las compensaciones necesarias. El tiempo dirá si hay voluntad real de solucionarlo.

¹⁹ Ha sido un tópico admitido, incluso por la Comisión europea que en el ámbito local las normas comunitarias sobre competencia no tenían la misma aplicación que en otros ámbitos territoriales. Sin embargo, el Derecho comunitario exige respeto a las reglas de la competencia con independencia de la calificación jurídica de la actividad y de su trascendencia económica o ámbito de actuación. No cabe, pues, entender que por la menor relevancia económica de la actuación local las normas comunitarias tienen una aplicación limitada en este ámbito.

²⁰ La jurisprudencia comunitaria utiliza el concepto de relaciones *in house* afirmando que se trata de encargos efectuados a uno de los propios servicios del organismo público, careciendo, por tanto, de relevancia para la contratación pública, dado que se trata de procedimientos administrativos puramente internos. Este argumento no es compartido, en muchos casos, por las empresas privadas que ven reducida su actividad contractual.

²¹ Véase el Documento de la OCDE de 4 de junio de 2003 sobre *políticas normativas en los países de la OCDE. Del intervencionismo a la gobernanza*. También, el Informe de la Unión Europea “*Estrategia 2020*”. Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2010.

²² El problema fundamental de las “relaciones administrativas concertadas” es garantizar la igualdad, objetividad, neutralidad y transparencia a la hora de actuar. El creciente fenómeno de las relaciones de cooperación no es una cuestión nueva, desde hace mucho tiempo existen convenios y contratos en determinados sectores: expropiaciones, sanidad, urbanismo, protección del medio ambiente. Sin embargo,

Sin olvidar la fuerte voluntad de las autoridades locales de hacer del desarrollo urbano sostenible un elemento clave y esencial de sus políticas²³.

Todas estas razones aconsejaban eliminar la confusión existente en los servicios locales dado que su evolución ha ido transformando poco a poco el concepto clásico subjetivo por la noción objetiva de servicio de interés general. Tampoco era aconsejable seguir con la transposición sin más al ámbito autonómico de la regulación básica estatal de los servicios públicos locales²⁴.

III. El Derecho comunitario como factor determinante de la evolución de los servicios locales.

La Unión Europea, con la finalidad de hacer realidad el mercado único europeo²⁵, utiliza el concepto de “servicio de interés económico general” en lugar del término “servicio público”. El concepto de servicio de interés económico general designa a aquellas actividades que las autoridades públicas consideran esenciales para los ciudadanos, por lo que han de ser prestadas mediante obligaciones específicas de servicio público²⁶, y podrán o no quedar sometidas a las reglas del mercado. *El Libro*

en la actualidad estas relaciones se han intensificado. La normativa contractual pública contempla el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y la Unión Europea en los últimos años ha decidido impulsar la cooperación entre el Estado y la sociedad, en campos como la normalización técnica, la autorregulación social, las telecomunicaciones, la energía, el desarrollo de nuevos alimentos y fármacos etc., movimientos todos ellos que remiten a fórmulas cooperativas. Y una Administración cooperativa no puede servirse exclusivamente de una organización jerárquica y piramidal, y de los medios de ejecución unilateral, sino que ha de articularse mediante sistemas basados en el consenso y el acuerdo, en modelos y estrategias para dialogar, negociar y convencer. Véase el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 30 de abril de 2004, COM (2004) 327.

²³ “Declaración de Copenhague” sobre el compromiso de la Unión Europea a favor de ciudades más verdes, innovadoras, integradoras y competitivas. Informe del Comité de las Regiones de la Unión Europea de 23 de marzo de 2012.

²⁴ MONTOYA MARTÍN E. (2010), “Algunas notas sobre la Ley de Autonomía Local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 24, pág. 151.

²⁵ La Comisión Europea recuerda la neutralidad económica del Tratado y trata de propiciar pautas de acción para compaginar el mercado y el interés general que han de ir implícitos en determinadas actividades que quedan sujetas a ciertas obligaciones de servicio público (*Los servicios de interés general en Europa*, DOCE de 26 de septiembre de 1996, Serie C nº 281). Cinco años después un segundo documento, complementario del anterior, denominado también *los servicios de interés general en Europa* (DOCE de 19 de enero de 2001, Serie C nº 17) insiste en los mismos planteamientos y analiza las modificaciones producidas durante ese tiempo. Posteriormente, la Comisión emitió un nuevo informe en la misma línea de los anteriores documentos (17 de octubre de 2001, COM 2001-Nº 598). Véase también el *Libro Blanco sobre los servicios de interés general* de 12 de mayo de 2004 (COM 2004- 374).

²⁶ El término “obligaciones de servicio público” ha sido definido por la Comisión en el *Libro Blanco sobre los servicios de interés general* de 12 de mayo de 2004 como aquellas obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público (COM 2004, Anexo I, punto 42). Estas obligaciones se imponen bien por ley o mediante contrato pero en ambos casos el prestador asume voluntariamente la carga que supone para la empresa. Son exigencias jurídicas impuestas a las empresas prestadoras de estos servicios a través de las cuales se establece y garantiza un régimen especial de accesibilidad universal, igualdad, calidad,

Verde de la Comisión europea sobre los servicios de interés general, de 21 de mayo de 2003, especifica que los términos “servicio de interés general” o “servicio económico de interés general” no deben confundirse con la expresión “servicio público”.

En los servicios de interés general prima el contenido de la actividad frente al sujeto prestador, y trata de compaginar el mercado y el interés colectivo rompiendo la identificación entre servicio público; titularidad pública; y régimen jurídico público. La misión de interés general encomendada a estos servicios puede ser satisfecha tanto por empresas públicas como por empresas privadas siempre que gocen de derechos exclusivos o especiales. Ahí está la clave y la diferencia entre el planteamiento tradicional de servicio público y el de servicio de interés general. Al quebrar esa identificación -servicio público/titularidad pública/régimen jurídico público- pierde consistencia el concepto orgánico-subjetivo que va integrándose cada vez más con criterios y elementos objetivos-funcionales. El contenido objetivo-funcional que preside el concepto de servicio de interés general engloba a todas las actividades que quedan sujetas a una mayor intervención que el resto de las actividades económicas porque en ellas subyace una lógica de interés general o público²⁷.

Las empresas encargadas de prestar estas actividades (servicios de interés general) pueden, si así lo justifica el contenido de la actividad, actuar fuera de las reglas de la competencia, dotadas de prerrogativas y con una posición de desigualdad en relación con las demás empresas privadas. El artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reconoce expresamente dicha posibilidad pero exige que estas excepciones estén justificadas en que la misión de interés general confiada a la entidad prestadora no pueda ser cumplida aplicando las normas comunitarias sobre libre competencia²⁸.

Los servicios de interés general han ido tomando mayor consistencia normativa en las reformas de los Tratados comunitarios. El Tratado de Ámsterdam (1997) dio un impulso a estos servicios equiparándolos a los valores comunes que la Unión Europea desea preservar, estableciendo que la Comunidad y los Estados miembros velarán para que

regularidad o ciertas mejoras en los precios, que permiten modular las condiciones de prestación que de otra forma se prestarían ateniéndose exclusivamente a los intereses mercantiles de las empresas que operan en los diferentes sectores, conforme a las reglas de la competencia y el mercado.

²⁷ Que obliga al regulador, prestador y supervisor a tener en cuenta los siguientes principios: a) igualdad de acceso y de trato al servicio; b) regularidad y continuidad en la prestación, adaptación a las técnicas de progreso y asequibilidad en el precio; c) que sea prestado en todo el territorio nacional con independencia de la ubicación del mismo; d) mediante procedimientos administrativos más flexibles que el procedimiento tradicional; e) supervisión y control de la gestión del servicio por autoridades administrativas independientes (Comisiones Reguladoras Nacionales).

²⁸ Determina el artículo 106.2 TFUE que “las empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas encomendada”. La Unión Europea desconoce el concepto de servicio público y afirma la neutralidad de la propiedad de los medios de producción, de tal modo que, salvo excepciones, sitúa a la empresa pública al mismo nivel que a la empresa privada.

estas actividades de interés general se lleven a cabo con arreglo a los principios y a las condiciones que le permitan cumplir su cometido.

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior de la Unión Europea, suprime trámites innecesarios en la prestación de los servicios económicos, impone una simplificación en su acceso, introduce procedimientos telemáticos que relacionen a los prestadores con las Administraciones públicas, y crea una ventanilla única donde el prestador y el usuario puedan realizar los trámites administrativos relativos a estos servicios²⁹.

El Tratado de Lisboa (2009), introduce mediante el artículo 14 TFUE un fundamento jurídico de aplicación general para el legislador comunitario en materia de servicios de interés económico general. Este fundamento es distinto al utilizado hasta ahora en relación al mercado interior en el que se basan muchas de las intervenciones comunitarias plasmadas en las directivas europeas sectoriales. El Tratado incorpora un protocolo anejo sobre los servicios de interés general³⁰ que sitúa a los derechos del usuario y sus preferencias en el centro del servicio. Este protocolo no es una simple declaración de los valores comunes de la Unión en relación a los servicios de interés general, sino instrucciones dirigidas a los Estados miembros. Por último, el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada al TFUE, reconoce que los servicios de interés económico general promueven la cohesión social y territorial de la Unión Europea.

En el mismo sentido pero sin carácter normativo la Estrategia 2020 de la Unión Europea, *hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (2010), propone potenciar un mercado único y abierto de servicios, reforzando la calidad, eficiencia y sostenibilidad de su prestación, con la finalidad de afianzar e impulsar una mayor cohesión social y territorial³¹.

El cambio producido hasta ahora no es sólo de denominación, sino de contenido: titularidad, regulación, régimen jurídico, formas de ejercer la responsabilidad por parte de los poderes públicos. Lo que implica una modificación sustancial del rol a desempeñar por la Administración local, que cuenta con funciones y potestades reguladoras, de ordenación, supervisión y de control, garantizando la universalidad, regularidad y calidad del servicio local.

²⁹ La Directiva de servicios impone que el ejercicio de una actividad de servicio no dependa de una autorización y control administrativo previo, sino que lo somete a una comunicación administrativa acompañada de una declaración responsable, por lo que el control será a posteriori, salvo las excepciones previstas. Véase la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modifica la Ley 30/1992, y la Ley de Bases de Régimen Local en este ámbito.

³⁰ El protocolo sobre los servicios de interés general establece la competencia exclusiva de los Estados miembros reconociendo el papel esencial y amplia capacidad discrecional de las autoridades nacionales, regionales y locales en relación a los servicios de interés general (artículo 2), para que su prestación esté lo más próxima posibles a las necesidades de los ciudadanos, a los que sitúa en el centro del servicio.

³¹ *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2010.

Sin embargo, a pesar de este fuerte impulso de la Unión Europea, queda pendiente la elaboración de un marco normativo a nivel comunitario que establezca las claves de la interacción servicios de interés general y libre competencia³². Regulación que proporcionaría a los distintos Estados miembros mayor seguridad jurídica en este ámbito.

IV. Los servicios locales en la Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA).

De acuerdo con el artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA), con el objetivo de garantizar la titularidad de las competencias municipales, la LAULA especifica las materias, precisa las funciones e identifica las potestades atribuidas a los municipios andaluces. Con el fin de soslayar la dificultad que supone delimitar materias compartidas³³. La Ley trata de llenar de contenido las competencias que conforman la autonomía local para evitar la remisión en blanco a las leyes sectoriales³⁴.

En el ámbito de las competencias de las entidades locales (artículo 8 y 9 LAULA), la Ley parte de una regla general: la plena libertad municipal para organizar sus servicios³⁵, sin más límites que la de preservar los servicios de carácter básico enumerados en el artículo 92.2.d del EAA³⁶ y la necesaria adecuación entre la forma jurídica elegida para prestarlo y el fin encomendado³⁷. El objetivo es claro: garantizar la titularidad de competencias propias municipales, concretando las funciones que corresponden a la Comunidad Autónoma y aquellas otras que corresponden a las entidades locales.

Con esta misión la LAULA dedica un capítulo completo a regular los servicios locales de interés general y su régimen jurídico (artículos 26 a 44), a los que define como aquellos servicios que prestan, regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de

³² MONTOYA MARTÍN E (2010), “Algunas notas sobre la Ley de Autonomía Local de Andalucía...”, op., cit., pág. 151.

³³ La LAULA acoge en su contenido muchas de las recomendaciones del Libro Blanco Local de 2005 en lo que se refiere a sus tres principales líneas temáticas: competencias, intermunicipalidad y sistema de gobierno local.

³⁴ El Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 827/2009, de 10 de diciembre de 2009, considera inviable la propuesta de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP) de incluir una cláusula general de competencias a favor de los municipios andaluces, debido a que el propio Estatuto de Autonomía de Andalucía encomienda a las leyes (incluyendo las sectoriales) la tarea de concretar el alcance de las competencias autonómicas.

³⁵ Determina el artículo 26.2 LAULA que las entidades locales, actuando de forma individual o asociada, tienen plena libertad para constituir, regular, modificar y suprimir los servicios locales de interés general de su competencia, de acuerdo con la Ley y el Derecho comunitario. La Ley facilita la asunción por las entidades locales de la organización de su territorio estableciendo fórmulas para ejercitar el derecho de asociación.

³⁶ Especifica el artículo 92.2.apartado d) del Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA) que son servicios públicos básicos: el abastecimiento de agua y el tratamiento de aguas residuales; el alumbrado público; la recogida y tratamiento de residuos; la limpieza viaria; la prevención y extinción de incendios; el transporte público de viajeros.

³⁷ Con el objetivo de evitar la huida del Derecho Administrativo mediante el socorrido uso de formas de personificación privada (sociedades mercantiles y fundaciones de interés público). No obstante, como luego tendremos ocasión de ver, esta loable intención del legislador desaparece por completo en la regulación que la LAULA establece para las agencias públicas empresariales y en régimen especial a las que dota de un complejo y abigarrado régimen jurídico.

sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de los ciudadanos para hacer efectivos los principios rectores contenidos en el EAA.

Esta categoría unitaria de “servicios locales de interés general”, se desglosa en dos subcategorías: *servicio público* y *servicio reglamentado*. El artículo 28 LAULA señala que las entidades locales pueden configurar los servicios locales de interés general como servicio público y como servicio reglamentado, delimitando que:

- a) Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local realiza de forma directa o mediante contrato administrativo la actividad objeto de la prestación.
- b) Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio reglamentado cuando la actividad 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 general³⁸.

Ambas subcategorías de servicios quedan sometidas a los siguientes principios:

- Universalidad;
- Igualdad y no discriminación;
- Continuidad y regularidad;
- Precio adecuado a los costes del servicio;
- Objetividad y transparencia en la actuación administrativa;
- Transparencia financiera en la gestión;
- Responsabilidad en la gestión;
- Calidad medioambiental, desarrollo sostenible y calidad en la prestación y
- Adecuación entre la forma jurídica y el fin de la actividad como límite de la discrecionalidad administrativa³⁹.

V. Servicios locales de interés general en régimen de servicio reglamentado.

Determinados servicios que venían siendo prestados por las entidades locales como servicios públicos, hoy son encomendados a empresas privadas o a consorcios mixtos por exigencias económicas, tecnológicas y sociales. Limitándose la labor de la autoridad municipal a definir los objetivos públicos, regular su régimen jurídico, supervisar la prestación y, en su caso, financiar el servicio. Son los servicios conceptuados por los artículos 28.2 y 29 de la LAULA como servicios locales reglamentados, a los que define como aquellos en los que la actividad objeto de prestación es realizada por los particulares conforme a una ordenanza local que les impone unas obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general⁴⁰. La

³⁸ En España, donde regía un concepto tradicional de servicio público, como sinónimo de reserva de la titularidad de la actividad a prestar, es decir, de exclusiva prestación por parte de la Administración o de sus contratistas, se ha venido haciendo un gran esfuerzo por adoptar otros conceptos más ajustados a la realidad económica y social que se trata de regular.

³⁹ Muchos de estos principios son verdaderas obligaciones de servicio público para el prestador del servicio (artículo 27 LAULA).

⁴⁰ Los proveedores de servicios de interés general estarán exentos de la aplicación de las normas de la competencia únicamente cuando esta exención sea estrictamente necesaria para permitirles cumplir su

ordenanza local reguladora del servicio debe contemplar, entre otros, los siguientes aspectos de la prestación:

- a) En relación al servicio, las condiciones técnicas de su prestación, las obligaciones específicas de servicio público, los niveles mínimos de calidad, las tarifas o precios aplicables y si la actividad puede ser subvencionada por la entidad local.
- b) En relación a los usuarios, los derechos y deberes. Los ciudadanos podrán exigir de la entidad local, en vía administrativa o contencioso administrativo, la vigilancia y cumplimiento de la reglamentación establecida en la ordenanza de cada servicio reglamentado. Las demás condiciones de prestación del servicio serán exigibles en el orden jurisdiccional competente.
- c) En relación con el prestatario del servicio, las sanciones aplicables por las infracciones en las que pueda incurrir y los supuestos de revocación de la autorización o clausura de la actividad, así como la regulación de su situación jurídica respecto de la Administración, en la que se debe concretar si, por necesidades imperiosas de interés general, procede que el inicio, las modificaciones y el cese de la prestación del servicio quedan sometidos a autorización administrativa, comunicación o declaración responsable previas.

Esta tendencia a la apertura progresiva del mercado en la prestación de determinados servicios, no supone la renuncia por parte de las entidades locales de la responsabilidad que les incumbe como garantes de los objetivos de interés general. Responsabilidad que se mantiene intacta, lo que cambia es la forma de cumplirla en relación a las obligaciones que tienen con los ciudadanos. Por ello, los posibles controles preventivos que la entidad local pueda imponer sobre el acceso al servicio local reglamentado, los remite el artículo 29.2 de la LAULA a lo establecido en las normas de derecho interno y de derecho europeo relativas a la competencia. Lo que nos obliga a realizar una pequeña incursión en el contenido de las leyes remitidas: Ley 17/2009 de 23 de noviembre (en adelante Ley 17/2009); y Ley 25/2009, de 22 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorporan a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (DS). Normativa que intenta favorecer la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento en el mercado interior de la Unión Europea, simplificando el acceso de aquellos servicios prestados por cuenta propia a cambio de una contraprestación económica (servicios de interés económico general).⁴¹

cometido de interés general. En caso de conflicto el interés general prevalecerá sobre la aplicación de las normas comunitarias, incluidas las relativas al mercado interior y a la competencia.

⁴¹ Los servicios no económicos de interés general que se realizan en ausencia de contrapartida económica, es decir, los servicios sociales y culturales, no están cubiertos por las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) relativas al mercado interior, por lo que no quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 y, consiguientemente, tampoco en las Leyes que la incorporan. Tampoco se aplicará esta normativa: a las redes de comunicaciones electrónicas; ni a los servicios financieros; ni a los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios; los servicios de las empresas de trabajo temporal; los servicios sanitarios; los audiovisuales,

1. 5 Acceso al servicio reglamentado por el prestatario.

Para el acceso a este tipo de servicios la técnica autorizatoria previa y preventiva deja paso a la comunicación⁴² y a la declaración responsable⁴³, que son los títulos habilitantes para iniciar el servicio. La Ley 17/2009 indica que en ningún caso el acceso a una actividad de servicios se sujetará a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador, en la que manifieste el cumplimiento de los requisitos exigidos y facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad (artículo 5). El principio nuclear sobre el que gira el acceso y el ejercicio de las actividades de servicios es la libre prestación y la libertad de establecimiento. La técnica de intervención utilizada por la Administración local deberá ser siempre la de carácter menos restrictivo respecto a la libertad de quienes se ven sometidos a dicho control⁴⁴, porque se establece como régimen general el de la libertad de acceso al servicio y su libre ejercicio⁴⁵.

La comunicación pone en conocimiento de la autoridad local competente los datos identificativos del prestador del servicio y los demás requisitos exigibles para el ejercicio de la actividad. La comunicación ha de ser previa a la entrada en funcionamiento del servicio, salvo cuando la norma prevea que puede hacerse con posterioridad.

La declaración responsable como medio de intervención administrativa es el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad: 1º) que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento

incluidos los cinematográficos y los de radiodifusión; las actividades de juego; y los servicios de seguridad privada. Véanse los artículos 2 y 3 de la Ley 17/2009.

⁴² El artículo 71.2 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas, concreta la definición de la comunicación previa. Véase también el artículo 84.1 apartado c) de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL).

⁴³ El artículo 71.1 bis de la Ley 30/1992 incorpora la definición de la declaración responsable.

⁴⁴ La DS y la Ley 17/2009 establecen 4 niveles distintos de intervención administrativa en las actividades de servicios, de menor a mayor intensidad:

1ª) libre acceso. El prestador puede operar sin más limitaciones que las que se le imponen a cualquier otra actividad económica.

2ª) Libre acceso, si bien se exige el cumplimiento de determinados requisitos que no precisan comunicación previa o declaración responsable;

3ª) Régimen de comunicación o declaración responsable. El prestador puede operar desde el momento en que comunica el cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad;

4ª) Régimen de autorización. Implica el cumplimiento de ciertos requisitos que exigen una comprobación previa por parte de la autoridad competente. Es el tradicional régimen de autorización *a priori*

⁴⁵ Cualquier medida administrativa que someta el derecho de establecimiento y/o la libre prestación de servicios a autorización, certificación, homologación o licencia, deberá estar sujeta a tres condiciones: a) no podrá ser discriminatoria por razón de la nacionalidad; b) tendrá que estar justificada en una razón imperiosa de interés general; y c) deberá respetar el principio de proporcionalidad, esto es, que no exista otra medida administrativa menos restrictiva.

de un derecho o facultad o para su ejercicio; 2º) que dispone de la documentación que así lo acredita; y 3º) que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. La declaración responsable deberá ir acompañada de la documentación necesaria para que la Administración pueda ejercer el control posterior⁴⁶.

La supervisión del cumplimiento de los requisitos exigibles es competencia de las Administraciones públicas, que podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, y demás circunstancias.

2.5 Control del servicio reglamentado

Al generalizarse el sistema de comunicación previa y la declaración responsable como mecanismos de intervención administrativa que permiten el inicio de la actividad de servicio sin necesidad de una resolución administrativa previa, se impone un control *a posteriori*, salvo en los casos que por razones imperiosas de interés general⁴⁷ se exija una autorización previa para el acceso al servicio. Como vemos, la cobertura legal del ejercicio de las actividades de servicios depende de la actuación administrativa *a posteriori*, que transforma la actuación administrativa previa en una actividad de comprobación, verificación, investigación e inspección. Compensando así la supresión de controles previos. La actividad administrativa de comprobación es independiente de la facultad de inspección y sanción que será, en su caso, consecuencia de su resultado⁴⁸.

Cuando la declaración responsable y la comunicación previa presentadas sean correctas, desde el mismo momento en que se ponen en conocimiento de la Administración despliegan efectos similares a los de un acto administrativo implícito. A partir de la fecha de presentación el sujeto interesado puede desarrollar la actividad pretendida, y para la Administración comienza a correr el plazo para hacer efectivas sus potestades de comprobación, inspección y control.

Si por el contrario, la declaración responsable o la comunicación previa fueran incompletas, inexactas o incumplen determinaciones normativas, y su titular es requerido por la Administración, sus efectos quedarán suspendidos hasta el momento que el prestador corrija o complete la deficiencia. Se produce con ello una interrupción en el derecho a ejercer la actividad. Si el titular no fuere requerido por la Administración y ejercita de forma incorrecta la actividad de servicio, el artículo 71.1

⁴⁶ En aras de la simplificación administrativa, no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción jurada excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general (artículo 13 DS).

⁴⁷ El concepto de “razón imperiosa de interés general”, no es un concepto jurídico indeterminado más, que pueda ser interpretado libremente por cada Administración pública, sino de acuerdo a la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Véase el considerando 40 DS donde se especifican los ámbitos que pueden ser considerados como “razones imperiosas de interés general”.

⁴⁸ PALOMAR OLMEDA A (2010: p. 6): “Directiva de servicios y Administración electrónica: dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 789, mayo de 2010.

bis de la Ley 30/1992 deja claro que el ejercicio de la actividad será responsabilidad de su titular que podrá incurrir en responsabilidad civil, penal o administrativa⁴⁹.

Para que los destinatarios del servicio puedan interponer una reclamación ante el prestador del servicio, la Ley 17/2009, obliga a los prestadores de servicios a poner a disposición de los destinatarios, como mínimo, un número de teléfono, una dirección postal, un número de fax o dirección de correo electrónico. Y les exige que una vez efectuada la reclamación deberá ser respondida en el menor plazo posible, y, en todo caso, antes de un mes desde su presentación (El artículo 23).

3.5 Responsabilidad del servicio

Aunque la actividad de comprobación de la autoridad local implica revisar a *posteriori* el cumplimiento de los requisitos previstos legalmente para el ejercicio de la actividad en cuestión, y desplaza los efectos del ejercicio de la actividad sin el cumplimiento de esos requisitos a la responsabilidad penal, civil o administrativa del prestador⁵⁰, las Administraciones públicas tienen la obligación de velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, comprobando, verificando, investigando e inspeccionando los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan (artículo 39.2 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas). Ya que cuentan como medio de intervención propio con el control posterior al inicio de una determinada actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma (artículo 84.1 apartado *d* de la LBRL).

De esta forma, la Administración incurrirá en responsabilidad patrimonial ante la ausencia de sus facultades de comprobación. Convirtiéndose en garante del funcionamiento normal y anormal de los servicios y actividades administrativas. Si los ciudadanos inician una actividad confiados en que cumplen los requisitos y la

⁴⁹ Partiendo de un elemental principio de proporcionalidad, los incumplimientos a la normativa que no tengan carácter grave podrán ser objeto de represión a través de los correspondientes procedimientos sancionadores, que no deberán ocasionar medidas tan drásticas como la suspensión de la actividad. En el caso de que se trate de una inexactitud o falsedad de datos, manifestaciones o documentos, el artículo 7.2 de la Ley 17/2009 exige que tengan “carácter esencial” para determinar la suspensión de la actividad. Sin embargo, en el caso de incumplimientos de los requisitos legales exigibles, cuya gravedad no se modula, no se exige esa característica para determinar la suspensión de actividad.

El Consejo de Estado en el Dictamen 779/2009 de 21 de mayo de 2009 subraya que: “sería útil contar con una regulación expresa de esta materia en cada una de las leyes que prevén las declaraciones responsable y las comunicaciones previas, que deberían, además, modular las sanciones en atención a la irregularidad cometida, pues ciertamente no puede equipararse, con carácter general, la gravedad que supone la falsedad con la que conlleva una mera incorrección o inexactitud. La regulación de estos extremos en leyes sectoriales es necesaria para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que debe protegerse de modo especial en el ámbito sancionador”.

⁵⁰ La resolución de la Administración que declare el incumplimiento de la comunicación previa y/o de la declaración responsable podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación. También podrá determinar la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado (artículo 71.4 bis Ley 30/1992).

Administración no comprueba dicha circunstancia y se produce un daño a terceros, los mecanismos de la responsabilidad patrimonial se pondrán en marcha⁵¹. La inacción de la Administración y su tolerancia permitirá entender aceptada tácitamente una determinada situación. Los particulares no tienen por qué verse afectados como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio de comprobación que deberá asegurar a la sociedad que las actividades y los servicios se realizan en las condiciones que exige el ordenamiento jurídico.

La dejación de la actuación de comprobación del servicio por parte de la autoridad local, se vislumbra como un mal funcionamiento administrativo y, por tanto, podrá dar lugar a responsabilidad administrativa. Pero, no debemos olvidar que al margen de la actividad de comprobación, el daño que pueda producirse a terceros es consecuencia de una actividad privada ejercida sin cobertura legal o con infracción de ésta. Y esta actuación culpable o negligente del prestador del servicio, como hemos visto anteriormente, está sometida a responsabilidad penal, civil o administrativa, por lo que las normas administrativas deben prever el efecto de las declaraciones incompletas o gravemente erróneas, incorporar las disposiciones correspondientes a las infracciones y sanciones, la reparación al estado inicial de la situación, y el efecto indemnizatorio externo, bien sea de forma directa o por vía de repercusión administrativa de la responsabilidad adquirida frente a terceros.

Los ciudadanos podrán exigir de la entidad local en vía administrativa o contencioso-administrativa, la vigilancia y cumplimiento de la reglamentación establecida en la ordenanza de cada servicio reglamentado (artículo 29.3 LAULA). Las demás condiciones de prestación serán exigibles ante el orden jurisdiccional competente. Para que el prestador pueda hacer frente a la responsabilidad derivada del servicio se le obligará a contar con un seguro de responsabilidad civil –o garantía equivalente- en el caso de desarrollar actividades de riesgo (artículo 21 de la Ley 17/2009)⁵². El riesgo cubierto por la garantía ha de ser directo y concreto, pudiendo afectar no sólo a la salud de los destinatarios de los servicios o de un tercero, sino también a la seguridad financiera del destinatario.

Por último, la normativa contempla la acción de cesación frente a las conductas que infrinjan obligaciones legales y sean susceptibles de lesionar los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios (artículo 26 de la Ley 17/2009). Remitiendo el ejercicio de dicha acción a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (artículo 53)⁵³.

⁵¹ Así lo señala PALOMAR OLMEDA (2010. p. 6): “Directiva de servicios y Administración electrónica; dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación”, op., cit.

⁵² La obligación de suscribir estas garantías no se impone directamente por la Ley 17/2009, sino que se supedita a que una Ley específica las establezca. En todo caso, las garantías han de ser proporcionadas a la naturaleza del riesgo, no pudiendo exigirse a un prestador que se establezca en España y que esté cubierto por otra garantía equivalente al riesgo asegurado.

⁵³ La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir una

V. Servicios públicos locales.

La legislación básica sobre régimen local (LBRL) define a los servicios públicos locales como aquellos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias (artículo 85 LBRL). Ahora bien, no todas las competencias que ejercen las entidades locales pueden ser consideradas servicios públicos, llevan a cabo también otro tipo de actividades administrativas, ejercen funciones públicas, y desarrollan actividades de iniciativa económica. Por ello, La LAULA diferencia el ejercicio de competencias, la prestación de servicios, y el desarrollo de iniciativas económicas locales⁵⁴, puesto que la calificación de la actividad dependerá su específico régimen jurídico.

Para que exista un servicio público local ha de tratarse de actividades esenciales para los ciudadanos, atribuidas como competencias de las entidades locales, publicadas normativamente, susceptibles de explotación económica por los particulares, y que no impliquen ejercicio de autoridad. Con estos presupuestos previos las entidades locales pueden acordar por medio de una ordenanza la creación y el régimen de organización y funcionamiento de los servicios públicos locales, a los que la LAULA clasifica en *servicios públicos básicos* (artículo 31) y en *servicios públicos reservados* (artículo 32). La ordenanza local que regule el servicio público ha de incluir los siguientes aspectos:

- a) El alcance, carácter, contenido y regularidad de las prestaciones
- b) La forma de financiación del servicio, especificando en su caso las aportaciones de los usuarios, y los beneficios que puedan atribuirse a determinados grupos sociales.
- c) Las modalidades de gestión y las sanciones que puedan interponerse al prestador.
- d) Los estándares de calidad del servicio.
- e) Los derechos y deberes de los usuarios
- f) Régimen de inspección y de valoración de calidad de cada servicio.

El contenido de la ordenanza puede ser impugnado en vía administrativa y en el orden jurisdiccional correspondiente.

Son servicios públicos locales básicos aquellos servicios esenciales para los ciudadanos que deberán ser prestados de forma obligatoria en todos los municipios de Andalucía. Tienen esta consideración el abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; el alumbrado público; la recogida y tratamiento de residuos; la limpieza viaria; la prevención y extinción de incendios y el transporte público de viajeros (artículo 31 en relación al artículo 92.2.d EEA). La noción de servicios básicos como competencia

conducta aunque haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. También se considerará infracción la utilización de cláusulas abusivas.

⁵⁴ El capítulo I del título II de la LAULA (artículos 25 a 44), incluye la regulación de los servicios locales de interés general y su régimen jurídico, clasificándolos como servicio local reglamentado o como servicio público local. El capítulo II del título II (artículos 45 a 49) está dedicado a la iniciativa económica local.

propia de los municipios constituye una especie de servicios obligatorios mínimos comunes que pueden ser prestados en régimen de monopolio.

La LAULA declara la reserva a favor de los municipios andaluces de los servicios básicos anteriormente enumerados, añadiendo que mediante ley se podrá efectuar la reserva para otras actividades y servicios (artículo 32). Configurando los servicios públicos locales reservados como aquellos servicios que la ley reserva a favor de las entidades locales. Dicha reserva habilita para la prestación efectiva en régimen de monopolio que deberá ser acordada por el pleno del ayuntamiento con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, previa tramitación de un expediente que acredite la conveniencia y oportunidad de la medida. El expediente para reservar el servicio público a la entidad local deberá incluir:

- a) Una memoria justificativa sobre el interés general que motiva la reserva y el cumplimiento de la normativa comunitaria y nacional sobre competencia, en especial sobre la creación de derechos especiales o exclusivos⁵⁵. Los posibles intereses empresariales afectados y las posibles compensaciones derivadas de la reserva y la estructura del mercado sobre el que actúa la reserva.
- b) Un trámite de información pública y de audiencia a todos los sujetos directamente afectados por el proyecto de reserva.
- c) Un informe provincial que será obstativo cuando la reserva afecte de forma relevante al interés económico supramunicipal.

De dicho expediente se ha eliminado la aprobación por el Consejo de Gobierno autonómico del ejercicio en régimen de monopolio de las actividades y servicios reservados a favor de las entidades locales⁵⁶, es decir, se ha suprimido el control de tutela establecido en la normativa estatal⁵⁷.

Los servicios públicos reservados pueden ser gestionados directamente por la entidad local en régimen de monopolio o de forma indirecta por empresas privadas mediante la celebración de un contrato de gestión de servicio público.

⁵⁵ El TFUE admite algunas excepciones en la aplicación de las normas sobre libre competencia en relación con las actividades económicas de interés general (servicios públicos locales), en la medida que la misión específica encomendada no pueda ser satisfecha si se aplicaran. La presencia de un interés general en la actividad de servicio público local convierte en ajustado a Derecho lo que de otra forma incurriría en infracción del ordenamiento jurídico (tanto de defensa de la competencia como de competencia desleal). De esta manera, conforme al Derecho comunitario, no todos los servicios público locales tienen que ser liberalizados, es posible constituir monopolios locales en importantes sectores.

⁵⁶ Establece la disposición adicional primera de la LAULA que queda sin efecto en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía el procedimiento de intervención y control de la Junta de Andalucía sobre la aprobación del ejercicio en régimen de monopolio de las actividades y servicios esenciales reservados a favor de las entidades locales.

⁵⁷ La normativa básica estatal de régimen local, en este caso, el artículo 97.2 del Texto Refundido de Régimen Local, establece que recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma que deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses.

En algunos casos, el uso de los servicios públicos reservados puede ser declarado obligatorio para los ciudadanos mediante ordenanza, cuando lo requiera la seguridad, salubridad o circunstancias de interés general.

1.5. Modalidades de gestión de los servicios públicos locales.

Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa por la propia entidad local, o de forma indirecta por empresas particulares mediante las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos. La regulación y régimen jurídico de este contrato se establece en los artículos 275 a 289 del Real Decreto Ley 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

a) Gestión indirecta

Los citados preceptos definen el contrato de gestión de servicios públicos como aquél en cuya virtud una Administración encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante. Admitiendo la gestión indirecta del servicio cuando se trate de actividades que hayan sido atribuidas como de la competencia de la Administración contratante y sean susceptibles de explotación por los particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad.

Las modalidades de gestión indirecta que el servicio público local puede adoptar son:

- a) La concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura;
- b) La 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) El concierto con personal natural o jurídica que vengán realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate;
- d) La 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.

En relación a la sociedad de economía mixta, establece la LAULA que las entidades locales pueden gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en empresas mixtas que adoptarán la forma de sociedad mercantil con limitación de responsabilidad, y cuyo capital sólo parcialmente pertenezca, directa o indirectamente, a la entidad local. El proceso de constitución de estas sociedades tiene que asegurar 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. Cuando las empresas a las que las administraciones locales hayan atribuido la gestión de servicios de interés económico general o hayan concedido derechos especiales o exclusivos realicen además otras actividades, actúen en régimen de competencia y reciban cualquier tipo de compensación por el servicio público,

estarán sujetas a la obligación de llevar cuentas separadas, de información sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades y sobre los métodos de asignación empleados, en los términos establecidos por la legislación estatal y por el Derecho europeo.

b) Gestión directa de los servicios públicos locales

Tiene la consideración de gestión directa o propia la prestación de los servicios públicos que las entidades locales desarrollen por sí o a través de sus entes, organismos o entidades vinculados o dependientes⁵⁸. El 33.3 LAULA establece que la gestión propia o directa por la entidad local puede revestir las siguientes modalidades:

- 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

Previamente a la puesta en funcionamiento del servicio público las entidades locales deberán aprobar la ordenanza que regule el servicio, en la que incluirán los siguientes aspectos:

- a) El alcance, carácter, contenido y regularidad de las prestaciones
- b) La forma de financiación del servicio, especificando en su caso las aportaciones de los usuarios, y los beneficios que puedan atribuirse a determinados grupos sociales.
- c) La modalidad de gestión.
- d) Los estándares de calidad del servicio.
- e) Los derechos y deberes de los usuarios
- f) El régimen de valoración de calidad de cada servicio.

En el expediente que se tramite para la constitución de las entidades que gestionarán directamente el servicio público deberá incorporarse una memoria acreditativa de las ventajas que tendrá la modalidad de prestación elegida, respecto a la prestación por la propia entidad local. E incluirá un estudio económico-financiero del coste previsible de su implantación. En ningún caso podrán prestarse los servicios que impliquen ejercicio de autoridad mediante sociedad mercantil local o interlocal, ni mediante fundación pública local.

Es en la gestión directa del servicio público local donde la LAULA introduce mayores novedades respecto de la legislación básica local (LBRL), al contemplar nuevas figuras

⁵⁸ La LAULA en relación a los entes instrumentales que pueden gestionar de forma directa el servicio público local utiliza la terminología acuñada por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), que regula de forma pormenorizada los entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

subjetivas o entes vinculados o dependientes de las entidades locales. La Ley parte de una diferenciación del contenido de la actividad objeto del servicio: actividades administrativas; actividades de producción de bienes y servicios de interés público susceptibles de contraprestación; y actividades económicas en régimen de mercado y, dependiendo del tipo de actividad, se configura también el tipo de entidad u organismo prestador del servicio, al que somete a un específico régimen jurídico. Pero esta ecuación quiebra en relación a las agencias locales en régimen especial a las que atribuye actividades administrativas y de tipo empresarial siempre que se le asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad y requieran especialidades en su régimen jurídico. A las que somete a un complejo y enmarañado régimen jurídico que, cuando menos, resta claridad, seguridad jurídica y transparencia a la gestión del servicio público, debido al carácter mixto de regímenes jurídicos contemplados para los distintos ámbitos o sectores del servicio, a los que parcela sin ninguna consideración.

Las actividades de promoción, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas de competencia de las entidades locales han de ser prestadas por agencias administrativas locales, definidas como aquellas entidades públicas que quedan sometidas al Derecho Administrativo (artículo 34 LAULA). No podrán crearse agencias administrativas para el ejercicio de actividades económicas en régimen de mercado. El régimen jurídico de su personal, presupuestario, económico-financiero, patrimonial, de control y contabilidad será el mismo que el establecido para las entidades locales⁵⁹. La creación, modificación, fusión y supresión de la agencia administrativa local corresponderá al pleno de la entidad local, que deberá aprobar sus estatutos previamente a la entrada en funcionamiento efectivo de la entidad. Los estatutos incluirán su denominación, funciones y competencias, con expresa indicación de las potestades que tengan atribuidas, así como la determinación de los máximos órganos de dirección de la agencia. Su organización dependerá de un consejo rector cuya composición y atribuciones determinarán sus estatutos. La agencia administrativa local es la figura análoga a los organismos autónomos locales que la legislación básica estatal de régimen local (artículo 85.2 LBRL) contempla para la gestión directa de actividades o servicios de carácter administrativo.

Las agencias empresariales locales son entidades públicas a las que se les atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación ((artículo 35 LAULA). No se podrán crear agencias públicas empresariales para el ejercicio de actividades administrativas. Se rigen por el Derecho privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que expresamente tengan atribuidas en sus estatutos, así como en aquellos aspectos específicamente regulados en la legislación de haciendas locales y en las demás disposiciones de general aplicación.

Las potestades públicas atribuidas a las agencias públicas empresariales locales deberán ser ejercidas por los órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta

⁵⁹ Véase lo establecido en la Ley 9/2007, de 20 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA) y en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público andaluz.

facultad⁶⁰. Si el objeto de su actividad es exclusivamente la producción de bienes de interés público en régimen de mercado no se le pueden atribuir potestades que impliquen ejercicio de autoridad⁶¹. Su creación, modificación, fusión y supresión corresponderá al pleno de la entidad local, que deberá aprobar sus estatutos previamente a la entrada en funcionamiento efectivo de la entidad. Los estatutos incluirán su denominación, funciones y competencias, con expresa indicación de las potestades que tengan atribuidas, así como la determinación de los máximos órganos de dirección de la agencia. La organización dependerá de un consejo de administración cuya composición y atribuciones determinarán sus estatutos. La agencia empresarial local es la figura análoga a las entidades públicas empresariales contempladas en la legislación básica estatal de régimen local (artículo 85.2 LBRL) para gestionar actividades y servicios susceptibles de contraprestación económica

Las agencias locales en régimen especial (artículo 36 LAULA) son entidades públicas a las que se atribuye cualquiera de las actividades propias de las agencias 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 regirán por el Derecho privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la 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 aplicación⁶². La actuación

⁶⁰ Concreta el artículo 69 de la LAJA modificado por Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público andaluz, que los órganos de las agencias públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo las excepciones que, a determinados efectos, se fijen, en cada caso, en sus estatutos. Cuando lleven a cabo funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, que exclusivamente corresponden al personal funcionario, las ejercerán, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el sistema de recursos administrativos que procedan contra los actos que se dicten en el ejercicio de las potestades administrativas atribuidas a la agencia empresarial local.

⁶¹ Especifica el artículo 68 de la LAJA, modificado por Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público andaluz, que Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos:

- a. Aquellas que tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación.
- b. Aquellas que tienen por objeto la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.

⁶² La Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público andaluz, debido a la presión social ejercida por los funcionarios públicos de la Junta de Andalucía, no ha tenido más remedio que mitigar la inexplicable y poco razonable huida al Derecho privado que la LAULA y la versión inicial de la LAJA

de las agencias locales en régimen especial se ajustará 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 desarrollar⁶³, así como los siguientes extremos:

- a) Los recursos personales, materiales y presupuestarios a aportar para la consecución de los objetivos.
- b) La repercusión sobre el grado de cumplimiento de los objetivos establecidos sobre la exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y el personal directivo, así como sobre el montante de masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral.

Corresponde al pleno de la entidad local la aprobación del contrato de gestión de las agencias de régimen especial⁶⁴. La Ley contempla la creación de 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. La creación, modificación, fusión y supresión de la agencia local en régimen especial corresponderá al pleno de la entidad local, que deberá aprobar sus estatutos previamente a la entrada en funcionamiento efectivo de la entidad. Los estatutos incluirán su denominación, funciones y competencias con expresa indicación de las potestades que tengan atribuidas, así como la determinación de los máximos órganos de dirección de la agencia.

Como vemos la LAULA somete a las agencias en régimen especial a un complejo y enmarañado régimen jurídico que, cuando menos, resta claridad, seguridad jurídica y transparencia a la gestión del servicio público, debido al carácter mixto de regímenes jurídicos contemplados a los que parcela sin contemplación alguna. Y esta combinación de regímenes jurídicos rompe la inicial ecuación entre naturaleza de la actividad y régimen jurídico a aplicar, dejando en papel mojado el principio de adecuación entre la

contemplan para el régimen jurídico de las agencias en régimen especial. Hoy el artículo 71 de la LAJA señala que las agencias en régimen especial se regirán por el Derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación del Derecho privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera. En todo caso, se les aplicará el Derecho administrativo en las cuestiones relacionadas con la 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 LAJA, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.

⁶³ El debate sobre la eficacia y eficiencia del sector público implica una profunda reconsideración sobre la forma tradicional de actuación de las Administraciones públicas. Frente a la hegemonía de consideraciones estrictamente reglamentarias, basadas en una visión burocrática y cerrada de la gestión del servicio, es necesario tener en cuenta nuevos aspectos como la definición de objetivos, la evaluación de resultados, las responsabilidades gerenciales y los estándares de calidad (*new public management*), que dotan al servicio de una visión más amplia, abierta y pluralista.

⁶⁴ La actuación de las agencias de régimen especial se producirá con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión, que definirá los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y la gestión a desarrollar. Lo que caracteriza a las agencias en régimen especial es el contrato de gestión regulado en el artículo 72 de la LAJA.

forma jurídica y el fin de la actividad como límite a la discrecionalidad administrativa (artículo 27), que la LAULA proclama a bombo y platillo⁶⁵.

La sociedad mercantil local (artículo 38 LAULA) tendrá por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local⁶⁶. Se regirán, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las 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 afectados⁶⁷. 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. El Pleno de la entidad local, constituido en junta general, aprobará y publicará los estatutos con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad⁶⁸. En Los estatutos 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.

⁶⁵ Prueba de ello es la rectificación que el legislador autonómico ha tenido que hacer de la remisión genérica al Derecho privado que la versión inicial de la LAJA contemplaba para el régimen jurídico de las agencias en régimen especial (artículo 71). Hoy la nueva redacción del artículo 71 de la LAJA, introducida por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, supone el sometimiento general de su régimen jurídico al Derecho Administrativo, salvo en las materias que la Ley específicamente detalla. La LAULA, por el contrario, mantiene la remisión genérica al Derecho privado del régimen jurídico de las agencias en régimen especial.

⁶⁶ En el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía el artículo 75 de la LAJA atribuye a las sociedades mercantiles públicas la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia. En ningún caso podrán ejercer potestades administrativas.

⁶⁷ El artículo 76 de la LAJA considera al acuerdo del Consejo de Gobierno que autoriza la creación de las sociedades mercantiles del sector público andaluz como un acto administrativo que deberá ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, y en el que se especificará como contenido mínimo obligatorio:

- a. La denominación de la sociedad.
- b. Su forma jurídica.
- c. La descripción de las actividades que integran el objeto social.
- d. La facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles.
- e. La participación de la Administración en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público.
- f. Las líneas básicas de organización y funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración.
- g. La Consejería o agencia de adscripción.

⁶⁸ El artículo 38.4 de la LAULA restablece, sin excepción, la correspondencia entre el Pleno Local y la Junta General de la sociedad frente a la remisión a los estatutos que establece el artículo 85 ter de la LBRL. Con ello se refuerza la dependencia de la sociedad local como ente puramente instrumental de la Administración municipal. Asimismo, el artículo 38 de la LAULA impone el requisito de la aprobación y publicación de los estatutos con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad mercantil local, frente al artículo 85 ter LBRL que omite esta exigencia con carácter previo al inicio de su funcionamiento. Criterio que sí establece para los estatutos de los organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales.

Sociedad interlocal (artículo 39 LAULA). Las entidades locales podrán crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia. La prestación del servicio que lleven a cabo mediante sociedad interlocal tendrá la consideración de gestión directa o propia de la entidad local siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1º) Capital exclusivo público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado.
- 2º) Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios⁶⁹.
- 3º) Los acuerdos se adoptarán por mayoría y existirá una integración de los órganos sociales por los entes que la componen
- 4º) No puede tener encomendadas actividades de mercado⁷⁰.
- 5º) Solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean⁷¹.

La sociedad interlocal viene a ser la figura que reemplace a las mancomunidades de municipios y a los consorcios contemplados en la legislación básica de régimen local como figuras asociativas de cooperación en la prestación de los servicios públicos locales.

Por último, tendrán la consideración de fundaciones públicas locales (artículos 40 a 42 LAULA) aquellas fundaciones en la que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1ª) 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.
- 2ª) Aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe esta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos

⁶⁹ En las relaciones domésticas o *in house* es fundamental delimitar con claridad los vínculos instrumentales de los vínculos contractuales. Pues su fundamento se encuentra en la inexistencia de una relación contractual en la medida que no existe acuerdo de voluntades diferenciadas sino simplemente una opción de naturaleza organizativa.

⁷⁰ Se entiende por actividades de mercado cualquier actividad, dentro del objeto social, prestada para un tercero, sea privado o público. Es decir, aquella actividad que ejerza la sociedad para entes distintos de los poderes adjudicadores locales que la integran.

⁷¹ El ámbito de la competencia territorial de los entes locales que la componen se erige en un límite a su actividad como consecuencia lógica de ser un medio organizativo de las Administraciones que la controlan.

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. Solo 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. Corresponderá, en todo caso, a las entidades locales la designación de la mayoría de los miembros del patronato. En los aspectos no regulados específicamente en este capítulo, las fundaciones públicas locales se regirán, con carácter general, por la legislación sobre fundaciones⁷², contratos del sector público, patrimonio, haciendas locales u otra que resulte de aplicación.

VII. Iniciativa económica local.

Para el desarrollo económico de sus territorios las entidades locales andaluzas, en los términos establecidos en el artículo 128.2 de la Constitución española⁷³, podrán ejercer la iniciativa pública económica en el marco de sus políticas propias y en régimen de libre concurrencia. Para ello pueden crear empresas públicas locales que adoptarán la forma de sociedades mercantiles con limitación de responsabilidad en las que las entidades locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen⁷⁴.

Las empresas públicas locales creadas para llevar a cabo actividades de iniciativa económica tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando siempre bajo el principio de la libre competencia, y en ningún caso podrán ejercer potestades públicas. Su creación requiere autorización del pleno mediante acuerdo adoptado por mayoría, previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida. El acuerdo plenario de

⁷² El concepto y régimen jurídico de las fundaciones del sector público andaluz será el previsto en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El personal a su servicio se regirá por el Derecho laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículo 78 LAJA).

⁷³ “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. La CE reconoce la iniciativa pública económica en régimen de igualdad y libre concurrencia con la iniciativa privada.

⁷⁴ De acuerdo con la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas que incorpora la Directiva 2006/111/CE, de 16 de noviembre relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembro y las empresas públicas.

creación deberá ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia* especificando como contenido mínimo obligatorio:

- a. La denominación.
- b. La forma jurídica de la sociedad.
- c. La descripción de las actividades que integran el objeto social.
- d. La facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles.
- e. La participación de la entidad local en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público.
- f. Las líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración.
- g. Su adscripción.

Asimismo, el acuerdo debe incorporar y aprobar el proyecto de estatutos y el plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias. Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la empresa pública local y determinarán el funcionamiento del consejo de administración y de sus restantes órganos de dirección.

La empresa pública local se registrará, cualquiera que sea su forma jurídica, 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. El personal al servicio de las empresas públicas locales se rige por el Derecho laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Las empresas públicas locales 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, al objeto de garantizar la transparencia de las relaciones financieras. Y quedan obligadas a incluir en la memoria anual la información específica sobre la puesta a disposición de fondos efectuada por las Administraciones públicas, ya sea directa o indirectamente, los objetivos perseguidos por los mismos y su utilización efectiva.

NOTA BIBLIOGRÁFICA Y DOCUMENTAL

ABAIGAR SANTOS A (2008), “La contratación *in house*. La eficiencia en el empleo de medios propios”, *El Consultor*, número 12, junio, págs. 2125-2134.

ACIERNOS S y BAQUERO CRUZ J (2004), “La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, número 9, pág. 185 y ss;

BALLESTEROS FERNÁNDEZ A (2003), “Servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicios universales”, *REAL* número 291.

BERMEJO VERA J (2008), *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Navarra, Thomson-Cívitas.

BERNAL BLAY M A (2008), “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*”, *REDA* número 137, págs. 115-138

CAMPOS SÁNCHEZ-BARDONA M (2004), “Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)”, *Cuadernos de Derecho Local*, número 6.

CASSESE S (2006), *La globalización jurídica*, INAP-Marcial Pons, Madrid

CHINCHILLA MARÍN C (1997), “Servicio público: ¿crisis o renovación”, en la obra colectiva dirigida por MALARET GARCÍA E, *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

COMISIÓN EUROPEA (2010), *Estrategia 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*.

COMITÉ DE LAS REGIONES (2012), “Declaración de Copenhague” *sobre el compromiso de la Unión Europea a favor de ciudades más verdes, innovadoras, integradoras y competitivas*. Informe del Comité de las Regiones de la Unión Europea, marzo de 2012.

DE LA QUADRA SALCEDO T (2009), “La Directiva de servicios y la libertad de empresa”, *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, nº 7.

FERRER JACA J (2007), “La reforma de la Administración local”, *RAP* número 174.

LIBRO VERDE (2011). *Contratación pública en la Unión Europea*. Comisión Europea 27 de enero de 2011.

MALARET GARCÍA E (2003), “Servicio público, actividad económica y competencia ¿presenta especialidades la esfera local?”, *REALA* número 291.

MARTÍNEZ PALLARÉS (2005), “Los servicios públicos en el Libro Blanco para la Reforma del Régimen Local”, *Revista de Estudios Locales*, págs. 173-183

MONTOYA MARTÍN E (2010), “Algunas notas sobre la Ley de Autonomía Local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 24, págs. 144 a 162.

MONTOYA MARTÍN E (2009), “Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales”, *Claves del Gobierno Local* nº 9.

PALOMAR OLMEDA A (2010), “Directiva de servicios y Administración electrónica: dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 789, mayo de 2010.

PAREJO ALFONSO L (2009): “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, nº 6.

QUINTANA LÓPEZ T (2010), *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*, Consejo Económico y Social de Castilla y León.

RIVERO ORTEGA R (2003), “las transformaciones del papel económico de los municipios y la necesidad de cambios en la regulación de la intervención económica local”, *REAL* número 291.

SCHMIDT-ASSMANN (2003), *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons.

SCHMIDT-ASSMANN (2006), “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en BARNÉS VÁZQUEZ J, *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Sevilla, Derecho Global.

SENDÍN GARCÍA M (2003), *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*, Granada, Comares.

SOSA WAGNER F y FUERTES LÓPEZ M (2007), “¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación *in house*”, *Diario La Ley*, número 6715 de 17 de mayo.

VILLALBA PÉREZ F (2010), “Nuevo marco jurídico para la gestión pública local”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº XII.

VILLALBA PÉREZ F (2010), “adaptación de los servicios públicos locales al actual contexto jurídico y social”, *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales*, nº 1, Santiago de Chile: Universidad Autónoma de Chile.

VILLALBA PÉREZ F (2008), “Los servicios públicos locales como mecanismos de equidad, cohesión social y solidaridad interterritorial”, en *Análisis de los procesos de descentralización en América Latina: Balance y perspectivas*, Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas.

FRANCISCA VILLALBA PÉREZ (2004), “La utilización de sociedades mercantiles para el ejercicio de actividades administrativas”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº 235-236.

VILLALBA PÉREZ F (2003), *La contratación de las sociedades mercantiles en manos de las Administraciones públicas*, Valencia: Tiránt lo Blanch.