

Martín
Bassols
Coma

Lerrado de las
Cortes Generales.
Catedrático de
Derecho Administrativo

El ejercicio de actividades económicas por los entes locales*

1. Introducción

Creemos que para situar la problemática actual de la intervención de los Entes Locales en el campo de las actividades económicas, siguen teniendo plena actualidad los interrogantes que se plantearon en los primeros años del presente siglo, el ilustre Municipalista, Adolfo Posada (“La municipalización de servicios”, reproducido en *Escritos municipales y de la vida local*. Ideal Madrid, 1979) en los siguientes términos:

“Desde el punto de vista general de los principios: 1. ¿son propias del Municipio –como personalidad pública: autónoma– tareas intervencionistas, industriales y técnicas que la gestión directa del servicio exige?, 2. Desde el punto de vista de la capacidad o de la competencia téc-

* Una primera versión de este estudio se elaboró con vistas a una ponencia para las “Xornadas sobre servicios públicos locais” (Lugo 22-23 septiembre de 1992) organizadas por la Escola Galega de Administración Pública. Posteriormente se ha ampliado y estructurado para el Libro homenaje a D. José M^o Chico.

nica del Municipio ¿éste está como tal capacitado para lanzarse a la explotación industrial o simplemente para prestar eficazmente el servicio público con sus exigencias técnicas y administrativas. 3. Desde el punto de vista económico y financiero ¿puede el municipio prever y regular el efecto de su intervención en la economía general? ¿Puede prever y regular los efectos financieros en el régimen mismo del Municipio?" (pp. 271-2).

Evidentemente, estos interrogantes centran adecuadamente la problemática del tema que nos ocupa, incluso desde la perspectiva actual; una vez superadas las polémicas históricas sobre la municipalización de servicios que tanta trascendencia tuvieron hasta mediados del presente siglo, momento a partir del cual, ante el proceso de planificación y gestión estatal de las actividades económicas, el Municipio se replegó hacia una función más activa en el orden infraestructural (ordenación del territorio y urbanismo) y en el orden social (educación y sanidad). De nuevo, sin embargo, la crisis económica ha puesto de manifiesto nuevas formas de intervención económica de los Municipios, junto al proceso de las Privatizaciones que, también se proclaman para el mundo local¹.

2. Regulación de las actividades económicas en el régimen local anterior a la Constitución

Dado que el objetivo de este trabajo, es trazar un cuadro general de la problemática de las Actividades Económicas de los Entes Locales, parece conveniente iniciarlo con una referencia esquemática a las principales cuestiones que sobre esta materia se contenía en el Ordenamiento jurídico del Régimen Local previo a la Constitución. Y ello resulta, además, en parte obligado por cuanto dicho ordenamiento preconstitucional ha parcialmente sobrevivido a la Ley 7/1985, de 2 de Abril Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL); a través del Real Decreto Legislativo 781/1986 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en mate-

¹ Sobre las principales experiencias en materia de privatizaciones en la Administración local europea y norteamericana: H. LEPA-GE "Privatización y ayuntamientos". *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 1 de 1991. Sobre el tema en general Vid: J. RODRÍGUEZ-ARANA *Privatización de la empresa pública*. E. Montecorvo. Madrid, 1991.

ria de Régimen Local (TRRL), y, posteriormente, por la actualización y acomodación al régimen refundido a que se sometía en la Disposición Final 1 –de la LBRL al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de Junio de 1955–. Al contrario de lo ocurrido con los demás Reglamentos preconstitucionales en la materia (Población y Demarcación, Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico, Contratación y Bienes), el relativo a Servicios no ha sido, al menos hasta el momento, sometido a la anunciada operación de acomodación y actualización que, en principio, se había fijado para el plazo de un año.

Aun cuando pretender un acotamiento normativo de la actividad económica de los Entes Locales resulta una empresa prácticamente imposible de alcanzar, el legislador sobre el Régimen Local había logrado una aproximación notable con la promulgación del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales de 1955, texto en el que pretendió vertir o canalizar normativamente la actuación económica de las Corporaciones Locales. Inmediatamente hay que subrayar, no obstante, que esta actuación económica quedaba singularizada por la idea de servicios o actividades, por lo que se excluían otros sectores de actuación económica que se instrumentaban a través de otros cauces institucionales, tales como la contratación, las operaciones financieras y, en particular, las de crédito; y las obras municipales. En especial, el capítulo de las obras de urbanización, a través de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 y sus sucesivas reformas de 1975 y 1990, se había transformado en un auténtico sector orgánico –el Urbanismo– cuya incidencia en la economía y, de modo especial, en la infraestructura de la economía local o urbana, es decisivo. Todo ello es indicativo, como destacábamos, de la dificultad de la identificación de lo estrictamente económico y como el acceso a este ámbito se puede instrumentalmente llegar por la vía de la contratación, de los servicios o bien de la obra pública. Y, así mismo, como a través de las obras se puede conectar con la idea de servicio: a este respecto son indicativas las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de Junio de 1979 (A. 2617) y la reciente de 21 de Enero de 1992 (A. 756) que consideran las obras de alcantari-lado como “un auténtico servicio público, exigido como

obligatorio”, pese a que sea requerido como una “carga de los propietarios, en virtud de la filosofía imperante en la disciplina urbanística, inspirado en el principio del reparto de beneficios y cargas”.

Con las salvedades apuntadas respecto al acotamiento de la actividad económica, podemos pasar a describir, sumariamente, los principales aspectos del Reglamento de Servicios de 1955 en cuyo texto afloran gran cantidad de cuestiones dogmáticas; unas producto de una larga depuración histórica; otras que pretenden afrontar nuevos objetivos, –que todavía por la inevitable dificultad de su traducción normativa gravitan en el terreno interpretativo o se acumulan como un lastre– por la ausencia de un texto actualizado– a las regulaciones postconstitucionales.

1) Como ha destacado su principal comentarista –F. ALBI²– el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 no es propiamente, pese a su denominación, un texto regulador de los Servicios Públicos locales; sino de los modos o formas de Gestión, es decir de las fórmulas organizativas que el ordenamiento jurídico establece (desde el punto de vista, orgánico, funcional, financiero, técnico, etc) para poder atender con eficacia los cometidos asignados a las Corporaciones Locales.

Al pretender llevar a cabo sistemática y exhaustivamente esta determinación de los modos o formas Gestoras, el Reglamento no pudo abstraerse de presupuestos históricos o ideológicos que en su eclosión determinaron la afirmación de dichas formas: en concreto la dicotomía entre las formas directas y las indirectas en el marco del histórico y legislativo de las municipalizaciones en el que los precedentes italianos tuvieron una gran influencia configuradora en nuestra tradición del régimen local en la materia (fundamentalmente en los proyectos de reforma del Régimen local en el período 1902-1907 y, posteriormente, en el Estatuto Municipal de 1924)³.

En orden a la catalogación de formas gestoras, el nuevo texto, en armonía con las nuevas directrices del Derecho público –especialmente el económico de la época, y con los avances que ya se habían registrado en el campo estatal– amplía aquéllas en sus posibilidades y modelos, tanto para las directas como para las indirectas (así

² F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Aguilar, 1960, pp. 21 y ss.

³ Sobre la evolución histórica de la Municipalización de Servicios: A. POSADA *Municipalización de servicios*, op. cit., pp. 261 a 278; F. ALBI, “Tratado”, op. cit., pp. 85-157; M. CLAVERO ARÉVALO, “Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de régimen local”, Madrid, 1952 y E.E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La actividad mercantil e industrial de los municipios” en *Revista de Administración Pública* nº 17, 1955, pp. 87 a 139.

a la tradicional concesión, reconoce el concierto y el arrendamiento). El afán sistemático de la catalogación, en alguna ocasión no puede alcanzarse; como es en el caso de la llamada Gestión por Empresa Mixta (arts. 102 a 112) que constituye una de sus principales novedades y que ante la dificultad de encajarla en las más directas o indirectas, optó por constituir una sección reguladora específica para esta fórmula⁴.

2) Al estar vinculados, histórica e ideológicamente los distintos modos gestores al fenómeno municipalizador de los servicios y actividades económicas de los Municipios, el Reglamento se ve, análogamente, precisado a reflejar en su texto términos y connotaciones que revelan la influencia de escuelas o posiciones doctrinales que en aquella etapa están en plena transformación –en particular, la terminología del servicio público clásico, al estilo francés, que en aquellos momentos estaba experimentando una crisis por la aparición de los llamados servicios de carácter industrial y comercial que, a su vez, se entronca con la herencia de las concepciones italianas sobre la municipalización de actividades y servicios económicos, considerados objetivamente.

La convergencia de distintas influencias determina que el texto luzca una variada terminología. Por una parte, se habla de Servicios, sin más aditamento para aludir a aquellos propios de la competencia *in genere* de los Entes locales (los cuales tan solo permitirían una diferenciación entre los que “impliquen ejercicio de autoridad” y los de carácter “obligatorio mínimo”). Por otra, se utiliza la expresión en sentido propio de “servicio público”, preferentemente para referirse a la Concesión (arts. 114 a 137), como técnica gestora radicalmente opuesta a la gestión directa, y, en cuya regulación positiva, se vierten los moldes del régimen jurídico del servicio público en sentido clásico de influencia francesa.

3) Como una categoría distinta o intermedia entre los simples Servicios y los Servicios públicos, aparecen los Servicios Económicos que inicialmente se vinculan a la municipalización y provincialización y se adscriben a formas de Gestión directa o Mixta (para aludir a los mismos en la Gestión por Empresa mixta, se utiliza la expresiva nomenclatura, art. 102, de Servicios susceptibles de municipalización o provincialización). Para la delimitación

⁴ F. ALBI, *Tratado, op. cit.*, pp. 384 y ss.

de esta categoría de servicios económicos –que en ningún caso en el texto se adjetivan de públicos– se utilizan tres elementos configuradores que podríamos clasificar en: a) Estructurales, conforme el art. 46: que tengan naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agraria, que sean de primera necesidad o de mera utilidad pública, aunque no se encuentren específicamente determinados en las enumeraciones de la competencia local (siempre que tengan por objeto el fomento de los intereses y el beneficio de los habitantes de la demarcación municipal o provincial) y que se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial (aunque algunos elementos) del servicio se encuentren fuera de uno u otro. b) Funcionales, que los Entes locales asuman en todo en parte para su prestación “el riesgo de la empresa, mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen (art. 45.1); y c) Finalistas “la municipalización y las provincializaciones tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta” (art. 45.2).

De la conjunción de estos datos se pone de manifiesto que objetivamente este tipo de actividades o servicios no existen en sí mismos considerados, sino que son una creación o una determinación legal que la norma remite a su concreción, a través del llamado trámite municipalizador, en el que se “conforman” los servicios susceptibles de municipalización o provincialización⁵. Al propio tiempo, en la selección de estas actividades de tipo económico, las hay que se correspondan exactamente con lo que presta la iniciativa privada junto con otras que tienen matices o aspectos muy próximos a los servicios públicos objetivamente considerados incluso en sentido clásico. Todo este conjunto de evaluaciones, a su vez, pueden determinar su asunción en régimen de monopolio o en concurrencia con los particulares. Las únicas salvedades para esta configuración parecen radicar en su incompatibilidad con los servicios que supongan ejercicio de autoridad y en aquellos que a pesar de tener un carácter económico tienen naturaleza obligatoria, por declaración legal (arts. 42 y 69 del Reglamento).

⁵ Después de su exhaustivo estudio F. ALBI, *Tratado*, p. 263 concluye: “... la municipalización no es, ni más ni menos para la legalidad vigente en España, que la simple exigencia de una autorización ministerial para el establecimiento de actividades económicas de la competencia local que no tenga carácter obligatorio y no hayan de prestarse mediante concesión. Eso es todo”.

3. Los principios constitucionales en el orden económico y su reflejo en la legislación del régimen local

1. Constitución económica y régimen local

El texto Constitucional de 1978 no contiene ninguna referencia explícita a la actuación de los Entes Locales en el campo económico, sin embargo del conjunto de los preceptos que contienen cláusulas económicas dirigidos a todos los poderes públicos, junto con el reconocimiento a la autonomía municipal, pueden deducirse una serie de corolarios que determinan un nuevo panorama en el Derecho Local Económico.

A tal efecto, pueden formularse las siguientes consideraciones:

a) Los arts. 39 a 52 de la CE enumeran una serie de principios la política social y económica referidos todos ellos a materias íntimamente relacionadas con la vida local, tanto en su dimensión territorial (medio ambiente, urbanismo, patrimonio histórico-artístico, etc.) como en su dimensión comunitaria o personal (protección a la familia, pleno empleo, protección a la salud, deporte, consumo, tercera edad, atención a disminuidos físicos, etc). Bien es cierto que estos principios no son directamente determinantes de competencias para los poderes públicos implicados –Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales– pero conforme al art. 53.3 informan la legislación positiva –la legislación sobre el Régimen Local– y la actuación de los poderes públicos. En consecuencia, para los Entes locales dichos principios pueden ser fuente directa o indirecta de inspiración legitimadora de actuaciones, máxime si se tiene en cuenta el reconocimiento a la autonomía para la gestión de los respectivos intereses de la comunidad local a la que sirven (art. 137 y 140 de la CE).

Puede, a primera vista, parecer paradójico que un texto constitucional que atiende a una profunda descentralización y proclame en diversos de sus preceptos, el principio de solidaridad y equilibrio económico en las diversas partes del territorio nacional (art. 2.131 y 138), no contenga ninguna cláusula que subraye el protagonismo

de los Entes Locales en el desarrollo y el progreso económico. El reconocimiento de una acción genérica en favor del desarrollo económico o de la actividad económica en general solo está reconocido a las Comunidades Autónomas (art. 148.1.13) y al Estado (art. 149.1.13). La razón de esta exclusión u omisión hay que entenderla en un doble sentido: a) Para la Constitución, la dirección global de la economía corresponde en, primer lugar, al Estado y, en subordinación a este orden unitario a las Comunidades Autónomas en relación con sus competencias; b) La autonomía local, se reconoce constitucionalmente, pero su regulación y disciplina corresponden a la legislación general y sectorial del Estado y de las Comunidades Autónomas, por lo que en todo caso compete a dicha legislación –y no a la Constitución– la previsión de una acción económica de los Entes Locales.

De todo ello se deduce, que la posible actuación genérica en el orden económico de los Entes Locales⁶, no sólo debe desarrollarse con estricta sujeción a los principios constitucionales, sino de conformidad con la política económica general –expresada en la legislación estatal o autonómica– por cuanto es manifiesto que a nivel local las exigencias económicas no se perciben como demandas económicas, sino como auténticas necesidades sociales, cuya pretensión de satisfacción integral pueden provocar distorsiones en la política económica general e, incluso, comprometer obligaciones internacionales del propio Estado (en particular, las derivadas de la Comunidad Económica Europea). De esta suerte, cuando el art. 25 de la Ley Básica del Régimen Local declara que “el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos, contribuyan a satisfacer necesidades y aspiraciones de la Comunidad vecinal”, lógicamente deberá interpretarse que todo ello tiene que tener lugar en el marco de lo establecido en la legislación o, como en el párrafo 2 de este mismo artículo se especifica “en los términos de la legislación del Estado y las Comunidades Autónomas”. Posiblemente, la Ley de Régimen Local que constantemente apela a la coordinación entre Administraciones y a las relaciones de colaboración entre las mismas, debería haber precisado más en lo referente al orden económico, a fin de evitar posibles disfunciones.

⁶ Entre las obras de carácter general: R. MARTÍN MATEO, *Derecho público de la economía*, Madrid, 1985; S. MARTÍN-RETORTILLO, “Derecho administrativo económico”, vol. I (1988) y II (1991); MARTÍN BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1988.

b) En lo que afecta a la participación directa en el orden productivo económico, el art. 128.2 de la Constitución proclama que "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"⁷.

Evidentemente, este artículo está formulado con carácter general y abstracto para todos los poderes públicos (Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales), pero, en cada una de estas esferas, los conceptos determinantes de este precepto tienen significados propios y peculiares, más allá incluso de la dimensión histórica que, en cada uno de ellos, haya tenido la asunción directa de actividades económicas: municipalización, provincialización de servicios y nacionalización. La aplicación de estos preceptos al mundo local, especialmente en lo que atañe a la idea de esencialidad y de monopolio (especialmente en lo que afecta a los monopolios de hecho que se dan en el régimen municipal por la ocupación de las vías e infraestructuras públicas), no permiten una simple mecánica de su literalidad, sino que precisan de unas matizaciones por parte de la legislación de desarrollo constitucional que no se ha visto exenta de dificultades interpretativas como tendremos ocasión de observar al analizar la legislación general y autonómica de régimen local.

2. La regulación en la legislación básica del régimen local

La Ley 7/1985 de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local contiene en su texto un Título VI, bajo la rúbrica "Bienes, Actividades y Servicios y Contratación", dentro del cual se contempla un breve Capítulo II (arts. 84 a 88) sobre las Actividades y Servicios". Algunas de las insuficiencias o lagunas de esta regulación han sido colmadas por los arts. 88 a 110) del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (Real Decreto-legislativo 781/1986 de 11 de Abril). En cualquier caso, debe recordarse que al tratarse de una Ley Básica que pretende regular o ser la nor-

⁷ Además de las referencias de la nota anterior: F. GARRIDO FALLA, "Tratado de derecho administrativo", vol. II, Madrid, 1992; R. GÓMEZ FERRER, "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales" en *Homenaje a García de Enterría*, tomo V, pp. 3834 y ss.; G. ARIÑO, "La empresa pública" en vol. II del *Modelo económico en la Constitución* (obra dirigida por F. GARRIDO FALLA), Madrid, 1981; J. SALAS, "La provincialidad de servicios, iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial" en el vol col. *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid, 1991 (obra dirigida por R. GÓMEZ-FERRER), Madrid, 1991; y F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 1992.

ma institucional del régimen local atiende a los aspectos de globalidad y de capacidad general, que deberán ser completadas por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, según su respectivo ámbito de competencias para cada sector. (art. 26.1 de la LB). A este respecto, conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones.

a) la Ley, en principio, distingue entre Actividades económicas y servicios públicos locales, aún cuando no mantiene hasta sus últimas consecuencias esta distinción, ni ofrece criterios inequívocos para distinguir ambos conceptos⁸.

b) El art. 85.1 formula una definición de Servicio público local, extraordinariamente genérica, considerando como tales “cuantos tienden a la consecución de los fines señalados, como de la competencia de las Entidades locales”. La definición es tan imprecisa que cualquier competencia municipal podría ser u ostentar la condición de servicio público local en cuanto “contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal” (art. 25) Aunque la reciente jurisprudencia –Sentencia 28 de Mayo de 1991 (A 4298)– intenta determinar con cierta precisión el concepto de servicio público local, a través de sus notas clásicas y de su contenido prestacional (los Ayuntamientos como “dadores de prestaciones), lo cierto es que en algunos supuestos se acude simplemente a la idea genérica finalista: así la Sentencia de 27 de Enero de 1992 (A.636) declara que “la organización y realización de Festejos con motivo de las fiestas patronales es actividad que merece la calificación de actividad de servicio público, por cuanto a través de la misma se satisfacen aspiraciones de la comunidad vecinal”.

Ahora bien, en relación con el artículo que comentamos, pronto se observa que, interpretado en su contexto, su finalidad no es tanto la de definir la idea de servicio público local, como la de detallar los tipos o modos de gestión, directa o indirecta de los mismos, conforme corresponde a una norma básica. Al propio tiempo y, en este orden de consideraciones, el art. 85.2 prescribe que “en ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad”. (La Sentencia de 26 de Mayo de 1990, ha precisado que en ningún caso podrá prestarse por gestión indirecta el servicio de Recaudación municipal).

⁸ Vid. con carácter general: F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios locales*, Civitas, 1992.

c) Junto a los servicios públicos locales, el art. 86.1 alude a la categoría de las “actividades económicas”, a efectos de proclamar que “las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, conforme al art. 128.2 de la Constitución”. En principio podría pensarse que para la Ley, las actividades económicas son las propias de la empresa privada o del giro y tráfico del sector privado, pero esta equivalencia no es tan clara por cuanto en el párrafo 2 de este artículo se especifica que “cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación que determina la forma concreta de gestión de Servicios”; y a mayor abundamiento, el párrafo 3 de este mismo artículo contempla la posibilidad de “actividades esenciales” a efectos de su reserva al sector público. De todo ello parece que puede concluirse, la posibilidad de actividades económicas que sean auténticos servicios públicos económicos o de contenido económico, junto a actividades económicas que no tengan o no alcancen esta categoría. En este sentido, la anterior Sentencia que califica a las fiestas patronales como actividad de servicio público (S. 27 de Enero de 1992), precisa que tal “actividad tiene un contenido económico, susceptible de ser prestado por empresario particular, por cuanto no implica ejercicio de poderes soberanos... la Corporación puede prestarlo indirectamente mediante contrato, dicho concreto y específico servicio)⁹. Desde esta última perspectiva, podría considerarse que todo servicio público que no implique ejercicio de autoridad es un servicio económico o una actividad económica prestada bajo la forma de servicio.

⁹ La Sentencia de referencia añade “debe pensarse que en el ámbito del Derecho administrativo, no existe pese a que otra cosa pudiera parecer, a tenor de la Ley de Contratos del Estado, un contrato específico de servicio público, sino que es necesario hablar de una pluralidad contractual diferenciada, a través de la que es posible dar cabida a todo tipo de gestión indirecta de un determinado servicio público”.

d) Finalmente, el art. 86.3 declara “la reserva de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios”. Esta enumeración es meramente enunciativa a nivel de la Ley básica, puesto que inmediatamente se complementa con la siguiente cláusula general “el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus res-

pectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley idéntica reserva para otras actividades y servicios”.

La primera consideración que ofrece este precepto es la equiparación entre “actividades o servicios” “a efectos de la declaración de esencialidad, terminología que contrasta con la de “recursos o servicios esenciales” del art. 128.2 de la CE, lo cual fuerza la conclusión que para la Ley, prácticamente, las actividades económicas son equivalentes a servicios económicos. La enumeración de los servicios o actividades que se declaran esenciales, coinciden prácticamente con la lista de los servicios que el art. 26.1.a) califica como obligatorios en todos los municipios. La Ley reguladora de las Bases del Régimen Local –en cuanto Ley formal– califica a esta categoría de servicios o actividades como esenciales a efectos de su reserva al sector público, reserva, por lo tanto, que afecta al ejercicio o asunción de los mismos, conforme al espíritu del precepto constitucional. Ahora bien, lo que resulta un tanto contradictorio es la circunstancia que tengan que declararse expresamente reservados unos servicios que por Ley son a la vez obligatorios en su implantación. Por todo ello, la Ley de Bases del Régimen Local, como Ley de reserva, parece atender más a la forma de gestión, monopolística o en libre concurrencia, que a la asunción o titularidad pública de la actividad o el servicio, tal como parece desprenderse del art. 128 CE. En efecto, el último inciso del párrafo 3 del art. 86 proclama que “la efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma”, de ahí que la expresión monopolio del art. 128.2 de la CE no parece utilizarse como efecto determinante de la reserva, –máxime cuando en el orden local los servicios obligatorios todos ellos están vinculados a monopolios de hecho (vía pública)– sino como un modo de gestión que se excluye potencialmente de la libre concurrencia. Y decimos, potencialmente, por cuanto el carácter facultativo de la efectiva asunción en régimen de monopolio, da a entender implícitamente que cabe una reserva en régimen no monopolista, deducción que ha sido desarrollada por la legislación local autonómica, y que se desprende, también de la legislación sectorial estatal, como es la paradigma-

tica situación prevista en la Ley 10/1987 de 15 de Mayo sobre Combustibles gaseosos (art. 1 y 6).

e) Para la asunción de actividades económicas, el arts. 86 Ley Básica invoca simplemente el art. 128.2 de la CE que reconoce la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas. El Texto Refundido de las Disposiciones del Régimen Local (arts. 97 y ss) con apoyo en las referencias que todavía se contienen en los arts. 22.f y 47.3.f) de la Ley Básica a los expedientes de municipalización o provincialización, somete dicha asunción a un rígido procedimiento de aprobación que, paradójicamente, sólo se diferencia de la asunción de los servicios reservados en régimen de monopolio por el quorum exigido en la Corporación y en la ausencia de la aprobación definitiva de la Comunidad Autónoma.

4. Las actividades económicas en el régimen local autonómico

Como ha destacado la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Enero de 1990, la Ley 7/1985 de 2 de Abril, Reguladora de las bases del Régimen Local "no es un texto básico precisado de ulterior desarrollo articulado, sino de fijación de límites dentro de los cuales las Comunidades Autónomas pueden hacer sus regulaciones particulares, pero en la inteligencia de que sus normas son directamente aplicables". Pues bien dentro de estos límites y atendiendo el denominado carácter bifronte del Régimen Local –como materia atribuida al Estado y a las Comunidades Autónomas– las Comunidades Autónomas con competencia legislativa han procedido a dictar normativas específicas en las que han abordado el tema del régimen de las actividades económicas de los Entes Locales dentro de sus respectivos territorios.

Nos vamos, a continuación, a referir a dos de estas experiencias en las que cabe apreciar, junto a la importancia atribuida a la gestión económica local, el grado de diversidad en la nomenclatura e interpretación de los conceptos básicos contenidos en la Ley Básica del Régimen Local.

1. La Ley municipal y del régimen local de Cataluña

Las materias que nos ocupan, sistemáticamente están encuadradas en el Título XIX, bajo la rúbrica “del Patrimonio, Obras, Actividades, Servicios y Contratación” (arts. 183 a 289) y en concreto en el Capítulo II (arts. 218 a 254 (Obras, Actividades y Servicios).

La Ley distingue entre “actividades de interés general” a cargo de los particulares” (arts. 222 a 226) y el ejercicio de actividades económicas a cargo de los Entes locales (art. 227). En relación con esta contraposición lo significativo del texto es la previsión de un Régimen de Acción Concertada entre los Entes Locales y los particulares que lleven a cabo “actividades sociales o económicas de interés público” (art. 226.2). La norma no define este tipo de actividades materialmente, sino sólo por su finalidad, por lo que, en todo caso, deberá atenerse, tal como especifica el art. 226 a la ordenación del sector de conformidad con la legislación estatal o comunitaria e, incluso eventualmente a las reglamentaciones locales.

En relación con las actividades económicas de los Entes Locales, la Ley distingue los siguientes conceptos y términos: 1) Actividad Económica en régimen de libre competencia (art. 227). 2) Actividad Económica cuyo objeto es la prestación de un servicio público esencial reservado por Ley a los Entes Locales, (art. 228). 3) Servicios Públicos locales. 4) Servicios locales de carácter económico (arts. 238 y 247). Del análisis de la Ley, inmediatamente se advierte que la finalidad de esta clasificación descansa en la adscripción de un determinado modo de gestión, que a caracteres diferenciales sustantivos. En el art. 233 se enumeran los modos de gestión que admite la Ley autonómica que en esencia son los mismos que los previstos en el art. 85 de la LBRL, con dos salvedades: 1) la admisión dentro de la categoría de los Organismos autónomos, de los de carácter industrial, comercial, financiero o industrial¹⁰, y 2) la reducción de la prohibición de prestar los servicios que impliquen ejercicio de potestades de coacción (sustituyendo la nomenclatura estatal, de “servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad) en la figura gestora del arrendamiento (art. 245.2). De la combinación de las actividades y servicios con los modelos gestores se obtiene el siguiente cuadro.

¹⁰ Vid. la ponencia de J. GALLOFRE, “Los organismos autónomos locales” en estas Xornadas.

■ Actividades económicas en régimen de libre concurrencia. Para su ejercicio se exigirá la tramitación del expediente, equivalente al expediente municipalizador (art. 227.2), a excepción de "si se trata de la simple administración o explotación por el Ente local de su patrimonio" (art. 227.4)¹¹. Las únicas fórmulas admitidas para la gestión de estas actividades son: los Organismos autónomos de carácter comercial o industrial; la Sociedad mercantil de capital público o cooperativa.

■ Las actividades económicas que tengan por objeto un servicio público esencial reservado por Ley a los Entes Locales, deberán adoptarse mediante el procedimiento municipalizador previsto en el art. 227, con la particularidad de que deberán formar parte de la comisión de estudios los representantes de los usuarios. Para la aprobación de su establecimiento se requerirá simplemente la aprobación de la Corporación si se va a prestar en régimen de libre concurrencia o bien con la aprobación de la Generalidad si la prestación se acuerda en régimen de monopolio (art. 229.2). Para la prestación de los servicios reservados, la Ley admite cualquier forma de gestión.

■ Para los servicios públicos locales, sin ulterior especificación, la Ley contiene el núcleo fundamental de la regulación, con vistas tanto a la gestión directa como, en su caso a la concesión administrativa (arts. 230 a 251).

■ Para los llamados simplemente servicios económicos, sin que la Ley especifique si se trata de los reservados o de las actividades económicas en libre concurrencia, se prevén preceptos especiales en orden a las modalidades de gestión por Sociedad mercantil municipal (arts. 238 a 240) y a la Sociedad Mixta (arts. 247 y 248). En principio, podría considerarse que las especificaciones que se contienen en estos artículos son comunes a todos los supuestos de Sociedad municipal o mixta, sin embargo de un análisis detallado y sistemático de estos preceptos se desprende que su operatividad sólo puede tener virtualidad cuando nos hallamos ante auténticos servicios públicos económicos (reservados o no) y no ante meras actividades económicas en libre concurrencia. Y ello cabe percibirlo, entre otros, del art. 240.3 que somete a las Sociedades municipales "en cualquier caso, la adquisición de bienes y la ejecución de obras se someterán a procedimientos que se adapten a los principios de publicidad

¹¹ F. LISET BORRELL, *La actividad empresarial de los entes locales*, Abella, Madrid, 1990, p. 67, denomina a este tipo de actividades "actividad económica doméstica de los entes locales".

y concurrencia, propios de la contratación administrativa". Este requisito sólo resulta justificable para una actividad económica erigida en servicio público, no para cualquier actividad económica en concurrencia para cuya prestación se eligiera el modo gestor de la Sociedad Municipal. Con ello se evidencia, que el texto de la Ley maneja unas categorías que al no definir las ni precisarlas con rigor, forzosamente entran en colisión y confusión.

2. *La legislación de régimen local de Navarra: la acción socioeconómica de los entes locales*

La Ley Foral 6/1990 de 2 de Julio de la Administración Local de Navarra contiene especialidades dignas de ser destacadas por cuanto en su Título V, bajo la rúbrica –"Actividades, Servicios y Obras"– dedica un Capítulo II sobre los Servicios Públicos (arts. 185 a 211), dividido en tres Secciones (19 Disposiciones Generales, Formas de Gestión y Servicios Económicos) y un Capítulo V (arts. 216 a 220) con la expresiva rúbrica "Acción Socioeconómica". Con vistas a esta sistemática, pueden formularse las siguientes consideraciones:

a) La Ley parte del loable propósito de distinguir o matizar, sistemática y materialmente, los Servicios Públicos de los llamados Servicios económicos y, a su vez de la llamada Acción Socioeconómica.

Este deslinde, en el orden material, no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, por cuanto al intentar delimitar los Servicios económicos (art. 204) tiene que utilizar como equivalente los vocablos "ejercicio de la actividad" o "la prestación del servicio" y, asimismo, al aludir a la Acción socioeconómica se apela a "explotar actividades industriales, mercantiles, agrícolas u otras análogas de naturaleza económica, conforme al art. 128,2 CE, así como potenciar la creación y desarrollo de iniciativas locales de empleo con dicha finalidad". Las referencias a "ejercicio", "prestación" o "explotación" no logran imprimir la suficiente nitidez diferenciadora.

Sin embargo, a efectos de régimen jurídico y determinación del grado de intervención del Ente local en la actividad o el servicio desarrollado si cabe atribuir efec-

tos a la sistemática prevista de la Ley: mientras que la incidencia de la regulación es máxima en los servicios públicos, para los de carácter económico, se tutela fundamentalmente el sistema de su establecimiento y, finalmente para la acción socioeconómica se flexibiliza el marco de intervención.

b) En cuanto a los Servicios que califica de económicos se atiende a un doble criterio: los reservados al sector público local mediante Ley del Estado o de la Comunidad Autónoma (que podrán prestarse en régimen de monopolio o sin monopolio) y los no reservados.

Respecto a los no reservados en favor de las Entidades Locales, la Ley exige la “previa municipalización mediante la tramitación de expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida y que comprenderá cuantas formulaciones de carácter técnico, jurídico, financiero y social afectan al servicio o actividad y determinación de gestión del mismo”. En este contexto, la Municipalización se utiliza sólo como expediente para asumir la explotación de servicios o actividades que no cuentan con una cobertura de reserva en favor de los entes locales, tanto en la legislación estatal como autonómica. La forma de gestión de estos servicios municipalizados, será preferentemente “a través de Sociedad mercantil, de la Entidad local en el capital social, o de Cooperativa” (art. 206). Como causas de cese de la municipalización se prevén: expiración del plazo, revocación por falta de concurrencia de circunstancias que motivaron su implantación y la producción de pérdidas continuadas en la gestión (art. 207).

Por el contrario para aquellos servicios o actividades que cuenten con la cobertura de una reserva a favor de los Entes locales en la legislación del Estado o de la Comunidad Autónoma podrán ser prestados en régimen de monopolio o sin monopolio, pero de la interpretación sistemática de los arts. 204 y 209 se desprende que la prestación en régimen de monopolio debe estar prevista en la propia norma con rango de Ley, correspondiendo a los Entes locales la decisión de su efectiva implantación en función de sus necesidades y de la capacidad de la propia Entidad (art. 204.1), puesto que conforme el párrafo 2 de dicho artículo (“únicamente procederá el monopolio respecto de actividades o servicios reservados al sector pú-

blico local mediante Ley del Estado o de la Comunidad Autónoma).

Si el servicio o actividad se prestara en régimen de sin monopolio, bastará el acuerdo del Pleno de la Corporación con determinación de la forma de del servicio “y previo expediente comprensivo de los aspectos sociales, financieros, técnicos y jurídicos de la actividad, y acreditativo de la idoneidad de la modalidad gestora proyectada” (art. 209.1). Este expediente sólo se diferencia de municipalización que hemos examinado anteriormente (art. 205.2) en que no es necesaria la exposición al público del mismo y que tampoco es precisa la mayoría absoluta de sus miembros para la aprobación.

Por el contrario, si el servicio se va a prestar en régimen de monopolio, se requerirá la exposición al público y la aprobación de la Corporación por mayoría absoluta de sus miembros y “requerirá la aprobación del Gobierno de Navarra”, con la especificación que “se otorgará discrecionalmente en función de la concurrencia de circunstancias de interés público legitimadoras de la exclusión de la iniciativa privada en la actividad o servicio de que se trate. La resolución del Gobierno de Navarra deberá recaer en un plazo de tres meses desde la recepción del expediente completo, teniendo el silencio carácter positivo” (art. 209). Desde luego el pronunciamiento de la Comunidad Autónoma sobre la legitimación de la exclusión de la iniciativa privada resulta un tanto anómala, cuando esta decisión legitimadora está ya incluida en la Ley que ha reservado con monopolio el servicio o actividad al Ente local. Este pronunciamiento de la Comunidad Autónoma sólo tendría su justificación plena si la Ley de reserva facilitara la opción para la prestación con o sin monopolio del servicio o actividad.

Los artículos 210 y 211 determinan que la aprobación del servicio en régimen de monopolio comporta la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectos al servicio, con la posibilidad de acordar la expropiación de empresas o el rescate de concesiones, con un previo aviso de seis meses de antelación a los interesados. En caso de no establecerse el servicio en el plazo de dos años, procederá la reversión. De forma análoga, procederá la reversión, cuando desapareciere el servicio o cesare su prestación en régimen de monopolio en el plazo de diez años.

c) En el capítulo dedicado a la Acción socioeconómica (arts. 216 a 220) se habilita a las Entidades locales para llevar a cabo distintas actuaciones que tengan como finalidad primordial “satisfacer las necesidades de las colectividades que representan mediante la utilización preferente de recursos humanos y materiales propios de las mismas” (art. 216). Entre ellas deben distinguirse las siguientes, con sus respectivos medios gestores:

■ Los entes locales podrán adoptar medidas de protección y promoción del aprovechamiento de los recursos naturales e industriales ubicados en su territorio, todo ello “coordinadamente la acción con la del Estado o de la Comunidad Foral en el ámbito de sus respectivas competencias” (art. 216.2).

■ Llevar a cabo la explotación de actividades industriales, mercantiles, agrícolas u otras análogas de naturaleza económica conforme al artículo 128.2 de la Constitución, así como potenciar la creación y desarrollo de iniciativas de empleo con dicha finalidad (art. 216). En el marco del esquema de la Ley, esta declaración equivale a una reserva (sin monopolio) en favor de los Entes locales para que puedan prestar dichas actividades sin necesidad de la previa municipalización, prevista en el art. 205). Por todo ello, los Municipios podrán asumir el desarrollo de estas actividades unilateralmente –la ley utiliza la expresión “en forma exclusiva” que puede inducir a confusión– mediante la constitución de Sociedades mercantiles cuyo capital social le pertenezca íntegramente, o bien “en colaboración con otras entidades públicas o privadas y los particulares a través de Sociedades Mixtas”. Se exigirá expediente de municipalización cuando la Entidad local participe “en más de un tercio de capital social”, requisito que sólo parece necesario cuando la sociedad tenga estructura mixta (art. 217.2). Para estas Sociedades mercantiles la Ley impone una serie de elementos o requisitos –que en el fondo no son otra cosa que modulaciones respecto al régimen de los servicios económicos–: adopción de la forma de sociedades anónimas o cooperativas de responsabilidad limitada, sus estatutos garantizarán la máxima autonomía en el funcionamiento de la sociedad y establecerán las causas tasadas de dependencia de la autoridad local (art. 217), y finalmente “la gestión económica se realizará en régimen de libre con-

currencia con la iniciativa privada, sin ventajas de carácter fiscal con respecto a ésta, y se ajustarán al principio de rentabilidad" (art. 218.1). Estas precisiones que en definitiva deberían ser predicables análogamente a los servicios económicos no monopolizados, se incorporan en el texto de la ley, posiblemente a la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1989, dada la similitud de las actividades e iniciativas, previstas.

■ Por lo que afecta a las iniciativas locales de empleo, el art. 220 preve fórmulas de potenciación distintas a las de pura gestión económica, como son las llamadas Agencias de Desarrollo y la aprobación de reglamentaciones que contemplen dichas iniciativas a efectos de otorgamiento de subvenciones, avales y cualesquiera otras medidas que se estime oportunas. Como señala *España Oroz*, comentarista de este precepto de la Ley Foral¹², las Agencias de Desarrollo coinciden con los servicios especializados de consultoría para la asistencia técnica de pequeños empresarios (especialmente, gerencia, marketing, organización del trabajo y finanzas). Aunque la Ley no especifica el sistema de gestión de estas agencias, el citado autor considera que podrán prestarse por los diversos métodos directos (Organismo autónomo local o sociedad mercantil).

5. Nuevas formas de intervencionismo económico local y la problemática de sus límites: la interpretación jurisprudencial del principio de especialidad del objeto social en la Empresa pública local.

La crisis económica de los años setenta y ochenta ha afectado fundamentalmente a la pérdida de puestos de trabajo y a la desaparición de empresas. Estos hechos han tenido a nivel municipal una gran repercusión, por ser el marco donde estos conflictos se viven a nivel personal y comunitario. Las acciones de fomento de las Corporaciones se canalizaban a través de la gestión de las infra-

¹² Vid. "Comentarios a la Ley foral de la Administración local de Navarra" (dirigido por M. RAZQUIN LIZARRAGA y A. SERRANO AZCONA), G. de Navarra.

¹³ Vid. con carácter general X. GREEFFE, "Territoires en France: Les enjeux économiques de la décentralization". *Económica*, 1984. En relación con las experiencias italianas "Los distritos industriales y las pequeñas empresas. Distritos industriales y cooperación interempresarial" (edición española M. TERESA COSTA CAMPI), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

¹⁴ Vid. J.C. NEMERY, "L'interventionisme économique" en "La libre administration des collectives. Reflexion sur la décentralisation". *Económica*, París, 1984, pp. 141-161.

estructuras urbanísticas que favorecían el establecimiento de nuevas industrias en el territorio. Al cambiar el signo económico, este tipo de medidas han resultado insuficientes para atraer y mantener el tejido industrial. Por todo ello, los Municipios, sensibles a la crisis de los puestos de trabajo han desplegado un nuevo tipo de intervencionismo cuyo objetivo final es el mantenimiento y creación de nuevos empleos, a través de una serie de medidas directas (exenciones a los impuestos locales, subvenciones, cesiones de terrenos, etc.), indirectas (participación en empresas, otorgamiento de garantías o avales) y mixtas (formulación a través de sociedades propias de iniciativas empresariales y asesoramiento a fin de animar la acción empresarial)¹³. Este cambio en las técnicas de actuación han tenido ya algún reflejo en la legislación del Régimen local comparado –la reforma francesa de los primeros años ochenta¹⁴– e incluso en nuestro país, como hemos tenido ocasión de examinar en la legislación de Navarra en materia de Régimen local (acción socioeconómica).

¹⁵ V. COUSSIRAT-COUSTERE, "Les interventions économiques des collectivités locales face au droit communautaire de la concurrence" en *L'interventionisme économique. La libre administration*, op. cit., pp. 197-196.

¹⁶ Para una visión panorámica de las diversas experiencias. X. GREFFE "Descentralizar en favor del empleo. Las iniciativas locales de desarrollo". Ministerio de Trabajo y SS., 1990.

¹⁷ La sentencia de referencia ha merecido comentarios de distinto significado: Vid. J. M^a CUEVAS "El caso Iniciativas S.A. Los límites del sector público en la economía" (Diario *El País*, 18-nov.-1989, p. 74) y SO-SA WAGNER "Comentarios a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989" en la *Revista del Poder Judicial* n^o 19, pp. 309 y ss.

Esta nueva modalidad de intervencionismo ha creado problemas de interpretación jurídica en orden a sus límites en el orden interno y en relación con el derecho comunitario europeo¹⁵. Nuestra jurisprudencia administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso concreto de esta modalidad de intervencionismo que cuenta ya con amplias experiencias en el derecho comparado¹⁶.

1. Para la interpretación de la normativa del régimen local en materia de actividades económicas reviste especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1989 sobre la Sociedad Mercantil "Iniciativas, S.A." del Ayuntamiento de Barcelona, cuyos pronunciamientos, en el orden sustantivo y en el procesal, se prestan a diversas consideraciones críticas¹⁷. En cuanto a los hechos determinantes se trataba de la impugnación por una Organización empresarial de la constitución por el Ayuntamiento de Barcelona de la Sociedad Privada Municipal, Iniciativas, S.A., cuya finalidad era la promoción y participación en actividades económicas y sociales que contribuyan al desarrollo del entorno socioeconómico, potenciando iniciativas empresariales, participando en proyectos empresariales y en operaciones de capital-ries-

go, gestionando ayudas y trámites, así como llevando a cabo funciones de asesoramiento, estudio general y elaborando planes de viabilidad, reconversión y reindustrialización (art. 3).

Los motivos de impugnación del citado acuerdo se cifraban en esencia en los siguientes: incompetencia del Ayuntamiento para las actividades de fomento, las actividades económicas-empresariales son ajenas al ámbito material de las competencias que enumera el art. 25 de la Ley de Bases del Régimen Local (art. 25) e incompatibilidad con los Tratados de la CEE (las condiciones de preponderancia e influencia dominante del Municipio sobre la libre competencia de la citada sociedad en una economía de mercado). La demanda fue desestimada en la primera instancia y apelada ante el Tribunal Supremo, cuyos principales pronunciamientos pueden sintetizarse con arreglo al siguiente esquema:

a) Frente a la argumentación de que las actividades empresariales son ajenas al ámbito material de la competencia local, la Sentencia, en su segundo fundamento, formula la siguiente consideración, después de aludir al art. 38 de la CE, "el art. 128,2 de la misma CE también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, precepto, este último, que en la esfera local ha sido desarrollado por el art. 86,1 de la ya aludida Ley básica de 2 de Abril de 1985 al establecer que las Entidades Locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida podrán ejercer iniciativas para el ejercicio de actividades económicas, conforme al art. 128.2 de la CE, con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de la producción, el privado y el público que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta". De esta suerte, añade la Sentencia, se aparta "nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiaridad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional".

b) De la coexistencia de iniciativas públicas y privadas en el mercado no se deduce una total equiparación, pues la creación de empresas públicas para fines empre-

sariales está sujeta a dos condiciones” que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno, directo ni indirecto, a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado”.

La exigencia del interés público en la asunción de actividades por la empresa pública, la deduce la Sentencia –además de la propia dicción del art. 86.1 de la Ley Básica de Régimen local– de preceptos constitucionales; “todas las actuaciones de los Órganos de la Administración pública deben responder al interés público, que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 102.1 de la CE), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación”.

c) Tras estas declaraciones generales, la Sentencia para verificar la concurrencia o no del interés público en la citada empresa atiende, en primer lugar, al objeto social de la misma tal como aparece cifrado en los Estatutos de la Sociedad (art. 3), anteriormente reproducidos. Y en tal sentido, la Sala aprecia “ambigüedad, la inconcreción, la vaguedad, la generalidad, la imprecisión, la indefinición y la indeterminación de la concreta o concretas actividades o actividades que hubiera de desarrollar la nueva sociedad, pues, son prácticamente posibles todos los negocios y actividades dentro del omnicomprendido enunciado general que reseña el objeto social del art. 3 del citado de los Estatutos, que no especifica ninguna concreta actividad o negocio que se vaya a realizar, sino sólo los indicados enunciados generales”. Esta inespecificación, conculca “el principio de especialidad de las empresas públicas que exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues sólo conociéndolos la misma se podrá examinar en todos sus aspectos (técnico, económico, social, jurídico) y se podrá deter-

minar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público, es decir, si interesa al bien común que se crea y nazca una empresa pública que ejerza aquella o aquellas concretas actividades empresariales o económicas”.

d) Dado que la verificación a la adecuación del objeto social de la Sociedad en cuestión no fue planteada ni por la parte demandante ni por la Sentencia de instancia, se apeló para su introducción en el proceso, el art. 43.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por parte del Tribunal Supremo, dándose oportunidad a las partes para exponer nuevos motivos que versaron sobre la posibilidad de inscripción registral de sociedades en tales condiciones de indefinición e incluso de la propia impugnación de la inscripción –que fueron consideradas por la Sala como cuestiones ajenas a esta jurisdicción– o sobre el carácter de las actividades desarrolladas por la Sociedad desde su constitución, así como los aumentos de capital posteriores, cuestiones todas ellas ajenas al motivo principal de la impugnación, pero que la Sala refleja y comenta en el cuerpo de la Sentencia en evidente apoyo a su *ratio decidendi*.

Precisamente, en atención a que el motivo que determinara del fallo anulatorio deriva del art. 43.2 de la LJ, se interpuso, primeramente, recurso contencioso-administrativo de Revisión que fue declarado improcedente y, contra el mismo, Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, que también fue desestimado por Sentencia TC de 21 de Febrero de 1991. A los presentes efectos conviene simplemente dejar constancia que el Tribunal Constitucional considera: 1) que en la verificación de la adecuación o no de la Sociedad al interés público, el Tribunal Constitucional no puede suplantar al Tribunal Supremo, 2) que tampoco pueda pensarse “en una discriminación en la aplicación de la Ley por las Administraciones públicas, pues es manifiesto que empresas públicas y privadas tienen al menos una notoria diferenciación cuando concurren en la economía de mercado; la necesidad de justificar la existencia de un interés público que legitime la creación de aquéllas, así como la decisión de optar por un régimen jurídico que regula su actuación, bien diverso del normalmente previsto para las Administraciones públicas. No se trata, pues, de supuestos de hecho, a estos efectos homogéneos”.

2. Con independencia de los supuestos de hecho que concurren en esta importante Sentencia y del sentido del fallo –en cuanto pretende erigir como constitutiva de la empresa pública el principio de la especialidad de su actuación–; y como parámetro principal, la verificación de la concurrencia del interés público –parece necesario formular algunas consideraciones a la vista de estar en presencia de una cuestión en la que concurren aspectos jurídico-administrativos y mercantiles, máxime cuando el régimen jurídico de estos últimos ha sufrido una modificación significativa con posterioridad a la fecha de la Sentencia: la Ley 19/1989 de 25 de Julio de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas europeas en materia de Sociedades; el Real Decreto-Legislativo 1564/1989 de 22 de Diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y el Real Decreto 1.597/1989 de 29 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento Mercantil.

a) La Sentencia del TS advierte que el objeto del proceso está constituido “por la peticionada declaración de nulidad del acuerdo municipal que aprobó la constitución de la repetida Sociedad mercantil, habiéndose de significar que, obviamente, aquí no se trata de discernir si es o no válida e inscribible en el Registro Mercantil una Sociedad anónima con dicho indeterminado objeto, según las leyes mercantiles, o si es o no posible la impugnación registral que en tales condiciones de indefinición de objeto hubiera podido practicarse en el Registro de esta Sociedad –temas evidentemente ajenos a nuestra jurisdicción– sino que lo de que aquí se trata de constatar es si el interés público pedía, aconsejaba o hacía oportuno la creación y aprobación en aquella forma de esta Sociedad, extremos que no sólo estaban enteramente sin justificar, sino que era imposible conocerlos ante la imprecisión e indeterminación de los negocios o actividades que hubiese de afrontar la nueva Sociedad, todo lo cual conduce a anular la indebida aprobación que a su constitución dió el Acuerdo Municipal”.

De este pronunciamiento del Tribunal Supremo se deduce que la institución de una Sociedad Mercantil por una Corporación municipal se estructura en dos fases típicas: una esencialmente jurídico-administrativa de aprobación de la creación de la misma, valorando la concu-

rrencia del interés público a la vista de los aspectos técnicos y de los proyectos de estatutos que pretenden regirla; y una segunda fase, netamente jurídico-mercantil: obtenida la aprobación municipal, la Corporación procede al negocio jurídico de constitución de la Sociedad anónima en escritura pública, para que con posterioridad a su inscripción en el Registro mercantil, aquella adquiera personalidad jurídica pueda actuar. En cada uno de estas fases se protegen distintos intereses de los miembros de la sociedad o de terceros. En la fase de constitución de la Sociedad, la doctrina ha debatido ampliamente sobre el grado de determinación del objeto social, así mientras algunos son partidarios de la necesaria concreción de las actividades principales y complementarias, otras corrientes, por el contrario, llegan a admitir objetos genéricos, sobre la base de distinguir entre actividades sociales propiamente dichas y actos o medios jurídicos de los que la sociedad puede valerse¹⁸. La Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros viene exigiendo el requisito de la concreción de actividades, pero con amplias matizaciones, prohibiéndose, por considerarse indeterminados, aquéllas fórmulas omnicomprendivas de toda posible actividad comercial o industrial en las que se emplean términos absolutamente genéricos, pero no cuando se determinan actividades plurales o sectoriales. El art. 117 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, recoge en gran medida estas orientaciones al determinar que los Estatutos harán constar la determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integran (no pudiendo incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización de cualesquiera otras actividades), pero permitiendo como novedad que “si se pretendiera que las actividades integradas del objeto social puedan ser desarrolladas por la Sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicara así expresamente”. Desde esta nueva legalidad, difícilmente se hubiera podido considerar indeterminado el objeto de la sociedad en cuestión en el momento de la constitución de la misma.

Estas referencias al objeto social lo son, por lo que respecta al Derecho común de Sociedades Anónimas¹⁹, puesto que la legislación especial puede delimitar tipos espe-

¹⁸ Sobre el tema H. SÁNCHEZ RUS, *Entidades mercantiles con regulación especial*. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1989.

¹⁹ Para una amplia exposición sobre el tema en el Derecho español y en el comparado J. C. GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la sociedad anónima*. Civitas, Madrid, 1990.

ciales de sociedades y restringir legalmente el objeto social a un único objeto social o a algunos específicos (sociedades de seguros, gestión de fondos de inversión, deportes, etc). En estos supuestos si que habría que admitir el principio de especialidad, no por razón de la voluntad de los otorgantes, sino por disposición específica de la Ley. Las Sociedades Municipales tienen algunas especialidades, además de las organizativas, pues por lo pronto su actividad se debe circunscribir a un término municipal (especialidad territorial). Ahora bien, sorprende que de la anulación del acto administrativo de aprobación de la creación de la Sociedad (el fallo denomina constitución, pero en realidad la constitución se produce en la segunda fase de otorgamiento de la escritura pública e inscripción registral) no se deriven consecuencias para la existencia de dicha Sociedad que parece que pueda seguir actuando y su título constitutivo es inatacable. Obviamente, habrá que considerar que la anulación de los presupuestos administrativos habilitantes del negocio jurídico fundacional de la Sociedad han desaparecido como causa jurídica. Ahora bien, conforme al derecho vigente esta declaración de nulidad del acto administrativo legitimador, una vez constituida e inscrita en el Registro Mercantil, paradójicamente no tiene una vía clara para materializar sus efectos, salvo en los casos en que la misma en acatamiento de la declaración de nulidad proceda a su disolución. Y ello, por cuanto –salvo en el supuesto de la sociedad constituida y no inscrita a la que se aplican las reglas de la sociedad irregular (art. 16 del Texto Refundido de SA)– las únicas causas para declarar la nulidad, anulación o inexistencia de una Sociedad inscrita son las señaladas en el art. 34 del Texto Refundido: por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público, por no expresarse en la escritura de constitución o estatutos sociales (la denominación, las aportaciones, la cuantía del capital, el objeto social, etc) por incapacidad de todos los socios fundadores y no concurrir en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos. Para supuestos análogos a los del fallo, la pérdida de causa jurídica de constitución de la sociedad habría que asimilarse a algunos motivos de nulidad, tales como resultar el objeto contrario al orden público o la no expresión correcta del objeto social.

b) Si bien la Sentencia considera que los requisitos de la legislación mercantil son ajenos a su decisión y planteamiento, lo cierto es que erige al requisito de la determinación del objeto social de la Sociedad como parámetro para la verificación de la concurrencia del interés público y de la afirmación del principio de especialidad en la empresa pública, principio eminentemente limitativo –que, principalmente, la doctrina francesa ha mantenido siempre para las Entidades institucionales²⁰–, pero de dudosa aplicación al campo de las sociedades mercantiles.

c) En conclusión, lo paradójico de la Sentencia reside en que para salvaguardar intereses extramercantiles y extrasocietarios –los intereses públicos de la comunidad local– ante la aparición de una Sociedad mercantil (que para una pluralidad de cometidos va a sustituir a la Corporación municipal como Administración regida por el Derecho público) se utilizan técnicas y parámetros de control propios del Derecho mercantil, cual es la exigencia de la concreción del objeto mercantil que, en última instancia, desembocaría en un hipotético principio de especialidad de la empresa pública. Todo ello cuando cada día, es más flexible la interpretación mercantilista de los expresados requisitos en contraste con la siempre muy cautelosa doctrina mercantilista de advertir los peligros en que pueda incurrir la empresa pública municipal en el campo de la responsabilidad y patrimonial²¹.

Todas estas consideraciones abonan la necesidad de promulgar un nuevo Reglamento de Servicios de las Entidades Locales que adecue los aspectos o facetas estrictamente jurídico-administrativas de las Sociedades municipales con la nueva realidad jurídica, surgida a partir del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 a fin de evitar incongruencias y poder valorar la incidencia de los posibles vicios de los actos administrativos constitutivos en el régimen mercantil de las mismas. 

²⁰ Sobre el alcance del principio de especialidad en el Derecho público económico francés: B. JEANNEAU, "Droit des services publics et des entreprises nationales", Daloz, 1984, pp. 174 y ss. (290 y ss.); LINOTTE y A. MESTRE, "Services publics et droit public économique", vol. I, pp. 222 y ss. En general J. C. DOUENCE, "La spécialité des personnes morales publiques en droit administratif français", *Revue Droit Public*, 1972, pp. 753 y ss.; J. CARBAJO, "Droit des services publics", Dallos, 1990, pp. 76 a 79.

²¹ Sobre los peligros o riesgos de las sociedades unipersonales en el ámbito local. Vid. J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, "La sociedad privada municipal", *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 179, 1973, pp. 450-479.