

IV. Reordenación del sector público local y regímenes locales de bienestar

La reordenación del sector público local¹

Luis Enrique Flores Domínguez

Secretario general del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla

1. Una observación previa
2. Un nuevo principio nuclear en la actuación de las Administraciones Públicas: la estabilidad presupuestaria
3. Concepto y clasificación del sector público local
4. El sector público local y su redimensionamiento: ideas previas
5. El Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (versión publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 7 de noviembre de 2013)
 - 5.1. Medidas que inciden en el redimensionamiento del sector público local
 - 5.2. Cuestiones que no aborda el Proyecto y que ayudarían a racionalizar el sector público local
6. Medidas concretas de redimensionamiento: la nueva disposición adicional novena LBRL
7. Enmiendas presentadas a la disposición adicional novena
8. La redacción definitiva de la Ley 27/2013. Los cambios introducidos en el Senado

Resumen

La estabilidad presupuestaria se ha convertido en un principio rector clave en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, con el objetivo último de eliminar o reducir a unos términos razonables el déficit público. La Administración local no puede permanecer ajena a esta realidad, y de ahí que se haya abordado una reforma del régimen local mediante la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local. La reforma se ha llevado a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Diversas son las medidas que se abordan, desde la delimitación del ámbito competencial de los municipios, con el objetivo de plasmar el principio de "una Administración, una competencia", a la fijación de un nuevo marco de actuación de las diputaciones provinciales o el régimen de la prestación de los servicios públicos y el ejercicio de la iniciativa pública económica.

El presente trabajo se centra en un aspecto concreto: la reordenación del sector público local. Con ella se pretende un objetivo de eficiencia y de reducción de gastos de los entes locales. La posición inicial del Proyecto de Ley abordaba la cuestión de una manera radical, propiciando prácticamente la eliminación de este sector. Finalmente, en el Senado se han introducido enmiendas que permiten la existencia de un sector público local, condicionado por dos elementos: de un lado, la situación financiera de la propia entidad local; de otro, la situación económico-financiera del ente instrumental.

Palabras clave: *reordenación; sector público local; estabilidad; déficit; servicio público; morosidad; sociedades mercantiles locales.*

1. Este trabajo fue elaborado con motivo de nuestra intervención en el "Fórum local. Hacia una nueva administración local: desde el régimen competencial al sector público, pasando por lo supramunicipal. La reforma de las bases del régimen local español", organizado en Sevilla, los días 15 y 16 de noviembre de 2013, por la Fundación Democracia y Gobierno Local y la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Para su publicación hemos añadido las novedades que, finalmente, ha incorporado en esta materia la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, así como las modificaciones introducidas por la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y las modificaciones a la Ley orgánica de estabilidad presupuestaria efectuadas por la Ley Orgánica 9/2013.

The restructuring of the public local sector

Abstract

Budget stability has become a key guiding principle for the framework of Public Administrations. This principle has an ultimate aim of eliminating or reducing the public deficit. The local administration cannot be set aside of this reality and for this reason it has been amended Law 7/1985, of 2 April, of Basic State Local Law. This reform has been carried out by Law 27/2013, of 27 of December, on rationalization and sustainability of Local Administration.

This reform encompasses several measures like the delimitation of the competences of the municipalities –with the aim of comply with the principle “one Administration, one competence”–, the establishment of a new framework for intermediate local governments (diputaciones) or the reconfiguration of the framework of public services and the exercise of the public initiative in the economy.

This article is centered on a specific issue: the restructuring of the public local sector. This restructuring pursues to gain efficiency and to reduce the cost of local entities. The initial draft of Law 27/2013 faced these questions radically, pursuing in fact the elimination of the public local sector. At the end, the Senate introduced amendments that allowed the existence of the public local sector. However, it is now conditioned by two elements: on the one hand, the financial situation of the local entity and, on the other, the economic-financial situation of the instrumental body in question.

Keywords: restructuring; public local sector; stability; deficit; public service; delay in payment; local trading company.

1. Una observación previa

La reordenación del sector público no es una necesidad que se nos presente a consecuencia de la profunda crisis monetaria y económica que ha afectado, entre otros, a la Unión Europea, sino que ha sido un propósito que se ha mostrado presente en cada ciclo de recesión económica.

Un hito fundamental fueron los llamados “Pactos de la Moncloa”², suscritos el 27 de octubre de 1977, y cuya medida IX contemplaba la POLÍTICA ENERGÉTICA Y ESTATUTO DE LA EMPRESA PÚBLICA. Respecto al Estatuto de la Empresa Pública, los Pactos indicaban que la actuación del Gobierno se orientaría conforme a los siguientes criterios:

“A. Estatuto de la Empresa Pública

“Antes del 30 de junio de 1978, el Gobierno remitirá un Proyecto de Ley a las Cortes relativo al Estatuto

de la empresa pública sobre la base de los siguientes criterios:

“1. *Control parlamentario.* Dada la problemática de las empresas públicas, se considera conveniente que el control parlamentario de las mismas se realice por una Subcomisión específica dentro de la Comisión de Economía.

“2. *Control por la Administración.* El estatuto de la empresa pública regulará los siguientes extremos:

“a. Su coordinación y racionalización de conjunto por un órgano de la Administración;

“b. Su control financiero externo de acuerdo con lo establecido en la Ley Presupuestaria, y

“c. Su control interno, que se efectuará por los distintos departamentos ministeriales competentes.

“3. *Regionalización de inversiones.* La inversión realizada a través de la empresa pública deberá coadyuvar al desarrollo de las regiones menos desa-

2. “Los efectos de un Gobierno de concentración... Con esa mentalidad nacieron los Pactos de la Moncloa, que permanecen en la memoria colectiva de este país y han pasado a la historia como ejemplo de consenso y generosidad de las fuerzas políticas y sociales. Se llevaron a cabo con toda la transparencia posible. La prensa esperaba a las puertas del Palacio de la Moncloa la salida de los negociadores que explicaban los avances, tanto de las sesiones plenarias como de las comisiones”. F. ÓNEGA, *Puedo prometer y prometo. Mis años con Adolfo Suárez*, Ed. Plaza y Janés, 2013, págs. 116-117.

rolladas. En los planes de inversión de las empresas públicas se determinará con claridad suficiente el porcentaje de las mismas que se destinen a las distintas áreas regionales.

"4. *Descentralización de actividades.* En espera de lo que en este sentido pueda derivarse de la nueva Constitución y del eventual establecimiento de gobiernos autónomos, se procurará conseguir desde ahora en este ámbito el máximo grado de descentralización, compatible en todo caso con las directrices que adopte la empresa pública a nivel general.

"5. *Participación de las fuerzas sociales.* Reconocimiento de la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las empresas públicas, fundamentalmente a través de sus sindicatos y establecimiento de cauces de consulta a los consumidores o usuarios para la elaboración de las políticas de estas cuando les afecten y para el control de la eficacia de sus actividades.

"6. *Régimen de incompatibilidades.* Establecimiento de un régimen de incompatibilidades para los miembros de los Consejos de Administración de las empresas públicas.

"7. *Adquisiciones y enajenaciones.* La adquisición y enajenación de empresas o de activos por parte del sector público se someterá a rigurosas formas de valoración que garanticen, en todo caso, su realización por el valor justo que corresponda.

"8. *Condiciones de actuación.* Las condiciones de actuación de las empresas públicas y privadas se equiparán de forma que en la gestión de ambos tipos de empresa no se den situaciones discriminatorias".

La Ley que aprobara el Estatuto de la empresa pública nunca llegó a materializarse, aunque muchos de los criterios que se plasmaron en los Pactos se han ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico en diversas leyes sectoriales.

Otro intento racionalizador fue la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, aunque limitado a la denominada "Administración institucional", señalando su exposición de motivos que "resulta inaplazable racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada 'Administración Institucional del Estado'", aunque el número de excepciones

que contemplan sus disposiciones adicionales hizo bastante ilusorio el intento racionalizador.

2. Un nuevo principio nuclear en la actuación de las Administraciones Públicas: la estabilidad presupuestaria

El principio de estabilidad presupuestaria y la contención del déficit estructural se han convertido en los ejes de la política económica en la Unión Europea, incluso la necesidad de su cumplimiento se ha utilizado para justificar la propia supervivencia del Estado Social.

La trascendencia que ha alcanzado el principio de estabilidad presupuestaria en nuestro ordenamiento jurídico ha afectado, incluso, a la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Así, el Tribunal Constitucional, en sentencias 197 y 198/2011, de 13 de septiembre, avaló el fundamento de la competencia estatal para establecer medidas de política económica relativas a la estabilidad presupuestaria sobre el resto de las Administraciones Públicas. El Tribunal Constitucional, reproduciendo la doctrina sentada en la sentencia 134/2011, señala que "La legitimidad constitucional de que el Estado, ex arts. 149.1.13 y 156.1 en conexión con el art. 149.1.14 CE, establezca topes máximos en materias concretas a las comunidades autónomas en la elaboración de sus presupuestos se extiende, con igual fundamento, a la fijación de topes generales para dichos presupuestos, toda vez que la política presupuestaria es un instrumento de la política económica de especial relevancia, a cuyo través incumbe al Estado garantizar el equilibrio económico general (STC 62/2001, FJ 4)".

Para reforzar la vinculación del principio para todas las Administraciones Públicas, y probablemente por exigencias de la Unión Europea ante el peligro inminente del temido "rescate", se procedió a la segunda reforma constitucional³, modificándose el artículo 135 CE. La reforma se inició el 28 de agosto de 2011. En esta fecha, los grupos parlamentarios Socialista y Popular en el Congreso de los Diputados presentaron conjuntamente una proposición de reforma, solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia y

3. La primera reforma afectaba al apartado 2 del artículo 13, introduciendo el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, por exigencias del Tratado de Maastricht. Fue sancionada por el rey el 27 de agosto de 1992, y publicada el día siguiente.

lectura única en Pleno. La elección de este cauce procedimental generó bastante controversia, dado el calado y trascendencia del asunto. Finalmente fue promulgada el 27 de septiembre de 2011⁴ y el precepto ha quedado con la siguiente redacción:

“1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

“2. El Estado y las comunidades autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

“Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

“3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

“Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

“El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

“4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública solo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o so-

cial del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

“5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

“a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

“b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

“c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

“6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias”.

Además, se incorporaba una disposición adicional única con la siguiente redacción:

“1. La Ley Orgánica prevista en el artículo 135 de la Constitución Española deberá estar aprobada antes del 30 de junio de 2012.

“2. Dicha Ley contemplará los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el artículo 135.3 de la Constitución Española.

“3. Los límites de déficit estructural establecidos en el artículo 135.2 de la Constitución Española entrarán en vigor a partir de 2020”.

El mandato constitucional se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (modificada por la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, para

4. “Como recoge la propia exposición de motivos, el motivo de la reforma ha sido cumplir con los compromisos asumidos por España al integrarse en la Unión Económica y Monetaria Europea, un marco en el cual la estabilidad presupuestaria adquiere un valor estructural y condicionante de la capacidad de actuación financiera y presupuestaria de las Administraciones Públicas. Se concibe así la estabilidad presupuestaria como esencial para el mantenimiento y desarrollo del Estado Social que se proclama en el artículo 1.1 de la Constitución. Así pues, se opta por incluir en la Constitución y, por tanto, por otorgar a la estabilidad presupuestaria el máximo nivel normativo posible dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Esta es la mejor prueba de lo que ya es una realidad agudizada desde el comienzo de la actual crisis, que, entre otros Alzaga, ya expresaron con claridad: las pautas que nos llegan en política económica desde Bruselas son cada vez más precisas, de forma que la potestad soberana de elaborar los Presupuestos Generales del Estado va a estar condicionada, por la política de gobernanza económica europea. En definitiva, la reforma constitucional consagra una nueva atribución de competencias derivadas de la Constitución, necesaria para proseguir la construcción de la Unión Europea”. Sinopsis del artículo 135, www.congreso.es

reforzar las obligaciones de cumplimiento de los límites de gasto). Lo más relevante es que se fija un límite de déficit estructural del 0,4 % del PIB, y un límite del volumen de deuda pública del 60 % del PIB. La distribución del nivel de endeudamiento medio se fija para la Administración General del Estado en un 4 % del PIB, para las comunidades autónomas en un 13 %, y para las corporaciones locales en un 3 %⁵.

En este contexto de rigor presupuestario para todas las Administraciones Públicas, destaca la posición de máxima exigencia para las entidades locales, a las que se obliga a presentar equilibrio presupuestario a partir de 2020, ya que la admisión de un déficit estructural a partir de esa fecha únicamente se contempla para el Estado y comunidades autónomas.

La Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, ha modificado la Ley 2/2012, entre otras cuestiones para aclarar que “a efectos del cumplimiento de los límites de endeudamiento a los que se refiere el párrafo segundo del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera se tendrá en cuenta que, el incremento del volumen de deuda que pueda producirse en la Administración central, de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de Déficit Excesivo, como consecuencia de las operaciones de endeudamiento que realice o haya realizado el Estado con el fin de desarrollar los mecanismos adicionales de financiación, se computará, respectivamente, en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en la cuantía equivalente a las cantidades percibidas por dichas Administraciones con cargo a aquellos mecanismos”. En definitiva, el Estado traslada a Comunidades Autónomas y Entidades Locales la deuda que pueda resultar de la puesta en marcha de los mecanismos adicionales de financiación y pago a proveedores.

Por último, la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, ha modificado nuevamente la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Así, por sostenibilidad financiera (artículo 4.2) va a entenderse la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública “y morosidad de deuda comercial” conforme a

lo establecido en esta Ley, en la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. Las obligaciones de información se intensifican, así como las medidas de prevención, corrección y coercitivas para alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria.

Además, y para garantizar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad, por Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, se ha creado la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, en desarrollo del artículo 135 CE, con la finalidad de “garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria [...], mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas”. Sus funciones las ejercerá a través de los informes, opiniones y estudios previstos en la Ley, para lo que tendrá a su disposición la información económico-financiera relativa a las distintas Administraciones Públicas.

Los objetivos de transparencia que ya se contienen en la normativa sobre estabilidad presupuestaria se han visto reforzados con la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Además de establecer una serie de obligaciones en materia de publicidad activa y de regular el derecho de los ciudadanos a acceder a la información disponible por las Administraciones Públicas, el artículo 28⁶ contempla una serie de infracciones en materia de gestión económica presupuestaria por vulneración de las obligaciones de la Ley Orgánica 2/2012. Entre ellas:

“f) El incumplimiento de la obligación de destinar íntegramente los ingresos obtenidos por encima de los previstos en el presupuesto a la reducción del nivel de deuda pública de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y el incumplimiento de la obligación del destino del superávit presupuestario a la reducción del nivel de endeudamiento neto en los términos previstos en el artículo 32 de la citada Ley.

“g) La realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que no cuenten con la preceptiva au-

5. En algunos Estados miembros, como medida para alcanzar la estabilidad presupuestaria, se constitucionalizan los techos de gasto máximos que limitan el déficit de las Administraciones Públicas. Así, Alemania reformó el artículo 109 de su Ley Fundamental de Bonn en 2009, estableciendo como regla general un límite de déficit inicial no superior al 0,35 % del PIB en el Presupuesto de la Federación.

6. Cuya entrada en vigor, Título II, se produjo al día siguiente de la publicación de la Ley (10 de diciembre de 2013) a tenor de la disposición final novena.

torización o, habiéndola obtenido, no se cumpla con lo en ella previsto o se superen los límites previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, y en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

“h) La no adopción en plazo de las medidas necesarias para evitar el riesgo de incumplimiento, cuando se haya formulado la advertencia prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

“i) La suscripción de un Convenio de colaboración o concesión de una subvención a una Administración Pública que no cuente con el informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas previsto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

“j) La no presentación o la falta de puesta en marcha en plazo del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

“k) El incumplimiento de las obligaciones de publicación o de suministro de información previstas en la normativa presupuestaria y económico-financiera, siempre que en este último caso se hubiera formulado requerimiento.

“l) La falta de justificación de la desviación, o cuando así se le haya requerido la falta de inclusión de nuevas medidas en el plan económico-financiero o en el plan de reequilibrio de acuerdo con el artículo 24.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

“m) La no adopción de las medidas previstas en los planes económico-financieros y de reequilibrio, según corresponda, previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

“n) La no adopción del acuerdo de no disponibilidad o la no constitución del depósito, cuando así se haya solicitado, previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

“ñ) La no adopción de un acuerdo de no disponibilidad, la no constitución del depósito que se hubiere solicitado o la falta de ejecución de las medidas propuestas por la Comisión de Expertos cuando se hubiere formulado el requerimiento del Gobierno previsto en el

artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

“o) El incumplimiento de las instrucciones dadas por el Gobierno para ejecutar las medidas previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril”.

Por último, señalar que, a partir de esta reforma constitucional, se han sucedido una serie de acuerdos y suscritos documentos en orden a garantizar la estabilidad presupuestaria. Así, entre otros:

– Acuerdo marco, suscrito antes de la reforma, con las entidades locales sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013, de 7 de abril de 2010, que establecía la aprobación por las entidades locales de un plan de racionalización de las estructuras de sus sectores públicos.

– Acuerdo por el que se adoptan una serie de compromisos en materia de racionalización y reordenación del sector público instrumental local y de control, eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo, CNAL de 25 de enero de 2012. En virtud del mismo, las entidades locales manifiestan su compromiso de que, al finalizar el período transitorio que al final fijó la Ley Orgánica, presentarían equilibrio presupuestario.

– Actualización del Programa de Estabilidad 2012-2015 y Programa Nacional de Reformas 2012, Acuerdo Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012.

En el ámbito local destaca el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, que determina las obligaciones de información y los procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Para acceder al mecanismo de financiación, las entidades locales debían aprobar un plan de ajuste. El modelo de plan de ajuste, que figura como Anexo III a la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, contempla como medida de ajuste del gasto, entre otras y a los efectos que nos ocupan, la “Medida 8: Disolución de aquellas empresas que presenten pérdidas > 1/2 capital social según artículo 103.2 del TRDLVRL, no admitiéndose una ampliación de capital con cargo a la Entidad local”. Con fundamento en esta medida, algunas entidades locales han incluido en sus planes de ajuste la liquidación de sociedades públicas, con resultado incierto⁷.

7. El Ayuntamiento de Sevilla incluyó la liquidación de la sociedad Giralda Televisión, S.A., entidad gestora de la televisión municipal, y Sevilla Global, S.A., sociedad de desarrollo económico. Respecto de esta última está pendiente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo plenario que aprobó la medida, y ha sido declarado nulo, por sentencia de 23 de mayo de 2013 de la Sala de lo Social TSJA, el expediente de regulación de empleo que afectaba a la plantilla. Además, declara que el Ayuntamiento es “el empresario real”.

3. Concepto y clasificación del sector público local

En nuestro ordenamiento jurídico es frecuente utilizar la definición de sector público “a los efectos de esta Ley” (contratos, presupuestos...). Así, a los efectos que nos ocupan, el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2012 establece la siguiente clasificación:

“A los efectos de la presente Ley, el sector público se considera integrado por las siguientes unidades:

“1. El sector Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 que incluye los siguientes subsectores, igualmente definidos conforme a dicho Sistema:

“[...]”

“c) Corporaciones Locales.

“[...]”

“2. El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas”.

El Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC 95)⁸ establece dos grandes sectores que integran el sector público: a) Administraciones Públicas; b) sociedades no financieras. Ahora bien, para delimitar institucionalmente el sector de Administraciones Públicas y el sector de sociedades no financieras, la norma no atiende a la realidad económica del ente en cuestión, sin que tal clasificación quede prejuzgada por la forma jurídica que se adopte⁹.

El sector de Administraciones Públicas lo integran aquellas entidades que reúnan tres características: 1.^a) que sea una unidad institucional (ello implica que goce de autonomía y disponga de contabilidad completa);

2.^a) que sea una unidad institucional pública (requisito que exige que esté bajo el control efectivo de una Administración Pública, definido como la capacidad para determinar la política general); 3.^a) que la unidad institucional pública sea un productor no de mercado (producción no de mercado es la suministrada gratuitamente o a precios económicamente no significativos¹⁰, circunstancia que se produce si las ventas no cubren el 50 % de los costes de producción).

El sector de sociedades no financieras lo integran el resto de unidades del sector público que son productores de mercado y, obviamente, están controladas efectivamente por una Administración Pública. El artículo 2 del –todavía vigente– Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, establece el alcance subjetivo del Inventario de Entes del Sector Público Local, considerando integrantes del mismo –apartado d)– a “las sociedades mercantiles en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria; b) que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; c) que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; d) que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local”.

8. Véase el *Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2002.

9. Los contables nacionales examinan cuidadosamente el contexto jurídico de las unidades y las operaciones para clasificarlas. Sin embargo, a veces es importante ver más allá de la forma jurídica de una unidad institucional o un flujo económico y *transmitir la realidad económica*. Esto puede aplicarse tanto a la clasificación de unidades como a la clasificación de flujos (*Manual del SEC...*, cit., pág. 28).

10. Se considera que un precio es económicamente significativo si influye de forma considerable en las cantidades que los productores están dispuestos a suministrar y las cantidades que los compradores están dispuestos a adquirir. A la inversa, se considera que un precio no es económicamente significativo si tiene poca o ninguna influencia en las cantidades que los productores están dispuestos a suministrar, y se espera que tenga solo una influencia marginal en las cantidades demandadas. Por tanto, se trata de un precio que no es cuantitativamente significativo ni para la oferta ni para la demanda (*Manual del SEC...*, cit., pág. 13).

4. El sector público local y su redimensionamiento: ideas previas

La necesidad de redimensionar el sector público local se ha sentado como una premisa inexorable en el proceso de reforma de la Administración local. La propia exposición de motivos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), considera "como eje principal las medidas de reducción de la dimensión del sector público local, lo que implicaba la necesidad de controlar su actividad y racionalizar su organización". Ahora bien, no nos consta que se hayan realizado estudios previos que establezcan un diagnóstico claro de la situación del sector público local (su eficacia y eficiencia), sino que, apriorísticamente, se ha decidido su redimensionamiento, aunque, más propiamente y hasta la redacción final de la Ley, se trataba de su eliminación.

Santiago Iglesias, D., en un interesante trabajo¹¹, ha puesto de manifiesto que las sociedades mercantiles locales (íntegra o mayoritariamente públicas) representan, con un total de 1665, únicamente un 10 por 100 del sector público local, y que solamente el 45 por 100 de los ayuntamientos españoles han creado este tipo de sociedades (que, además, a partir de la LCSP han perdido gran interés).

Hay que significar que la medida general de redimensionamiento dirigida al sector público local parece que tendrá un impacto moderado sobre las finanzas españolas, que será todavía de menor entidad en aquellas actuaciones que se dirijan específicamente al subsector societario. Ello quiere decir que la necesidad de reordenar y redimensionar el sector público local puede obedecer a otras finalidades y no estrictamente a conseguir la estabilidad. Además, en la mayoría de las ocasiones, la eliminación de la sociedad mercantil no afectará a las cuentas públicas, ya que, en la medida en que se gestionen servicios, el servicio deberá seguir prestándose.

Señalar también que el redimensionamiento no alcanza solo al sector público local. En el sector público estatal encontramos el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, que aprueba el Plan de

Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional Estatal, que se concreta, entre otros, en el Real Decreto 701/2013, de 20 de septiembre, de racionalización del sector público, y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013 [Orden HAP/186/2013, de 2 de octubre (BOE, 9 de octubre)]. En esta línea, el Consejo de Ministros de 17 de enero de 2014 ha remitido a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, y ha recibido un informe de la vicepresidenta y ministra de la Presidencia sobre el seguimiento de la ejecución del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA)¹².

5. El Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (versión publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 7 de noviembre de 2013)

Lo primero que debemos subrayar es que no estamos ante una reforma general del régimen local (ni de su organización, funcionamiento o planta), sino que la reforma exclusivamente pretende dar cumplimiento a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera plasmados en el artículo 135 CE. Expresamente la exposición de motivos vincula la necesidad de la reforma al cumplimiento de los compromisos europeos sobre consolidación fiscal, a los que no permanece ajena la Administración local, racionalizando su estructura, en algunas ocasiones sobredimensionada, y garantizando su sostenibilidad financiera.

Uno de los ejes principales sobre los que se articula la reforma es la definición del nuevo marco competencial de los municipios, tratando de definir con precisión las competencias que les corresponden, e impidiendo que puedan asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con financiación adecuada, además de que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública (el reiterado principio de "una Administración, una competencia").

11. "La transformación del sector empresarial local: perspectiva de las sociedades municipales en el actual contexto de crisis económica" (*Anuario de Derecho Municipal*, núm. 6, Ed. Marcial Pons, 2013).

12. La referencia del Consejo de Ministros puede verse en: http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2014/refc20140117.htm#SectorPublico

Con las medidas de reordenación del sector público, según la exposición de motivos, “se trata de impedir la participación o constitución de entidades instrumentales por las entidades locales cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. En cuanto a las existentes que se encuentren en situación deficitaria se les exige su saneamiento, y, si este no se produce, se deberá proceder a su disolución. Por último, se prohíbe, en todo caso, la creación de entidades instrumentales de segundo nivel, es decir unidades controladas por otras, que, a su vez, lo estén por las entidades locales. Esta prohibición motivada por razones de eficiencia y de racionalidad económica, obliga a la disolución de aquellas que ya existan a la entrada en vigor de la presente norma en el plazo previsto”.

5.1. Medidas que inciden en el redimensionamiento del sector público local

Al margen de las directamente dirigidas a reordenar el sector público local, y que se contienen en la disposición adicional novena, se contemplan una serie de medidas que van a incidir necesariamente en su dimensión, en la medida en que existe una tendencia a la personificación jurídica de los nuevos servicios que se asumen. Analizaremos en este apartado algunas de ellas.

a) El nuevo marco competencial delimitado en el artículo 25, al reducir las competencias municipales, afectará indirectamente a la creación de entes instrumentales (el ejemplo de la vivienda de protección pública, limitada ahora por los criterios de sostenibilidad financiera, es paradigmático). No obstante, la filosofía de la Ley estuvo a punto de romperse con la admisión en el Congreso de una enmienda del Grupo Vasco, añadiendo un apartado 6 al artículo 25, en virtud del cual las comunidades autónomas podían atribuir nuevas competencias propias a los municipios, debiendo respetarse los criterios establecidos en los apartados 3, 4 y 5 del precepto. No obstante, este apartado fue suprimido finalmente en la tramitación en el Senado. Queda, por tanto, pendiente de resolver el problema de aquellos Estatutos, fundamentalmente los de segunda generación (Cataluña y Andalucía, singularmente), que han atribuido competencias a los municipios distintas de las que se prevén ahora en el artículo

25. Sobre esta cuestión, Muñoz Machado, S.¹³ ha advertido que “los Estatutos de Autonomía de la generación de 2006 han hecho aún más difícil la regulación del régimen local, al elevar a la categoría de normas estatutarias cuestiones centrales relativas a la organización y competencias de los entes locales”, y que “resulta de estas previsiones estatutarias una problemática usurpación de la función que corresponde a la legislación estatal básica de régimen local, que es donde ha residido hasta ahora la tipología básica de entes locales y sus competencias esenciales”.

b) Los requisitos que se exigen para el ejercicio de competencias impropias provocarán que sea imposible actuar en muchos ámbitos en los que se utilizaban, con gran frecuencia, formas instrumentales (políticas de desarrollo local, políticas activas de empleo...). La redacción última del artículo 7.4 exige, para el ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación (así se definen las competencias impropias), que no se ponga en riesgo el conjunto de la Hacienda municipal –siguiendo aquí el dictamen del Consejo de Estado– y no se incurra en el supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio por otra Administración (la primera versión exigía también la sostenibilidad financiera de la nueva competencia asumida). Estas circunstancias deben acreditarse mediante informes de las Administraciones de tutela que acrediten, entre otros extremos, “la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias (sic)”. En este ir y venir de cambios en cada redacción no se ha adecuado el contenido del informe a las nuevas exigencias para el ejercicio de competencias impropias.

c) La reducción de la utilización de las entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales que contempla el nuevo artículo 85.2. Para utilizar estas formas habrá que acreditar, en una memoria justificativa, que las mismas resultan más sostenibles y eficientes que la gestión por la propia entidad local o mediante organismo autónomo, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión (además de incorporar al expediente la memoria justificativa del asesoramiento, así como el apoyo técnico recibido). También se requiere un informe del interventor local, quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012.

13. *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Ed. Crítica, 2012, págs. 180-181.

Respecto de la regulación de los modos de gestión, procede traer a colación las SSTC 103/2013, de 25 de abril, 143/2013, de 10 de julio, y 161/2013, de 25 de septiembre, resolviendo los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para modernización del gobierno local. En ellas se sienta la siguiente doctrina: “Lo que se niega es, pues, la competencia del Estado para establecer las especialidades de los organismos públicos locales. Forma parte de la competencia estatal para regular la organización de las entidades instrumentales locales, ex art. 149.1.18 CE, aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados, sin que exista razón alguna, que tampoco alega la representación del Parlamento de Cataluña, que permita afirmar que la competencia del Estado solo alcanza el establecimiento de un modelo, común para el Estado y las entidades locales –mediante la técnica de la remisión a la LOFAGE–, debiendo ser las comunidades autónomas las que, en ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo de las bases estatales, lo modulen para las entidades locales”. Esta interpretación constitucional plantea un serio conflicto con la regulación realizada por algunas comunidades autónomas en desarrollo de los estatutos de autonomía, fundamentalmente los de segunda generación (*vid.* Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía).

d) Los nuevos límites al ejercicio de la iniciativa pública económica del artículo 86, sujeta ahora a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera para el ejercicio de las competencias del municipio, sin que la iniciativa genere riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda local (la primera versión consagraba formalmente el principio de subsidiariedad). El expediente debe contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial, sin que se precise qué alcance o efectos tiene el citado informe.

e) La supresión de posibles monopolios como los de mercados y lonjas centrales del nuevo artículo 86.3,

también podrá implicar la supresión de entes que integran el sector público (los mercados municipales dejan de ser también un servicio mínimo obligatorio en los municipios de más de 5000 habitantes, en virtud de enmienda introducida por el Grupo Popular).

5.2. Cuestiones que no aborda el Proyecto y que ayudarían a racionalizar el sector público local

A nuestro juicio existe otra serie de cuestiones que ni el Proyecto ni la redacción definitiva de la Ley abordan, y tanto la doctrina como la jurisprudencia y nuestra propia experiencia práctica ponen de manifiesto que es necesaria una redefinición de los conceptos plasmados en 1985. Entendemos que con esta operación de aclarar determinados conceptos podría alcanzarse, también, el objetivo de racionalización del sector público.

a) Resulta absolutamente imprescindible que se aborde la delimitación del concepto de servicio público local. La actividad de servicio público o actividad administrativa de prestación fue definida en términos amplios por Parada Vázquez, R.¹⁴, como “aquella por la que la Administración, sin limitar ni incentivar la iniciativa privada, satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados”. La idea de servicio público, que llegó a ser el fundamento de la propia concepción del Estado con la Escuela de Burdeos (Duguit, Jêze, Bonnard, Roland), ha evolucionado hasta las denominadas obligaciones de servicio público que pueden imponerse a los operadores privados en un mercado en régimen de libre competencia¹⁵.

En el ámbito local, el juego de los artículos 25 (promover “toda clase de” actividades y prestar “cuantos” servicios contribuyan a satisfacer las aspiraciones de la comunidad vecinal¹⁶) y 85 LBRL (servicios públicos locales son aquellos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias) permite que cualquier actividad local pueda ser calificada como servicio público. Consideramos necesaria una reflexión sobre el concepto de servicio público local, que defina con mayor claridad sus perfiles y que se adapte a la evolución de

14. *Derecho Administrativo. I, Parte general*, Marcial Pons, 1993, pág. 426.

15. Una evolución del concepto puede verse en SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Tecnos, 2012, págs. 767 y ss.

16. Los términos entrecomillados han sido suprimidos en la nueva redacción del artículo 25.

las nuevas formas de realizar esta actividad prestacional¹⁷.

b) La delimitación de la prestación de los servicios públicos en sentido estricto y el ejercicio de la iniciativa pública en la economía. Una de las cuestiones más confusas en la legislación de régimen local.

Del juego de los artículos 85 y 86.1 LBRL parece desprenderse el siguiente esquema: de un lado, los servicios públicos que se gestionan a través de los modos previstos en el artículo 85; de otro lado, la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 CE, que exigirá un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida. Una lectura coherente y sistemática de los preceptos nos lleva a sostener que la prestación de servicios públicos no requiere expediente que acredite la conveniencia y oportunidad (es decir, no haría falta la municipalización).

No obstante, la misma Ley contiene elementos de confusión, además de la propia definición del servicio público. Así, el apartado 2 del artículo 86 atribuye la competencia al Pleno "cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia", obviando que la iniciativa económica siempre tiene lugar en este ámbito de libre concurrencia. Y en el apartado 3 se regula la reserva, que puede ser en régimen de monopolio, que es un concepto incompatible con la libre concurrencia. Parece que el legislador no supo o no quiso hilvanar con claridad, si ello es posible, la diferencia entre una actividad prestadora de servicios, con una función claramente redistribuidora de la renta, y una actividad económica desconectada de la prestación de servicios a los ciudadanos (una actividad industrial de la Administración local, por así decirlo).

El artículo 96 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), perfila los caracteres de la iniciativa para el ejercicio de actividades económicas, que podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes. Parece que se pretende decir que esta iniciativa supone algo más que la prestación de los servicios públicos de la competencia local. No obstante, la exigencia de prestación dentro del término y la necesidad de que sea directamente en beneficio de sus habitantes desnaturaliza la figura.

Una confusión ya introducía el artículo 95.1 del propio TRRL al referirse a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos locales, añadiendo "incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 LBRL". La confusión definitiva la introduce el artículo 97 TRRL cuando desarrolla el expediente previsto en el artículo 86 LBRL. En efecto, dicho expediente parece articularse tanto para la prestación de servicios públicos como para la iniciativa económica, en sentido estricto. Lo avalan las referencias a "la forma de gestión", a la determinación de "los precios del servicio", a que "es lícita la obtención de un beneficio", expresiones ajenas a una iniciativa en el mercado. En definitiva, parece que el TRRL ha entendido que cualquier intervención de la entidad local en el ámbito económico requiere la tramitación de este expediente, ya sea para prestar un servicio de contenido económico o bien para realizar actividades en el mercado.

La jurisprudencia ha venido exigiendo la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, bien para actividades puramente económicas (STS de 10 de octubre de 1989, RJ\1989\7352, STSJ Cataluña de 22 de abril de 1997, RJCA\1997\861, STSJ Aragón de 7 de diciembre de 2001, JUR\2002\133136), o bien para la prestación de servicios públicos (STS de 14 de febrero de 1990, RJ\1990\1315). Si bien es cierto que en todas las sentencias analizadas se trata de la creación de una sociedad mercantil, bien para realizar la actividad o bien para prestar el servicio.

Un hito lo marca la STS de 1 de febrero de 2002, RJ\2002\1590, relativa a unos acuerdos del Ayuntamiento de Marbella, entre los que destaca la creación de una sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basura y limpieza viaria. La cuestión planteada consiste, en último término, en resolver si la creación de una sociedad mercantil municipal que tenga por objeto un servicio público local esencial implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 CE, y, en consecuencia, exige, como presupuesto, la tramitación del expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia de la medida a que se refiere el artículo 86.1 LBRL. En contra del criterio de la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo considera que la tramitación del expediente es común a todos los casos de creación de empresas mercantiles para la gestión de servicios

17. Algún avance en esta línea ha llevado a cabo la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, con el concepto de "servicio local de interés general".

públicos, y ello “deriva sustancialmente del carácter excepcional que supone la creación por una entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público a que dedique su actividad”. En definitiva, para el Tribunal Supremo lo relevante a la hora de exigir este expediente es la forma que se adopte, con independencia de la actividad material que se desarrolle. Esta línea jurisprudencial ha sido acogida por la STSJ País Vasco de 26 de diciembre de 2003 (RJCA\2004\278).

c) La necesidad de una regulación administrativa de la modificación del objeto social de las sociedades mercantiles locales. La jurisprudencia es unánime al exigir que el objeto social no sea ambiguo o indeterminado, porque ello impide un conocimiento cabal de la oportunidad y conveniencia de la medida de constitución de la sociedad. Por ello anula los acuerdos de creación de sociedades municipales cuando su objeto social no está claramente definido (STS de 10 de octubre de 1989, RJ\1989\7352, STSJ Cataluña de 22 de abril de 1997, RJCA\1997\861, STSJ Aragón de 7 de diciembre de 2001, JUR\2002\133136). Señala la STSJ Aragón de 7 de diciembre de 2001 que “dentro del contenido estatutario de la sociedad resulta de gran importancia la determinación del objeto social, especialmente cuando tenga por objeto la realización de actividades económicas al amparo de la iniciativa pública del artículo 128.2 CE, y artículo 86.1 LBRL, ya que cuando se trata de la gestión de servicios públicos de la competencia de la entidad creadora, la determinación del objeto social y su procedencia no plantea dudas”.

El problema que con frecuencia sucede es que, una vez constituida la sociedad, se procede a la modificación del objeto social por el procedimiento previsto en los propios estatutos societarios, es decir, mediante acuerdo de la Junta General (que tras la reforma operada por la Ley 57/2003 ni siquiera es preceptivo que la integre el Pleno del Ayuntamiento, ya que “los estatutos determinarán la forma de designación y funcionamiento de la Junta General” –artículo 85 ter–), que accede al Registro Mercantil sin ningún tipo de problemas. Por esta vía, encontramos actuaciones de sociedades mercantiles locales absolutamente al margen de los fines que se justificaron en el expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia de su constitu-

ción. Por ello sería necesario precisar, a nivel legal, qué tipo de modificaciones estatutarias requieren la tramitación del expediente exigido para su constitución, al objeto de garantizar en todo caso el control municipal sobre la sociedad.

d) Otra cuestión no resuelta es la del ámbito territorial de actuación de los entes instrumentales, fundamentalmente los que no disponen de potestades, dado que si se ejercitan estas parece obvio que únicamente pueden actuarse en el término municipal, en la medida en que este es el territorio donde el ayuntamiento ejerce sus competencias (artículo 12.1 LBRL).

Para las municipalizaciones, el artículo 46.1.c RSCL exigía que el servicio se prestara dentro del correspondiente término municipal, aunque algunos elementos del servicio se encontrasen fuera (respecto de este requisito, *vid.* STS de 8 de noviembre de 1988, RJ 1988\8796). Aunque la LBRL no hizo ninguna previsión expresa al respecto, el artículo 96 TRRL, al habilitar a las entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, exige su prestación (como si fueran servicios) dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes. Alguna jurisprudencia menor (sentencia núm. 121/2013, de 13 de septiembre, JCA núm. 2 de Cáceres) ha declarado conforme a derecho la exclusión, por la mesa de contratación de un ayuntamiento, de una empresa mixta constituida por otro ayuntamiento y socios privados, dado que su ámbito de actuación debe limitarse al término del municipio que la constituyó.

En la LAULA encontramos una previsión en su artículo 39.5, señalando que “como forma de gestión propia, la sociedad interlocal solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean”. De lo que se infiere que ninguna forma de gestión propia puede extenderse más allá del término municipal. Parece que lo que el precepto destaca no es el ámbito territorial, sino que esta modalidad es una forma de gestión directa.

Quizás la clave haya que encontrarla, en palabras de Montoya Martín, E.¹⁸, “en la confusión entre la empresa pública como manifestación de la potestad de iniciativa pública económica, sometida a la libre concurrencia y al mercado y donde en principio no ha lugar a limitación territorial alguna en el ejercicio de la actividad económica; y la empresa pública como manifestación de la potestad autoorganizatoria de la Adminis-

18. RIVERO ISERN, J. L. (dir.), *Derecho Local de Andalucía*, Ed. Iustel, 2012, pág. 188.

tración que la controla, en cuyo caso el ámbito de la competencia territorial de la Administración matriz que controla se erige también en límite de la extensión territorial de la parte esencial de su actividad que el medio propio realiza como tal”.

e) La escasa o nula regulación de las causas “administrativas” de disolución de sociedades. Se recurre con frecuencia últimamente (planes de ajuste, proyecto de ley...) a disponer, en normas administrativas, la disolución de sociedades mercantiles locales, incluso fijando la fecha determinada en que la misma se llevará a efecto. La disolución de una sociedad tiene una serie de efectos civiles, mercantiles, laborales, de protección de terceros, e incluso de la prestación del servicio, que no pueden resolverse sin más, por las consecuencias jurídicas que trae consigo la disolución. Dos ejemplos lo avalan:

– STS, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2007 (RJ\2007\2230). Se debate acerca de la causa de disolución del artículo 103.2 TRRL (“cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social, será obligatoria la disolución de la sociedad, y la corporación resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio”). La impugnación se dirige contra un acuerdo societario de una sociedad anónima local que ampliaba el capital social aun concurriendo la causa de disolución del TRRL. El Tribunal Supremo opta por aplicar las causas de disolución y criterios de la Ley de Sociedades Anónimas, con la posibilidad de enervar la causa de disolución, por ser “más coherente con el principio de conservación de la empresa”. Es decir, lisa y llanamente prescinde del artículo 103.2 TRRL.

– STSJA, Sala de lo Social de Sevilla, de 23 de mayo de 2013, ya citada. Declara nulo el despido colectivo (ERE) de “Sevilla Global, S.A.” (sociedad del Ayuntamiento de Sevilla en liquidación) como consecuencia de una de las medidas adoptadas en el plan de ajuste aprobado. Lo significativo es que condena a la empresa y, solidariamente, al Ayuntamiento, al que considera “su empresario real”. Ello plantea un problema grave, ya que el nuevo despido colectivo debe referirse no ya a la situación económica de la empresa, sino a la del propio Ayuntamiento, en cuanto a él se reputa la condición de empresario.

6. Medidas concretas de redimensionamiento: la nueva disposición adicional novena LBRL

La que era disposición adicional cuarta o quinta del Anteproyecto de Ley en sus primeras versiones, tras la recomendación del Consejo de Estado de mejorar la técnica jurídica, pasó, en el texto aprobado por el Consejo de Ministros el 26 de julio de 2013, a convertirse en la disposición adicional novena de la LBRL. Sobre el alcance de las medidas de redimensionamiento previstas, el Consejo de Estado, en su dictamen de 26 de junio de 2013, admitiendo la necesidad de simplificar la estructura organizativa y la idoneidad de las medidas previstas para tal fin, considera que “su aplicación general e incondicionada podría resultar desproporcionada al objetivo perseguido, que puede igualmente alcanzarse limitando la puesta en práctica de estas previsiones a los supuestos en que se haya constatado la existencia de una situación deficitaria o aquellos en que tal situación sobrevenga tras la entrada en vigor de la norma”.

Una singularidad a destacar, la constituye el hecho de que las medidas previstas en la citada disposición únicamente afectan a las entidades del artículo 3.1 LBRL, es decir, las entidades territoriales (municipio, provincia e isla, en los archipiélagos balear y canario). Nada se dice, y así lo advierte el Consejo de Estado, de las entidades instrumentales de las entidades del artículo 3.2 LBRL (ahora, las comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios). Una interpretación literal de la norma, que, a su vez, es restrictiva de la autonomía local, nos obliga a concluir que las medidas previstas no afectarían a estos entes, salvo que interpretáramos que las sociedades constituidas por ellos serían de segundo nivel, en cuyo caso se incluirían en el ámbito del apartado 4 de la disposición. Esta segunda opción nos parece forzada, porque dicho apartado también se refiere expresamente a los entes del artículo 3.1.

También debemos señalar que no se contempla ninguna previsión ante el incumplimiento de los plazos que se disponen en orden a la disolución y, fundamentalmente, liquidación de las sociedades. Si este incumplimiento afectara al ejercicio de las competencias de la Administración del Estado, como son las relativas a la garantía de la estabilidad presupuestaria, podía haberse recurrido al artículo 60 LBRL. Al no haber previsión expresa parece que el tema se remite a la responsabilidad que corresponde a los liquidadores conforme a la legislación mercantil.

Tres tipos de medidas se contemplan en el Proyecto de Ley para redimensionar el sector público local:

a) Las que afectan a aquellas entidades locales territoriales y sus organismos autónomos sujetos a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. El plan económico-financiero debe formularse en los supuestos de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto (artículo 21 Ley Orgánica 2/2012). La aprobación del plan de ajuste es preceptiva para solicitar los mecanismos adicionales de financiación (disposición adicional primera). Durante la vigencia de dichos planes estas entidades:

- no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos entes instrumentales (unidades según la definición del SEC 95);

- no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Ello obliga inexorablemente a la disolución de estas entidades en caso de no poder enervarse la causa que las motiva, singularmente la prevista en el artículo 103.2 TRRL. Esta circunstancia plantea serios problemas en los supuestos en que las entidades a disolver sean gestoras de servicios públicos obligatorios, ya que habrá de proveerse lo necesario para garantizar la continuidad del servicio. Además, la prohibición de ampliación de capital para sanear la sociedad puede estar lesionando los derechos de los acreedores.

b) Entidades que desarrollen actividades económicas, se encuentren en desequilibrio financiero y estén adscritas a las entidades locales territoriales o sus organismos autónomos. Para ellas se establece el siguiente calendario:

- Dos meses, desde la entrada en vigor de la Ley, para aprobar un plan de corrección del desequilibrio, previo informe de la Intervención.

- Plazo para cumplir la corrección: 31 de diciembre de 2014.

- Supuesto de incumplimiento: Disolución de las entidades en el plazo máximo de seis meses siguientes a contar desde la aprobación de las cuentas anuales o de la liquidación del presupuesto del ejercicio 2014 [antes del 1 de octubre o 1 de marzo del ejercicio siguiente, respectivamente, a tenor de los artículos 212.4 y 192 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL)].

- Consecuencia de la no disolución voluntaria: las

entidades quedan automáticamente disueltas el 1 de agosto de 2015. Es decir, se produce la paradoja de que quedan disueltas antes del plazo previsto para poder corregir el desequilibrio, ya que las cuentas de 2014 se aprueban después del 1 de agosto de 2015.

La situación de desequilibrio financiero se entiende:

- Para las entidades que tengan la consideración de Administraciones Públicas a efectos del SEC, siempre que tengan necesidad de financiación en términos del SEC.

- Para los demás entes, al producirse la existencia de pérdidas en dos ejercicios contables consecutivos.

c) Entidades adscritas, vinculadas o dependientes de las entidades locales territoriales o de sus organismos autónomos. En relación con estas entidades se contemplan dos órdenes de medidas:

- No podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes. Es decir, se prohíben las entidades instrumentales de segundo nivel, las creadas o participadas, a su vez, por otros entes instrumentales.

- Las entidades de segundo nivel existentes deberán ser disueltas en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley e iniciar el proceso de liquidación en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de disolución (este doble plazo no se contempla en los demás supuestos). De no cumplirse estas previsiones, dichas entidades quedarán automáticamente disueltas transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la Ley. En relación con esta medida hay que señalar:

- 1) La versión de 28 de enero de 2013 incorporó la posibilidad de que en los casos de empresas de economía mixta o de colaboración público-privada pudiera diferirse la disolución hasta el término de la relación contractual, con determinadas cautelas (informe de la Intervención y autorización del órgano competente de la Administración que ejerza la tutela financiera). No volvió a aparecer en ninguna versión posterior. Esta medida era razonable y evitaría las más que probables indemnizaciones que habrá que abonar al socio privado, en los contratos de colaboración público-privada, por extinguir la sociedad con la consiguiente resolución del contrato.

- 2) El Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 26 de julio de 2013 incorporó, y se mantiene actualmente, un párrafo en virtud del cual las entidades instrumentales que posean participaciones en otras entidades, deberán proceder a la transmisión de su participación, si no ejercen un control con carácter exclusivo. Se pretende cerrar el círculo y que no haya ninguna participación, ni siquiera minoritaria, en sociedades de segundo nivel.

Lo sorprendente es que no se modifica, en lo sustancial, el apartado 2 del artículo 85.ter, que obliga a que en la escritura de constitución de la sociedad conste el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas, “o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad”, lo que entra en flagrante contradicción con la prohibición de estas entidades de constituir o participar en la constitución de nuevos entes.

Una valoración global nos permite afirmar que, a nuestro juicio, está más que cuestionada la autonomía local y, en concreto, una de sus manifestaciones básicas: la potestad de autoorganización, en su vertiente de la capacidad para personificar los servicios que se prestan. Consideramos que la finalidad última no es otra que suprimir el sector público local, eliminando su intervención y dejando más campo abierto en el mercado a la iniciativa privada.

7. Enmiendas presentadas a la disposición adicional novena

Las drásticas medidas que contemplaba la disposición adicional novena, han provocado una reacción prácticamente unánime de rechazo de todos los grupos parlamentarios, dirigida o bien directamente a su supresión, o bien a atemperar sus efectos. Brevemente exponemos el contenido de las enmiendas presentadas en la tramitación del Proyecto de Ley en el Congreso¹⁹:
 Núm. 170 (Grupo Mixto): Propone excluir del apartado 2 a las sociedades gestoras de servicios públicos. Así, “con objeto de evitar situaciones irreversibles, se precisa que estas medidas solo se aplicarán a las empresas locales distintas de aquellas que gestionen servicios públicos, en la medida que estas actividades deben seguir siendo prestadas en tanto que traen causa de obligaciones impuestas por Ley”. Además, propone una ampliación de los plazos y la supresión del informe de la Intervención, por ser un control de oportunidad contrario a la autonomía local.

Núm. 217 (Grupo Mixto): Suprimir el apartado 2.

Núm. 253 (Izquierda Plural): Supresión de la disposición. Considera que las “medidas que contempla vulneran la autonomía y la potestad autoorganizativa local, al establecer una serie de prohibiciones a las entidades locales territoriales de crear entes instrumentales

o de participar en otras entidades, durante el periodo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste”.

Núm. 274 (Grupo Vasco): Limita la posibilidad de constituir entidades de segundo nivel a los supuestos de planes financieros o planes de ajuste. Establece unos límites, por razones de eficiencia, para que sea obligatoria la disolución de entidades de segundo nivel. Se “apela al criterio establecido por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de LRSAL, en el sentido de que la aplicación general e incondicionada de la medida de disolución de las entidades instrumentales de segundo nivel (organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes controlados por unidades que estén adscritas o vinculadas a las referidas entidades locales o a sus organismos autónomos o que dependan de ellos) es desproporcionada por relación al objetivo perseguido (las razones de eficiencia y de racionalidad económica argüidas en la exposición de motivos del Proyecto) que pueden igualmente alcanzarse limitando la puesta en práctica de estas previsiones a los supuestos en que se haya constatado la existencia de una situación de desequilibrio financiero”.

Núm. 387 (Grupo Catalán): Limita la aplicación del apartado 1 a las entidades que se hayan acogido al plan de pago a acreedores, no a cualquier plan financiero. En su justificación destaca que “la prohibición de realizar ampliaciones de capital para sanear la sociedad podría estar lesionando los derechos de los acreedores y posibles accionistas no públicos de la sociedad mercantil, que cuando contrataron con la sociedad o aportaron capital no eran conscientes de ello”.

Núm. 388 (Grupo Catalán): Supresión del apartado cuatro de la disposición, también por poder resultar lesionados los derechos de acreedores y de posibles accionistas no públicos.

Núm. 451 (Grupo Socialista): Supresión de la disposición. Lo justifica porque:

“Tampoco tiene en cuenta esta disposición que la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el Real Decreto Ley por el que se aprueba el mecanismo de pago a proveedores y la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012 ya establecen exigentes medidas en el caso de que se produzcan incumplimientos, que hacen innecesaria esta disposición adicional. Además, de no suprimirse el segundo párra-

19. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A. Proyectos de Ley. 30 de octubre de 2013.

fo del apartado 1, la prohibición de realizar ampliaciones de capital para sanear la sociedad podría estar lesionando los derechos de los acreedores y posibles accionistas no públicos de la sociedad mercantil, que cuando contrataron con la sociedad o aportaron capital no eran conscientes de ello.

“En definitiva, en la disposición adicional hay una previsión de consecuencias no suficientemente valoradas. Se determina que todos aquellos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones o unidades dependientes de las entidades locales que a la entrada en vigor de la Ley desarrollen actividades económicas y que se encuentren en desequilibrio financiero, dispondrán de dos meses para aprobar un plan de corrección. Si esta corrección no se cumple a 31 de diciembre de 2014 la entidad local en los seis meses siguientes desde la aprobación de los presupuestos de 2014 debe disolver a estas entidades. En todo caso quedarán automáticamente disueltas el 1 de agosto de 2015.

“Basta pensar en empresas municipales de transporte, sociedades de aguas y de recogida de basuras, institutos deportivos y de atención a la infancia [...] en todos estos casos, una situación puntual de desequilibrio causada por una bajada de ingresos por tasas y una compensación con fondos públicos para atender a las situaciones socialmente urgentes, es motivo bastante para su disolución *ope legis*, sin excepciones ni matices”.

Por su parte, la FEMP, en su Junta General de 19 de septiembre de 2013, acordó también presentar enmiendas. Entre otras, a la disposición adicional novena. Entiende la FEMP que las diversas medidas ya adoptadas han supuesto un claro esfuerzo de las entidades locales, que se podrían poner en peligro proyectos ya iniciados y que se debería permitir a un ayuntamiento eficiente que pueda tener empresas públicas con déficit.

8. La redacción definitiva de la Ley 27/2013. Los cambios introducidos en el Senado

El conjunto de enmiendas presentadas ha tenido acogida en gran medida en la tramitación del Proyecto en el Senado, matizándose el rigor de las previsiones que contemplaba el Proyecto y abriendo cauces para posi-

bilitar la viabilidad de muchas de las sociedades locales. Los cambios introducidos en el artículo 36 (que modifica la disposición adicional novena LBRL) son los siguientes:

a) Entidades locales del artículo 3.1 sujetas a planes económico-financieros o planes de ajuste. El Proyecto prohibía que pudieran realizar cualquier tipo de aportación patrimonial o realizar ampliación de capital de entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles con necesidades de financiación, lo que avocaría a muchas de estas entidades a su disolución. La redacción final permite que se hagan estas aportaciones siempre que la entidad local, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad²⁰.

La cuestión que queda pendiente de resolver, y que ya hemos apuntado, es la posible colisión de estas aportaciones patrimoniales o ampliaciones de capital con la obligación expresa de disolver la sociedad ex artículo 103.3 TRRL, es decir, cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social.

b) Entidades adscritas a las entidades locales del artículo 3.1 o de sus organismos autónomos, que desarrollen actividades económicas, y se encuentren en situación de desequilibrio financiero. Estas entidades estaban obligadas a aprobar un plan para corregir el desequilibrio financiero antes del 31 de diciembre de 2014, con la consecuencia última, en caso de no cumplir, de su disolución automática el 1 de agosto de 2015. Las novedades que se han introducido finalmente son tres:

1.^a– La posibilidad de realizar aportaciones patrimoniales o ampliaciones de capital como parte del plan de corrección del desequilibrio, siempre que la entidad local, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

2.^a– Cuando las entidades en situación de desequilibrio financiero gestionen alguno de los servicios de

20. Vid. Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos o transporte público de viajeros, el plazo para corregir el desequilibrio se amplía hasta el 31 de diciembre de 2015, y la disolución automática, en caso de incumplimiento, no se produce hasta el 1 de diciembre de 2016.

3.^a– La situación de desequilibrio financiero para los entes que no tengan la consideración de Administración Pública a efectos del SEC95 se manifestaba en la existencia de pérdidas en dos ejercicios consecutivos; finalmente, dicha situación se manifiesta “en la existencia de resultados negativos de explotación de dos ejercicios contables consecutivos” (es decir, los derivados exclusivamente de la explotación de la actividad propia de la entidad).

c) Entidades de segundo nivel. Aquellas controladas exclusivamente por entidades vinculadas o dependientes a efectos del SEC95 a una entidad local del artículo 3.1. Este tipo de entidades estaban avocadas a su disolución automática, y sin excepción, transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la Ley. Esta era una de las medidas que más crítica, prácticamente unánime, habían suscitado, por las repercusiones que iba a provocar fundamentalmente en las sociedades de economía mixta o en los contratos de colaboración público-privada.

La radicalidad de la medida ha sido matizada sustancialmente, incorporando las siguientes previsiones:

1.^a– La disposición únicamente es aplicable a aquellas entidades “que no estén en situación de superávit, equilibrio o resultados positivos de explotación”. Es decir, las entidades “saneadas” podrán continuar con su actividad.

2.^a– La única solución que se contemplaba era la disolución. Ahora, respecto de las entidades con desequilibrio, puede optarse por disolverlas o por su adscripción, vinculación o dependencia directa de la entidad local²¹.

3.^a– Cualquiera de las dos medidas debe adoptarse en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, y si se opta por la disolución el proceso de liquidación debe iniciarse en el plazo de tres meses. De no hacerse, la entidad quedará automáticamente disuelta transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la Ley.

4.^a– Los plazos previstos en el apartado anterior se ampliarán un año más cuando se trate de entidades en desequilibrio que presten alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, o transporte público de viajeros.

5.^a– Se mantiene la obligación de transmitir la participación en el supuesto en el que la entidad dependiente de la entidad local no ejerza un control exclusivo.

d) Hay que advertir que la disposición adicional refiere todas las situaciones de equilibrio o desequilibrio financiero al momento de su entrada en vigor. La cuestión que se suscita es qué sucede con aquellas entidades que a la entrada en vigor de la Ley están en situación de equilibrio o superávit, y entran en desequilibrio en los ejercicios posteriores. A nuestro juicio no parece que les sea de aplicación esta disposición adicional novena, con dos excepciones: 1.^a) Entidades locales que vengán obligadas a formular un plan económico-financiero o plan de ajuste, a las que será de aplicación el apartado 1 de la disposición; 2.^a) Imposibilidad de que se constituyan a partir de ahora sociedades de segundo nivel.

Al menos, en el último minuto del partido, se ha podido salvar un ámbito esencial de la autonomía local vinculado a su potestad de autoorganización, aunque condicionado por los elementos económicos que hemos indicado: aquellos gestores que tengan saneadas sus cuentas podrán organizar su propio sector público. ■

21. Por ejemplo, en el supuesto del Ayuntamiento de Sevilla, TUSSAM, empresa 100 % municipal, participa, junto con socios privados, en AUSSA, empresa gestora de aparcamientos y zona azul. Si AUSSA estuviera en situación de desequilibrio, que no es el caso, el Ayuntamiento podría optar por disolverla (lo que obligaría, a nuestro juicio, a indemnizar al socio privado) o por adscribir directamente la participación de TUSSAM al Ayuntamiento, con lo que la sociedad dejaría de ser de segundo nivel.