
Algunas notas sobre la Ley de autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local

Encarnación Montoya Martín

Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla

1. **Breve referencia a la tramitación del Proyecto**
2. **Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía sobre las propuestas de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)**
3. **Contenido y principales novedades**
4. **Las novedades del título II: servicios e iniciativa económica local**
 - 4.1. Servicios locales de interés general y servicios básicos
 - 4.2. Los modos de gestión de los servicios públicos
 - 4.3. La iniciativa económica local
5. **Conclusión**

Con la Ley de autonomía local, la Comunidad Autónoma andaluza se sitúa a la cabeza en el desarrollo estatutario del régimen local en clave de la Carta europea de la autonomía local. En el Pleno del Parlamento, en la sesión de 26 de mayo, tuvo lugar la votación final de los proyectos de ley de autonomía local y de participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se aprobaron con los votos del Grupo Parlamentario Socialista.

Por lo que respecta a la Ley de autonomía local en que se centran estas notas, y como ha afirmado el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen al Anteproyecto de Ley (Dictamen núm. 827/2009 al Anteproyecto de Ley de 10 de diciembre de 2009), pese al valor simbólico que puede tener la denominación “Ley de autonomía local”, en el sentido de destacar la voluntad del legislador de garantizar la autonomía de las entidades locales de Andalucía, hay que hacer notar que el objeto de la regulación es, en palabras del Estatuto de Autonomía, una “Ley de régimen local” (así es como se denomina en el artículo 98, hasta en dos ocasiones, o tres si se incluye el título). Se trata de una Ley que por prescripción del citado artículo ha de regular relaciones entre la Junta de Andalucía y los entes locales, técnicas de organización, cooperación y colaboración, fórmulas asociativas, y otras muchas materias previstas en el artículo 60 (precisamente titulado “Régimen local”).

El título competencial que ampara la regulación es el que corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de “régimen local”. Siendo así, en consonancia con la previsión estatutaria contenida en el artículo 98 antes citado, aunque el Anteproyecto de Ley aborde, sin duda, aspectos cruciales para la autonomía local, se considera que debería rectificarse el título, evitando equívocos sobre su contenido. Y ello sin perjuicio de que pudiera destacarse el que ahora se adopta (“Anteproyecto de Ley de... y de autonomía local”).

Este trabajo tiene por objeto, de una parte, dar a conocer las principales novedades de la Ley de autonomía local de Andalucía (en adelante LAULA), que al tiempo de redactar estas líneas todavía no se ha publicado en el BOJA, sí en el BOPA el día 11 de junio, y, de otra parte, hacer un primer análisis más detenido del título II dedicado a los servicios de interés general e iniciativa pública local.

1. Breve referencia a la tramitación del Proyecto

El Proyecto de Ley propuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (fecha creación: 30/12/2009, núm. de registro: 080923826, Proyecto de Ley 8-09/PL-000008, de autonomía local de Andalucía), se ha tramitado por el procedimiento ordinario, siendo la Comisión dictaminante la de Gobernación y Justicia.

El historial de los trámites evacuados ha sido el siguiente:

Publicación del Proyecto de Ley el 5 de febrero de 2010, BOPA núm. 392.

El 26 de febrero tiene lugar la publicación de enmiendas a la totalidad, presentadas por los grupos parlamentarios Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía¹ y Grupo Parlamentario Partido Popular² (BOPA núm. 407, 26/02/2010). El rechazo a las enmiendas a la totalidad se produce el 3 de marzo de 2010 por el Pleno del Parlamento (publicación 30 de marzo, BOPA núm. 428).

El 14 de abril tiene lugar la publicación del plazo para la presentación de enmiendas al articulado (BOPA

núm. 437), enmiendas presentadas al articulado que se publican el 4 de mayo de 2010 (BOPA núm. 450).³

El Dictamen de la Comisión sobre el Proyecto de Ley de autonomía local de Andalucía, en el que interviene D. Diego Valderas Sosa, del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, Dña. María del Carmen Crespo Díaz, del Grupo Parlamentario Popular de Andalucía, y D. Fernando Manuel Martínez Vidal, del Grupo Parlamentario Socialista (8-09/PL-000008, Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía - Comisiones - 348), tiene lugar el 11 de mayo.

La publicación del Informe de la Ponencia al Proyecto de Ley tiene lugar el 12 de mayo (BOPA núm. 456).⁴

1. Justificación: entender que "el Proyecto de Ley no garantiza suficientemente las competencias de los ayuntamientos en el marco de la autonomía local. Igualmente, no garantiza el principio de autonomía local en el marco de una descentralización administrativa y política de los ayuntamientos.

"Asimismo, el Proyecto de Ley que nos presenta el Gobierno no marca claramente el compromiso de los ayuntamientos con un modelo económico solidario y sostenible, así como su intervención en materia de vivienda, políticas de empleo y lucha contra la economía sumergida. Queda por debajo de los objetivos de descentralización administrativa prevista en el Estatuto, no satisface las reivindicaciones de la FAMP y no recoge las conclusiones del Grupo de Trabajo relativo a la nueva Ley de Régimen Local de Andalucía.

"Por último, destacar la ausencia en el texto que se presenta de instrumentos que otorguen a los ayuntamientos la potestad para establecer impuestos medioambientales, así como tasas que permitan la eficiencia y autonomía energética de los ayuntamientos".

2. Se afirma que el Proyecto de Ley obvia los principios de la autonomía local en los términos de la Carta europea de autonomía local, a pesar de venir reflejada en su exposición de motivos. Mas, a continuación, centra sus críticas en "la transferencia de competencias propias de la Comunidad Autónoma a las Corporaciones Locales, que debería haber sido de verdad el núcleo y la base del Proyecto de Ley, se trata de forma genérica y residual, creando una especie de concepto jurídico indeterminado en torno a la materia que debería ser el núcleo central de la regulación. Evidencia de ello es que no contiene el listado de competencias a transferir desde la Comunidad Autónoma, tampoco regula claramente cuándo la transferencia es por Ley, qué límites y contenido mínimo debe tener esa ley sectorial", obviando que el núcleo de la autonomía local es la existencia de un listado de competencias propias. La transferencia de competencias es una variable para tener en cuenta la diversidad de la realidad local, pero partiendo siempre de un núcleo de competencias propias, eje central de una Ley de régimen local.

3. Calificación favorable y admisión a trámite de las enmiendas al articulado presentadas por los GG.PP. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, Socialista y Popular de Andalucía. Sesión de la Mesa de la Comisión de Gobernación y Justicia de 29 de abril de 2010 (BOPA 4/05/2010).

4. La Ponencia encargada de la elaboración del Informe relativo al Proyecto de Ley 8-09/PL-000008, de autonomía local de Andalucía, está integrada por el Ilmo. Sr. D. Fernando Martínez Vidal, del G.P. Socialista; la Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Crespo Díaz, del G.P. Popular de Andalucía, sustituida por Dña. María Dolores López Gabarro, del mismo Grupo Parlamentario; y el Ilmo. Sr. D. Diego Valderas Sosa, del G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía.

El Informe al Proyecto de Ley 8-09/PL-000008 (publicado en el BOPA núm. 392, de 5 de febrero de 2010), señala que le han sido formuladas trescientas veintitrés enmiendas (publicadas en el BOPA núm. 450, de 4 de mayo de 2010), presentadas por los grupos parlamentarios Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, Socialista y Popular de Andalucía, todas ellas calificadas favorablemente y admitidas a trámite por la Mesa de la Comisión de Gobernación y Justicia, en sesión celebrada el día 29 de abril de 2010. No obstante, la Mesa acordó introducir una corrección técnica respecto de la enmienda de modificación, con número de registro 6.521, formulada por el G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, consistente en considerar que dicha modificación afectaba a los párrafos 4.º, 5.º y 6.º del apartado VIII de la exposición de motivos, así como también corregir un error material respecto de la enmienda de modificación, con número de registro 6.820, formulada por el G.P. Popular de Andalucía, consistente en sustituir "al artículo 38 apartado 2" por "al artículo 37 apartado 2".

Tras el estudio del texto del Proyecto de Ley y de las enmiendas formuladas al mismo, la Ponencia, por mayoría, propone a la Comisión de Gobernación y Justicia la incorporación a su Dictamen de todas las enmiendas formuladas por el G.P. Socialista (números 117 a 181, inclusive), si bien las enmiendas números 122, 124 y 153 de dicho Grupo Parlamentario son objeto de las modificaciones de carácter transaccional. De otra parte, respecto de la enmienda número 179, formulada por el mismo Grupo Parlamentario, de adición de una nueva disposición adicional de modificación de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, la Ponencia acuerda, con el asentimiento de todos los ponentes, introducir una corrección, por razones de técnica legislativa, consistente en considerar la citada disposición como disposición final, que sería la tercera bis.

Igualmente, la Ponencia propone, por mayoría, incorporar al Informe las enmiendas números 37, 39, 43, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 60 del G.P. Izquierda Unida-Los Verdes, así como las enmiendas números 200, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 212 y 213, del G.P. Popular de Andalucía.

La publicación de los votos particulares y enmiendas mantenidas tiene lugar en el BOPA núm. 463, de 21 de mayo. Por último, la Ley se aprueba en sesión celebrada el 26 de mayo con los votos del Grupo Socialista (DSPA núm. 84). Finalmente, la publicación de la Ley aprobada en el BOPA (núm. 477) tiene lugar el 11 de junio, y, a las fechas de redactar estas notas, todavía no se ha publicado en el BOJA.

2. Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía sobre las propuestas de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)

El consejero de Gobernación sometió a Dictamen del Consejo Consultivo el Anteproyecto de Ley de autonomía local de Andalucía. Al mismo tiempo se formuló consulta facultativa sobre la viabilidad jurídica de determinadas propuestas de la FAMP, que se abordan en el fundamento jurídico tercero del Dictamen, al haberse acordado su acumulación al Dictamen preceptivo que ha de emitir este órgano sobre el citado Anteproyecto de Ley. Las propuestas de la FAMP se centraron en las siguientes cuestiones:

– Sobre la constitución de un Consejo de Gobiernos Locales de composición exclusivamente local, y con funciones de “control preventivo” de los planes o normativa autonómica que pudiera afectar a la autonomía de municipios y provincias.

El Consejo Consultivo, en su Dictamen, considera que el artículo 95 del Estatuto y preceptos concordantes pueden ser interpretados en el sentido de que es viable la creación de un Consejo de Gobiernos Locales, de composición exclusivamente local, como cauce participativo cualificado, que en esa medida puede contribuir al fortalecimiento de la autonomía local, pero no como un órgano de fiscalización o de control “preventivo” de los actos y disposiciones de la Comunidad Autónoma, pues tal misión corresponde a otro órgano, de conformidad con la arquitectura institucional del Estatuto de Autonomía.

La creación del Consejo de Gobiernos Locales es compatible con el órgano previsto en el artículo 95 del Estatuto de Autonomía, esto es, el Consejo Andaluz

de Concertación Local, sin perjuicio de que exigiría la reforma de la Ley 20/2007, en aras de evitar solapamientos o duplicidades insostenibles desde la misma óptica que guía a la propuesta examinada.

– Sobre la propuesta relativa a las actividades de fomento impulsadas por la Comunidad Autónoma que afecten a competencias locales y a los programas de colaboración financiera específica para materias concretas.

El Consejo Consultivo considera que el texto propuesto por la FAMP, en relación con la regulación de los programas de colaboración financiera específica en materias concretas, es jurídicamente viable; recordando, no obstante, que el fondo de nivelación, de carácter incondicionado, es el mecanismo fundamental de financiación en la concepción estatutaria, en concordancia con lo previsto en el artículo 142 de la CE, y sin perjuicio de advertir que la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma admite desarrollos complementarios, y no se agota necesariamente en la participación en ingresos tributarios mediante un fondo, al que el Estatuto da nombre propio. Asumida esta premisa y sin necesidad de calificar los programas previstos en el artículo 192.2 del Estatuto como “excepcionales”, lo cierto es que estos no pueden ser tenidos como mecanismo ordinario de financiación, y mucho menos principal o preferente.

En relación con la problemática suscitada por las subvenciones de la Comunidad Autónoma a favor de particulares que afecten a competencias locales, el Consejo Consultivo ha estimado que la redacción propuesta por la FAMP es también viable, toda vez que se limita a reconocer el derecho de las entidades locales a participar en la concreción de condicionantes y requisitos para su otorgamiento, así como para su ejecución y gestión cuando aquellas incidan en ámbitos materiales de su competencia.

– Sobre la propuesta de enumeración y definición, junto al listado de competencias, de las funciones públicas que corresponden a las entidades locales, con el objeto de precisar el alcance jurídico de cada una, y la adecuación de esta propuesta a las normas de técnica legislativa, y la posibilidad de inclusión de una cláusula general de competencia a favor de los municipios.

La Ponencia propone también, por mayoría, incorporar al Informe las siguientes enmiendas transaccionales: – Enmienda transaccional a las enmiendas números 22 y 122, formuladas, respectivamente, por el G.P. Izquierda Unida-Los Verdes y el G.P. Socialista.

Tanto las enmiendas objeto de transacción como las enmiendas no aceptadas, se mantienen por los GG.PP. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía y Popular de Andalucía, para su debate y votación en Comisión.

La pretendida tarea no puede –a juicio del Consejo– realizarse en la Ley de autonomía local, no solo por su singularidad (su aprobación exige mayoría cualificada), sino porque el propio Estatuto –como reconoce la jurisprudencia constitucional– encomienda a las leyes (incluyendo las leyes sectoriales) la tarea de concretar el alcance de las competencias autonómicas. En definitiva, el Dictamen considera inviable la propuesta de inclusión de una cláusula general a favor de los ayuntamientos.

3. Contenido y principales novedades

La disposición aprobada se estructura en un título preliminar y siete títulos, con un total de 132 artículos, destinados, por este orden, a regular los siguientes aspectos: “Carácter de la Ley y objeto” (título preliminar); “La Comunidad Política Local” (título I); “Los Servicios y la Iniciativa Económica Locales” (título II); “El Patrimonio de las Entidades Locales” (título III); “Relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las Entidades Locales” (título IV); “La Cooperación Territorial” (título V); “Demarcación Municipal” (título VI); “La Administración del Territorio Municipal” (título VII).⁵

La Ley trae causa de lo previsto en el artículo 98 del Estatuto de Autonomía, a cuyo tenor “una ley de régimen local, en el marco de la legislación básica del Estado, regulará las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales, así como cuantas materias se deduzcan del art. 60” (apartado 1); añadiendo que “la ley de régimen local tendrá en cuenta las diferentes características demográficas, geográficas,

funcionales, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión de los distintos entes locales” (apartado 2).

Este precepto estatutario se incardina en el título III del Estatuto de Autonomía relativo a la “Organización Territorial de la Comunidad Autónoma” (artículos 89 a 98), título en el que se abordan, de forma novedosa, la regulación de la estructura territorial en Andalucía (municipios, provincias y demás entes territoriales); los principios de la organización territorial a los que estos están sujetos; las competencias propias de los municipios y las provincias; la agrupación de municipios; el órgano de relación de la Junta de Andalucía y los ayuntamientos; y las comarcas.

Vamos a hacer una sucinta referencia a su contenido, destacando lo más relevante:

Como proclama el artículo 2 de la norma, tiene por objeto la determinación de las competencias y las potestades de los municipios y de los demás entes locales como expresión propia de la autonomía local, y las reglas por las que hayan de regirse las eventuales transferencias y delegaciones a estos de competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía (apartado 1). Asimismo, se regulan las relaciones entre las entidades locales de Andalucía y las instituciones de la Junta de Andalucía, las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre las entidades locales, y entre estas y la Administración de la Comunidad Autónoma (apartado 2). Igualmente contiene el régimen de los bienes de las entidades locales y las modalidades de prestación de los servicios locales de interés general, y la iniciativa económica de aquellas (apartado 3); la regulación de la demarcación territorial municipal y la organización administrativa de su territorio, todo ello con respeto a la potestad de autoorganización que ostentan dichas entidades (apartado 4).

Como principio de la autonomía política local, se define al municipio como “la entidad territorial bási-

5. Completan la norma: disposición adicional primera (“Procedimientos de intervención y control que quedan sin efectos”); disposición adicional segunda (“Mantenimiento de las discontinuidades territoriales existentes”); disposición adicional tercera (“Relaciones de los municipios y provincias con las instituciones de la Junta de Andalucía”); disposición transitoria primera (“Procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”); disposición transitoria segunda (“Régimen jurídico de las entidades locales autónomas creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”); disposición derogatoria única (“Disposiciones derogadas”); disposición final primera (“Modificación de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía”); disposición final segunda (“Modificación del artículo 13 de la Ley 6/2003, de 9 de octubre, de símbolos, tratamientos y registro de las Entidades Locales de Andalucía”); disposición final tercera (“Modificación de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía”); disposición final cuarta (“Modificación de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía”); disposición final quinta (“Corrección de las discontinuidades territoriales existentes”); disposición final sexta (“Procedimientos de deslinde”); disposición final séptima (“Establecimiento y desarrollo de estructuras de participación ciudadana y del acceso a las nuevas tecnologías”); disposición final octava (“Adaptación de mancomunidades y consorcios”); disposición final novena (“Adaptación de las entidades instrumentales locales”); disposición final décima (“Desarrollo y ejecución de la Ley”); disposición final undécima (“Entrada en vigor”).

ca de Andalucía, instancia de representación política y cauce inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos” (artículo 3.2). Por su parte, la provincia se define como “una entidad local, determinada por la agrupación de municipios, cuya principal función es garantizar el ejercicio de las competencias municipales y facilitar la articulación de las relaciones de los municipios entre sí y con la Comunidad Autónoma de Andalucía” (artículo 3.3).

Columna vertebral de la Ley de régimen local de Andalucía es sin duda la regulación de las competencias locales. El presupuesto es un entendimiento de la autonomía local en sintonía con la Carta europea de la autonomía local. Así, el artículo 4 proclama: “La autonomía local comprende, en todo caso, la ordenación de los intereses públicos en el ámbito propio de municipios y provincias, la organización y gestión de sus propios órganos de Gobierno y administración, la organización de su propio territorio, la regulación y prestación de los servicios locales, la iniciativa económica, la gestión del personal a su servicio, patrimonio y la recaudación, administración y destino de los recursos de sus haciendas” (artículo 4.2). Y que “Al amparo de la autonomía local que garantiza esta Ley, y en el marco de sus competencias, cada entidad local podrá definir y ejecutar políticas públicas propias y diferenciadas” (artículo 4.3).

Así, el artículo 9 contiene una larga lista de competencias propias –superando las insuficiencias de los artículos 25 y 26 LBRL– bajo la técnica de la enumeración de las materias y submaterias que comprende en desarrollo de la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y en analogía con la técnica utilizada en los estatutos de autonomía reformados, entre ellos el andaluz (hasta 28 apartados), para blindar las competencias autonómicas frente al Estado, dado que lo que caracteriza una competencia propia es la exclusividad y la especificidad. En efecto, el Estatuto de Autonomía, en el artículo 92.2, atribuye a los municipios un elenco de competencias propias en plena coherencia con lo dispuesto en la Carta europea: funciones (ordenación y gestión) sobre materias (una parte importante de los asuntos públicos). Como manifiesta la exposición de motivos de la Ley, por vez primera en el ordenamiento jurídico español las competencias municipales aparecen con tal

grado de precisión en una Ley orgánica cualificada por el procedimiento de su elaboración, como es el Estatuto de Autonomía de Andalucía. En el mismo sentido, la Ley añade al repertorio estatutario otras competencias, identificando potestades y especificando materias que refuercen la exclusividad de la competencia municipal. El objetivo es claro: garantizar la titularidad de competencias propias municipales, con plena conciencia de la dificultad que supone delimitar materias inevitablemente compartidas, y tratando de volcar el esfuerzo en clarificar las funciones que, en cada caso, correspondan a la Comunidad Autónoma o a los entes locales.

La Ley regula la autonomía local como la integración de municipios y provincias en una sola comunidad política: autonomía municipal y autonomía provincial forman un sistema que el legislador delimitador de competencias ha de tomar como referencia.

Sin embargo, la configuración constitucional y estatutaria de la provincia como agrupación de municipios obliga a distinguir autonomía provincial y autonomía municipal, entre otras razones para dar cumplimiento al mandato del artículo 98 del Estatuto de Autonomía de regular las relaciones entre entidades locales. En coherencia con la previsión estatutaria, la Ley ubica la autonomía provincial al servicio de la autonomía municipal, diferenciando ambas, reconociendo relevancia jurídica a las prioridades y solicitudes presentadas por los municipios, que no podrán ser ignoradas ni suplantadas, pero no completa o necesariamente satisfechas si la provincia, obligada a ponderar la prioridad municipal con visión intermunicipal, las entendiera desmesuradas o lesivas para la prestación equitativa de un servicio.⁶

Sin embargo, estimamos que la consideración de la provincia como parte de la comunidad política local es olvidada a lo largo de su articulado y, sobre todo, en la Ley reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (8-09/PL-000009), aprobada por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 26 y 27 de mayo de 2010, publicada en el BOPA núm. 477, de 11 de junio. Téngase en cuenta que esta norma regula la colaboración financiera de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las entidades locales de su territorio, a través de la participación de estas en los tributos de la misma. En su artículo 2.1 se crea el Fondo de par-

6. En este sentido, no se comprende muy bien el artículo 15, dedicado a las “Competencias materiales de la provincia”, en las siguientes materias: 1) Carreteras provinciales. 2) Los archivos de interés provincial. 3) Los museos e instituciones culturales de interés provincial.

ticipación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, mas, cuando se regula dicho Fondo, la provincia queda totalmente marginada, pues el artículo, al regular el ámbito subjetivo del Fondo, proclama que: "1. Podrán participar del Fondo todos los municipios de Andalucía".

El régimen de las competencias se completa con la regulación de la transferencia y delegación de competencias. En este apartado, la Ley se limita a ordenar el marco legal actualmente existente, estableciendo un marco "neutro" que habilita para futuras transferencias y delegaciones. En cuanto a la encomienda de gestión, llama la atención la omisión de las encomiendas de gestión a las diputaciones provinciales para la prestación de servicios municipales.

Del título IV, dedicado a las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las entidades locales, hay que destacar la expresa inclusión del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales a raíz de las reivindicaciones planteadas por la FAMP, que no estaba prevista en el Anteproyecto de Ley presentado por el Gobierno andaluz. Este órgano no está previsto en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, a diferencia de su homólogo, el Estatuto de Cataluña, cuyo artículo 85 crea el Consejo de Gobiernos Locales y lo define como el órgano de representación de municipios y veguerías en las instituciones de la Generalidad. En definitiva, se configura como una institución de relieve estatutario integrada dentro de la organización político-institucional de la Generalidad, que goza de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria. Por Ley 12/2010, de 19 de mayo, se ha regulado el Consejo de Gobiernos Locales de Cataluña.

En cambio, el artículo 95 del Estatuto de Autonomía andaluz dispone, como órgano de relación de la Junta de Andalucía y los ayuntamientos, que: "Una ley de la Comunidad Autónoma regulará la creación, composición y funciones de un órgano mixto con representación de la Junta de Andalucía y de los Ayuntamientos andaluces, que funcionará como ámbito permanente de diálogo y colaboración institucional, y será consultado en la tramitación parlamentaria de las disposiciones legislativas y planes que afecten de forma específica a las Corporaciones locales". En definitiva, se configura estatutariamente como órgano

mixto de participación y consulta, y no como un órgano de defensa de la autonomía local.

El artículo 57 LAULA dispone "la creación del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales como órgano de representación de los municipios y las provincias ante las instituciones de la Junta de Andalucía con la finalidad de garantizar el respeto a las competencias locales. Para el ejercicio de sus competencias goza de autonomía orgánica y funcional. El Consejo adoptará su propio reglamento interno de organización y funcionamiento" (artículo 57.1).

Corresponde al Consejo Andaluz de Gobiernos Locales "conocer con carácter previo cuantos anteproyectos de leyes, planes y proyectos de disposiciones generales se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que afecten a las competencias locales propias, e informar sobre el impacto que aquellas puedan ejercer sobre dichas competencias, pudiendo emitir juicios basados en criterios de legalidad y oportunidad que en ningún caso tendrán carácter vinculante" (artículo 57.2).

En cuanto a la composición, prevé que "estará compuesto por la totalidad de la representación local en el Consejo Andaluz de Concertación Local más cinco cargos electos locales propuestos por la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación. El presidente o presidenta será elegido por mayoría absoluta del Consejo. Los miembros del Consejo podrán delegar el ejercicio del cargo en otros miembros electos de la misma diputación o ayuntamiento de la que forman parte".

Cuando se rechacen las observaciones o reparos formulados por el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, deberá mediar información expresa y detallada.

En el trámite parlamentario de las disposiciones legislativas y planes será conocida la posición del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 del Estatuto de Autonomía.

No obstante, la LAULA omite toda referencia a la articulación procedimental entre los dos órganos, el Consejo Andaluz de Concertación Local, órgano estatutario de composición mixta y que regula la Ley 20/2007, de 17 de diciembre, de manera desafortunada,⁷ y el Consejo de Gobiernos Locales, de nueva

7. La regulación de este órgano estatutario en la Ley 20/2007 puede calificarse de muy desafortunada. La Ley tiene por objeto la creación y regulación del Consejo Andaluz de Concertación Local, como órgano para la relación, colaboración y coordinación entre la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades locales andaluzas. El Consejo Andaluz de Concertación Local es un órgano colegiado permanente, de carácter deliberante y consultivo, de la Junta de Andalucía, adscrito a

creación y de composición íntegramente local. Por otra parte, entiendo que deben reforzarse las competencias en defensa de la autonomía local que no son propias del Consejo Andaluz de Concertación local, de entrada por su composición, y que deben ser objeto de desarrollo en la futura Ley que regule el órgano, a semejanza de la Ley 12/2010 de Cataluña. En efecto, la Ley catalana 12/2010, al no haber duplicidad de órganos, diferencia las funciones encomendadas al Consejo de Gobiernos Locales, que se clasifican en funciones de representación y proposición (artículo 21); participación en tramitación de normas que afecten específicamente a las administraciones locales (artículo 22), y funciones de defensa de la autonomía local, que desarrolla el artículo 23.⁸

El título V, consagrado a la cooperación territorial, omite toda referencia a las comarcas y áreas metropolitanas. Lo más destacado del mismo se refiere a los consorcios: de una parte, la calificación de los consorcios como entidades de cooperación territorial, es decir, entidades locales, y, de otra parte, llevar a cabo su regulación completa en los artículos 77-81, frente a la opción de la Ley 7/1993, de 27 de julio, reguladora de la demarcación municipal de Andalucía, que se deroga por la presente Ley.

Por último, el título VI, dedicado a la demarcación municipal, presenta escasas novedades; no obstante, destaca, de una parte, una nueva definición de la demarcación territorial,⁹ la enumeración y regulación de nuevos supuestos de alteración de términos municipales,¹⁰ y la

desconexión general de esta regulación con la ordenación del territorio.

4. Las novedades del título II: servicios e iniciativa económica local

Constituye el título II de la Ley, dedicado a los servicios locales de interés general y a la iniciativa económica local, uno de los que presenta mayores novedades. Desde la perspectiva de los ciudadanos y del quehacer diario de las administraciones locales, es claro que la cuestión de la prestación de actividades y servicios es fundamental. Para ello las administraciones locales precisan formular sus propias políticas, desarrollarlas, regular y ordenar servicios y actividades, toda vez que la prestación de actividades y servicios es el principal valor que aportan los entes locales a la vida diaria de los ciudadanos. En este nuevo contexto, no podía seguirse con el simple mimetismo anclado en la mera transposición al ámbito autonómico de la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales que se establecen en el artículo 85 LBRL. Cabalmente, se trata de un asunto en el que las administraciones locales se juegan parte de su legitimidad, y que es un eslabón de una cadena donde confluyen o convergen numerosas piezas a tener en cuenta por el legislador: desde la vertiente del Derecho Comunitario, los conceptos de servicios de interés económico general, las reglas de la competencia, régimen de ayudas, y contratación pública; y desde la

la Consejería competente en materia de Administración local (artículo 2). Se regula, pues, como un órgano colegiado más de la Administración de la Junta de Andalucía, integrado por miembros representantes de la Junta de Andalucía y Administración local, pero con voto de calidad del presidente, titular del órgano competente en materia de Administración local. En efecto, el artículo 11, relativo al régimen de adopción de acuerdos, prevé que la adopción de acuerdos en el seno del Consejo Andaluz de Concertación Local requerirá el voto favorable de la mayoría de sus miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley. En caso de empate, decidirá la Presidencia con su voto de calidad.

8. El artículo 23 dispone: "1. El Consejo de Gobiernos Locales tiene funciones de defensa de la autonomía local en las diversas instituciones que tienen como competencia garantizar el respeto de este principio constitucional. 2. El Consejo de Gobiernos Locales, en ejercicio de las funciones a las que se refiere el apartado 1, puede solicitar el dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias sobre la adecuación a la autonomía local, garantizada por el Estatuto de autonomía, de los proyectos de ley y las proposiciones de ley, así como de los proyectos de decreto legislativo aprobados por el Gobierno, en los términos establecidos por la Ley del Consejo de Garantías Estatutarias. 3. El Consejo de Gobiernos Locales debe velar por la defensa de la autonomía local con relación a las directivas, las leyes, los reglamentos y cualquier otra norma que incidan en los entes locales de Cataluña".

9. El artículo 88.1 realiza una confusa regulación en la que se mezclan el territorio municipal en el que se ejercen válidamente las competencias, con la capacidad jurídica general de los entes locales en los mismos términos que el resto de las administraciones públicas. El precepto dispone que: "El término municipal es el espacio físico en el que el municipio puede ejercer válidamente sus competencias.

"El ejercicio de determinadas competencias y de actividades relacionadas con servicios públicos o con la iniciativa económica puede ser desarrollado fuera del término municipal cuando sea adecuado a su naturaleza y de acuerdo con los convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos o formas válidas en Derecho que se adopten".

10. En efecto, el artículo 90.1 dispone que los términos municipales podrán ser modificados por: a) Segregación. b) Fusión. c) Agregación. d) Incorporación. e) Aumento o disminución de su cabida debido a dinámicas de la naturaleza.

vertiente del ordenamiento jurídico interno, la reforma del régimen local desde los principios de autonomía y subsidiariedad, y la perspectiva de la calidad de los servicios públicos.

La norma andaluza se ha propuesto una regulación actualizada de las formas de gestión de los servicios públicos locales, aunque no carente de dificultades, partiendo de su dimensión comunitaria, así como de la elemental distinción entre los servicios de interés general y el ejercicio de la potestad de iniciativa pública en la economía (artículo 128.2., primer inciso, CE).

4.1. Servicios locales de interés general y servicios básicos

La falta de rigor del concepto de servicio público manejado en la legislación de régimen local (artículos 85.1 y 25.1 LBRL) como equivalente a actividad local con independencia de su prestación en régimen de Derecho Administrativo o de Derecho Privado y la necesidad de *aggiornamento* del concepto, dado que la privatización y liberalización han transformado el concepto clásico subjetivo de servicio público por la noción de servicio universal y de las obligaciones de servicio público, aconsejan eliminar la confusión actualmente existente por elevación, partiendo de la noción comunitaria de servicios de interés general. En este sentido, el artículo 26.1 LAULA dispone: "Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía".¹¹

No obstante, la norma no extrae todas las consecuencias que se derivan del Derecho Comunitario, pues

los servicios de interés general constituyen un género que se clasifica en servicios económicos de interés general, a los se aplican las normas del mercado como regla de principio, y los no económicos, excluidos de las normas del mercado y de la competencia. Mas la delimitación de la noción de servicios de interés general y, dentro de estos, los de interés económico, es una cuestión pendiente de armonización a nivel comunitario, y, hasta la presente, ha producido y produce notable inseguridad jurídica, toda vez que queda pendiente de las decisiones adoptadas caso por caso por el TJCE.¹² Además téngase en cuenta que corresponde a los estados miembros o la Unión Europea definir y adaptar, de forma transparente y no discriminatoria, las misiones y los objetivos de los servicios de interés económico general de sus respectivos ámbitos de competencia, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, en interés y para satisfacción general de todos aquellos a los que se dirigen estos servicios (artículos 14 y 106 y 107 TFUE versión consolidada y Protocolo núm. 26 Tratado de Lisboa). Queda, pues, pendiente de elaboración un marco normativo a nivel comunitario que establezca con seguridad jurídica las claves para desarrollar los parámetros de la interacción entre servicios de interés general y libre competencia y la imposición de una obligación de servicio público, que presupone la posibilidad de realizar una compensación entre los sectores de actividad rentables y los menos rentables, y justifica, por ello, una limitación de la competencia de los empresarios particulares en los sectores económicamente rentables.¹³ Todo ello puede provocar resistencias hacia este cambio conceptual y su aprehensión.

La LAULA ha positivizado con acierto unos principios generales informadores del régimen de los servicios de interés general en el artículo 28, entre los que destaca en el número 8) el de transparencia financiera y en la gestión, pues resulta imprescindible determi-

11. Así lo había entendido también el Proyecto de Ley básica de Gobierno y Administración local de julio de 2006, finalmente decaído en su artículo 77.

12. La Comisión Europea publicó la primera definición de SIG en su primera Comunicación del 26 de septiembre de 1996, "Los servicios de interés general en Europa", completada posteriormente mediante la Comunicación sobre los SIG fechada en 2001: "Designan las actividades de servicio, comercial o no, consideradas como de interés general por las autoridades públicas y sometidas por dicha razón a las obligaciones específicas de servicio público" (anexo II COM 2001). En el anexo 1 del Libro blanco de 2004, los SIG se definen como: "servicios comerciales y no comerciales que las autoridades públicas consideran como de interés general y que se encuentran sometidos a las obligaciones específicas de servicio público" (en los mismos términos, el Libro verde sobre los SIG 2003).

13. STJCE, asunto Altmark Trans, 24 de julio de 2003, normas de la competencia y del mercado y los servicios locales de interés económico general. Véase CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., "Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)", *QDL* núm. 6, 2004, p. 65-80.

nar las condiciones de financiación conforme al Derecho Comunitario de los servicios locales de interés económico general. Es la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas,¹⁴ la que incorpora al Derecho español la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. La norma pretende garantizar la transparencia acerca de la puesta a disposición de fondos con el fin de dilucidar cuándo se trata de compensaciones legítimas por obligaciones de servicio público, y cuándo constituyen subvenciones. Este principio es desarrollado en el artículo 44 LAULA, único precepto en el que el legislador andaluz se refiere de manera expresa a la noción más restringida de servicios de interés económico general,¹⁵ y en el artículo 49, dedicado a la

transparencia de las relaciones financieras aplicado a las empresas públicas locales.¹⁶

Por su parte, la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que sigue la estela del modelo catalán también en este tema,¹⁷ en el artículo 60 dispone: "1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el artículo 149.1.18.^a de la Constitución y el principio de autonomía local, incluye:

"(...)

"c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos".

En el título III, dedicado a la organización territorial de la Comunidad Autónoma, el Estatuto de Autonomía para Andalucía consagra un precepto dedicado a las competencias propias de los municipios en el artículo 92.¹⁸ El apartado 2 recoge un listado de competencias propias, entre las que destaca la letra d): "Ordenación

14. Según la disposición final primera, tiene carácter básico en virtud de los artículos 149.1.13 CE ("Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica") y 149.1.18 CE ("...bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas...").

15. El artículo 44, bajo la rúbrica "Transparencia en la gestión de los servicios locales de interés económico general", establece: "Cuando las empresas a las que las administraciones locales hayan atribuido la gestión de servicios de interés económico general o hayan concedido derechos especiales o exclusivos realicen además otras actividades, actúen en régimen de competencia y reciban cualquier tipo de compensación por el servicio público, estarán sujetas a la obligación de la llevanza de cuentas separadas, de información sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades y sobre los métodos de asignación empleados, en los términos establecidos por la legislación estatal y por el Derecho europeo".

16. El artículo 49, en el apartado 1, establece que: "Las empresas públicas locales tendrán el deber de suministrar información, en los plazos que se establezcan en sus estatutos, a la Administración local de la que dependan, sobre la recepción de fondos enviados por las distintas Administraciones públicas, al objeto de garantizar la transparencia de las relaciones financieras".

17. La Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, parte de una nueva clasificación competencial en el artículo 110. En el caso catalán, el artículo 160.1 atribuye a la Generalidad de Cataluña la competencia exclusiva en materia de régimen local, que, respetando el principio de autonomía local, incluye: "b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84", y "c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos". Por su parte, el título dedicado al Gobierno local contiene un listado de competencias locales en el artículo 84.2; entre tales competencias queremos destacar el apartado c): "La ordenación y la prestación de servicios básicos a la comunidad".

18. El artículo 92 del Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone: "1. El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad.

"2. Los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes:

"a) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística.

"b) Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial.

"c) Gestión de los servicios sociales comunitarios.

"(...)

"e) Conservación de vías públicas urbanas y rurales.

"f) Ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas.

"g) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del patrimonio histórico y artístico andaluz.

"h) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública.

"i) La regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública.

"j) Defensa de usuarios y consumidores.

y prestación de los siguientes servicios básicos: abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros”.

Así pues, el Estatuto de Autonomía de Cataluña y el de Andalucía han incorporado de manera expresa dentro del régimen local la noción de “servicios básicos” entre el núcleo irreductible de competencias locales. Pero, mientras que el Estatuto de Autonomía de Cataluña no señala cuáles son los servicios que considera básicos, la Ley orgánica 3/2007 enumera en el artículo 92.2 como servicios básicos de los ayuntamientos andaluces, en los términos que determinen las leyes, los siguientes: “d) la ordenación y prestación del abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales, alumbrado público, recogida y tratamientos de residuos, limpieza domiciliaria, prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros”.

Fácilmente se desprende que el Estatuto de Autonomía para Andalucía en este apartado incorpora, dentro de las competencias locales, lo que en el artículo 26 LBRL¹⁹ son servicios mínimos de prestación obligatoria en función de la población, así como algunos servicios reservados a tenor del artículo 86.3 LBRL.²⁰ En puridad, la noción de servicios básicos como competencia propia de los ayuntamientos de Andalucía constituye una mixtura, una especie de híbrido de los servicios mínimos obligatorios y de algunos servicios reservados en los artículos 26 y 86.3 LBRL. La singularización de los denominados servicios básicos suscita, sin embargo, algunas dudas. En

primer lugar, la más elemental cuestión de si la noción de “servicio básico” tiene una entidad y significación jurídica propias. Téngase en cuenta que la Constitución española utiliza el concepto de servicios esenciales, y no el de básicos, en el artículo 128.2, segundo inciso, al regular la potestad de reserva, así como en el artículo 28, servicios esenciales en caso de huelga. Estimamos que no, pues tampoco tiene consecuencias jurídicas en cuanto a su naturaleza, toda vez que no dejan de ser competencias que el Estatuto de Autonomía reformado reconoce a favor de los entes locales y blinda frente al propio legislador autonómico. Desde esta perspectiva, no hay diferencia con respecto al resto de las competencias que se prevén a favor de los ayuntamientos en el artículo 92.2. A la misma conclusión nos lleva el examen del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aunque en el caso catalán la norma institucional básica no enumera cuáles son los servicios que tienen dicha consideración, lo que ofrece como ventaja que evita su petrificación, pues estos pueden evolucionar y cambiar con el tiempo, además de no entrar en una posible confrontación con la futura Ley básica estatal de régimen local, que, en aras de la igualdad, pudiera citar algunos servicios como competencia irreductible, estándar mínimo de autonomía en todos los ayuntamientos de España para preservar la igualdad básica de todos los ciudadanos, cualquiera que sea el lugar donde residan. Así pues, la única trascendencia jurídica que puede tener la noción de servicios básicos es desde su puesta en relación con la igualdad de las condiciones básicas de los ciudadanos respecto de los servicios que reciben o

“k) Promoción del turismo.

“l) Promoción de la cultura, así como planificación y gestión de actividades culturales.

“m) Promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público.

“n) Cementerio y servicios funerarios.

“ñ) Las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes”.

19. En efecto, el artículo 26 LBRL dispone: “Los municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

“a. En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

“b. En los municipios con población superior a 5.000 habitantes-equivalentes, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

“c. En los municipios con población superior a 20.000 habitantes-equivalentes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

“d. En los municipios con población superior a 50.000 habitantes-equivalentes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente”.

20. El artículo 86.3 LBRL dispone: “Se declara la reserva a favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros. El Estado y las Comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios”.

garantizan su prestación de los entes locales. Desde este punto de vista, se configurarían como una suerte de servicios mínimos comunes para todos los entes locales. De ahí que el juego del núcleo mínimo, para asegurar la igualdad de las condiciones básicas de la Ley estatal, diseñaría un conjunto de actividades y servicios fundamentales, a los que la legislación autonómica de régimen local puede añadir otros. Respecto de los servicios básicos, la LAULA establece: “1. Son servicios públicos básicos los esenciales para la comunidad. Su prestación es obligatoria en todos los municipios de Andalucía. 2. Tienen en todo caso la consideración de servicios públicos básicos los servicios enumerados en el artículo 92.2.d del Estatuto de Autonomía para Andalucía”. Asimismo, el artículo 32.1 declara la reserva a favor de los municipios de los servicios públicos básicos enumerados en la letra d) del apartado segundo del artículo 92 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, lo que habilita, aunque no obliga, a su prestación en régimen de monopolio. A nuestro juicio, la LAULA podría haber avanzado más en la elaboración del concepto de servicios básicos, dotándolos de un contenido propio, como noción estatutaria, conectados de una parte con los derechos fundamentales y el desarrollo de la personalidad y, de otra parte, con la igualdad básica, aunque esta es una pieza más a ensamblar con la futura Ley estatal de Gobierno y Administración local.

4.2. Los modos de gestión de los servicios públicos

Preceptúa el artículo 28 LAULA que las entidades locales pueden prestar los servicios de interés general en régimen de servicio público o de actividad reglamentada. Según la norma, servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local realiza, de forma directa o mediante contrato, la actividad objeto de la prestación. En cambio, se prestan en régimen de servicio reglamentado cuando la actividad objeto de la prestación se realiza por particulares, conforme a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.

En este marco, la LAULA pasa a regular los modos de gestión de los servicios públicos, manteniendo en el artículo 33 la tradicional división en modos de gestión directa por la propia entidad, o modos de gestión indirecta, mediante modalidades contractuales de colaboración, aunque suprimiendo el anacrónico expediente de municipalización.²¹ La todavía vigente regulación estatal de régimen local ha provocado dudas acerca de la necesidad de seguir o no el denominado “expediente de municipalización” que desgrana el artículo 97 TRRL²² para todo tipo de actividades, también para la prestación de servicios públicos locales *stricto sensu*,

21. Recuérdese que la reforma de los modos de gestión de los servicios públicos locales llevada a cabo por la LMMGL, se ha limitado a incorporar como modalidad de gestión directa la fórmula de entidad pública empresarial para el ámbito local. Se ha producido la “lofagización” con carácter básico de la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales, toda vez que la finalidad de la reforma ha sido uniformar las modalidades organizativas instrumentales a imagen y semejanza de la LOFAGE, pero desde perspectivas distintas. Pues mientras que la LOFAGE se sitúa en el título III desde la vertiente de las modalidades de organización de la Administración institucional del Estado, en definitiva, la teoría de la organización, en cambio los artículos 85, 85 bis y 85 ter se posicionan exclusivamente desde la más estrecha perspectiva necesitada de superación de las modalidades de gestión de los servicios públicos. *Vid.* al respecto nuestro trabajo: *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.

22. El precepto dispone: “1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere: a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico. b) Redacción por dicha Comisión de una Memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicables a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones. c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.

“2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidas a la conveniencia del régimen de monopolio, si bien el acuerdo a que se refiere el apartado d) deberá ser adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

“Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses (...)”.

incluidos los servicios mínimos obligatorios del artículo 26 LBRL y los reservados (artículo 86.3 LBRL), o solo para el ejercicio de la iniciativa pública en la economía. Las dudas traen causa en la persistencia del empleo del trasnochado concepto de "municipalización y provincialización", del uso de la expresión de servicios públicos locales como equivalentes a actividades municipales, abstracción hecha de si se trata de la manifestación de la iniciativa pública en la economía, y de su regulación bajo el rótulo común de las formas de gestión de los servicios públicos. En efecto, en terminología del Decreto de 17 de junio de 1955 que aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL), en los artículos 45.1 y 47.1 se denomina municipalización y provincialización a la potestad de iniciativa pública en la economía de los municipios y provincias respectivamente, ya sea en régimen de concurrencia o de monopolio. Pues bien, la LAULA diferencia claramente la actividad de servicio público del ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica.²³ La delimitación entre servicios de interés general e iniciativa económica local, debe traducirse en una diferenciación de procedimiento, como corresponde al ejercicio de potestades que son distintas. La prestación de servicios locales en régimen de servicio público por cualquiera de las modalidades de gestión propia o directa, debe hacerse por medio de un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, suprimiendo toda referencia a los decimonónicos conceptos de municipalización o provincialización de servicios. La LAULA lo hace en el artículo 32.3 para la prestación en régimen de monopolio. De dicho expediente se ha eliminado, en virtud de la disposición adicional primera, la aprobación del ejercicio en régimen de monopolio de las actividades y servicios esenciales reservados a

favor de las entidades locales por el Consejo de Gobierno, es decir, se ha suprimido el control de tutela establecido en el artículo 97.2 TRRL: "Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses". Tutela superflua y contraria a la autonomía local, toda vez que corresponde al legislador que declara la reserva de servicios esenciales que habilita al monopolio, y que ha ponderado los intereses generales implicados.

La LAULA incluso ha acuñado diferente terminología para subrayar el ejercicio de potestades públicas diversas: sociedad mercantil local o interlocal en el caso de erigirse una compañía mercantil de responsabilidad limitada en modo directo de gestión de los servicios públicos, y empresa pública local en el caso de ejercicio de la iniciativa económica local (artículos 45-49).

Para la LAULA, tiene la consideración de gestión propia o directa la prestación de los servicios públicos que las entidades locales desarrollen por sí o a través de sus entes vinculados o dependientes.

El artículo 33.3 LAULA enumera las modalidades que puede revestir la gestión propia o directa: a) Prestación por la propia entidad local. b) Agencia pública administrativa local. c) Agencia pública empresarial local. d) Agencia especial local. e) Sociedad mercantil local. f) Sociedad interlocal, y g) Fundación pública local.

Como novedades destaca la terminología adoptada, pues la LAULA ha homologado la denominación de los entes instrumentales como modos directos de gestión de los servicios públicos a la terminología acuñada en el título III de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía²⁴ (LAJA). No obstante, esta opción, siendo legítima, pues forma

23. Véase el acierto de la exposición de motivos de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de normas reguladoras de la Administración local de Aragón, cuando declara que: "En materia de servicios y actividad económica, la Ley sigue las orientaciones establecidas en la legislación básica estatal, pero simplifica el régimen de la iniciativa local en materia económica, prescindiendo del equivoco concepto de municipalización y provincialización, que tuvo su razón de ser en un momento histórico y con un marco jurídico, en los que la iniciativa económica local tenía carácter excepcional. No tiene ahora sentido, cuando dicha iniciativa está recogida en el art. 128.2 de la Constitución y en la legislación básica estatal de régimen local. La distinción que hoy debe mantenerse es la existente entre servicios o actividades en régimen de libre competencia y en régimen de monopolio".

24. El artículo 50 de la Ley 9/2007 establece que: "1. Tienen la consideración de entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, a los efectos de esta Ley, las entidades dotadas de personalidad jurídica propia, creadas, participadas mayoritariamente o controladas efectivamente por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus entes públicos, con independencia de su naturaleza y régimen jurídico, que tengan por objeto la realización de actividades cuyas características por razones de eficacia justifiquen su organización y desarrollo en régimen de autonomía de gestión y de mayor proximidad a la ciudadanía, en los términos previstos en esta Ley". A tenor del artículo 52 las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía se clasifican en: a) Agencias. b) Entidades instrumentales privadas: 1.º Sociedades mercantiles del sector público andaluz. 2.º Fundaciones del sector público andaluz. Por su parte, el artículo 54.2 clasifica a las agencias en: a) agencias administrativas; b) agencias públicas empresariales, y c) agencias de régimen especial.

parte de la potestad organizatoria sobre régimen local, sin embargo adolece de falta de depuración terminológica desde la perspectiva de la calidad de las normas. Así, respecto de la Agencia pública administrativa local, consideramos que le sobra el adjetivo de pública; por lo demás, a lo largo del texto, en algunas ocasiones se refiere simplemente a Agencia administrativa local (artículo 34). Lo mismo para la Agencia pública empresarial local, pues el texto en ocasiones se refiere simplemente a Agencia empresarial local (artículo 35.1).

Constituye una novedad la inclusión de la Agencia local de régimen especial, que se regula en el artículo 36 a semejanza de las agencias en régimen especial reguladas en el artículo 71 LAJA, lo que, a su vez, constituye la importación de este tipo de personificación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Lo que caracteriza a las agencias en régimen especial es el contrato de gestión regulado en el artículo 72 LAJA. La actuación de las agencias de régimen especial se producirá con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión, que definirá los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y la gestión a desarrollar.

Una de las grandes aportaciones de la LAULA ha sido positivizar el principio de correspondencia entre forma jurídica y fin en el artículo 27.11), "Adecuación entre la forma jurídica y el fin de la actividad encomendada como límite de la discrecionalidad administrativa", en definitiva, como criterio de control de la discrecionalidad de la Administración en la elección de los ropajes jurídicos. Este criterio, por lo demás implícito en la LOFAGE,²⁵ se manifiesta en la prohibición de que los servicios que impliquen ejercicio de autoridad puedan prestarse mediante modalidades contractuales de colaboración, ni mediante Sociedad mercantil local o interlocal, ni Fundación pública local (artículo 33.5); en el artículo 34.1, al ordenar que las entidades locales no podrán crear agencias públicas administrativas para el ejercicio de actividades

económicas en régimen de mercado; en el artículo 35.2, al preceptuar que no podrán atribuirse a las agencias públicas empresariales locales, cuyo objeto sea exclusivamente la producción de bienes de interés público en régimen de mercado, potestades que impliquen ejercicio de autoridad; en el artículo 42.1, al regular que las fundaciones públicas locales no podrán ejercer potestades públicas; y en el artículo 46.4, al ordenar que las empresas públicas en ningún caso podrán ejercer potestades públicas.

Respecto de la Sociedad mercantil local, el artículo 38 mejora la redacción del artículo 85 ter LBRL en los siguientes aspectos:

– El artículo 85 ter, que viene a transcribir casi literalmente la disposición adicional 12 de la LOFAGE, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas (LPAP), se olvida de toda referencia a la legislación patrimonial pública contenida en la LPAP. Esta Ley, en el título VII, "Patrimonio Empresarial de la Administración General del Estado", regula las sociedades estatales. Pero hay que notar que el referido título VII no es básico, y solo es aplicable a la Administración General del Estado. Con todo, en la LPAP sí hay preceptos básicos como los principios aplicables a los bienes y derechos patrimoniales que enumera el artículo 8, toda vez que los títulos representativos de capital en sociedades mercantiles son bienes patrimoniales. El artículo 38.2 colma esa omisión, haciendo expresa referencia a la normativa patrimonial en el grupo normativo aplicable a la Sociedad mercantil local.

– El artículo 85 ter establece la remisión a los estatutos para la configuración de la forma de designación y funcionamiento de los órganos de la entidad, con lo que el precepto parece acabar con la especialidad orgánica más característica de las sociedades mercantiles de capital exclusivo local (en la terminología tradicional, Sociedad privada municipal): que el Pleno de la Corporación se constituya en Junta General de la compañía, que a su vez designa el Consejo de Administración (artículos 90 a 94 del Reglamento de servicios

25. Implícitamente, la LOFAGE ha aportado un criterio de racionalización consistente en el establecimiento de una correspondencia entre forma jurídica elegida y fin o actividad como límite a la discrecionalidad de la Administración en la elección de los ropajes jurídicos, pues cabalmente constituye un elemento esencial en aras de diferenciar, desde un punto de vista material, la fórmula del Organismo Autónomo de la Entidad pública empresarial local. Baste decir ahora que, a tenor del artículo 45.1 LOFAGE, la fórmula del OA ha de ser utilizada para la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos. En cambio, las actividades propias de las entidades públicas empresariales (EPES), a tenor del artículo 53 LOFAGE, son la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

de las corporaciones locales, de 17 de junio de 1955). Ahora, el artículo 38.4²⁶ para la Sociedad mercantil local de Andalucía vuelve a restablecer, sin excepción, la correspondencia entre el Pleno y la Junta General de la Sociedad. Estimo que el criterio es acertado: abogar por su mantenimiento refuerza y subraya la proximidad de la dependencia de la Sociedad mercantil local como puro ente instrumental en manos de la Administración municipal. Solo cuando la Sociedad mercantil local está participada indirectamente a través de un ente instrumental (Agencia pública administrativa local, Agencia pública empresarial local, Agencia especial local, Sociedad mercantil local o Fundación pública local), podría justificarse la supresión de dicha correspondencia entre Pleno y Junta General.²⁷

– Asimismo, el artículo 38 impone el requisito de la aprobación y publicación de los estatutos con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la Sociedad mercantil local, dada su naturaleza normativa confirmada por la reciente STS de 24 de noviembre de 2009 (RAJ 2010/1823) que declara la nulidad de los estatutos de EGMASA.²⁸ Por contraste, el artículo 85 ter LBRL

omite esta exigencia de la aprobación y publicación de sus estatutos (BOP) con carácter previo al inicio de su funcionamiento efectivo, criterio que en cambio sí establece el artículo 85.bis.3 LBRL para los estatutos de los organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales.

La LAULA contempla expresamente la Sociedad interlocal²⁹ entre las modalidades directas de gestión de los servicios públicos, es decir, aquella cuyo capital está integrado en exclusiva por el concurso de entes locales (varios municipios, municipios con Diputación provincial), como manifestación de la cooperación y colaboración entre entes locales para prestar actividades y servicios de su competencia y titularidad. La fórmula hay que delimitarla adecuadamente, al objeto de que se acomoden al Derecho Comunitario de la contratación pública, y, en particular, a su exclusión, los denominados negocios domésticos o *in house providing*. Es lo que en el artículo 4.1.n de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), se denominan medios propios o servicios técnicos de la Administración, en relación con el artículo 24.6,³⁰ como negocio

26. El artículo 38.4 preceptúa: “Los estatutos deberán ser aprobados por el pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad, y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad. En ellos se determinará la forma de designación y funcionamiento del Consejo de administración, los demás órganos de dirección de la misma y los mecanismos de control que, en su caso, correspondan a los órganos de la entidad local”.

27. Vid. nuestro trabajo: “La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales”, *RAAP*, núm. 57, 2005, p. 65-102.

28. Decreto 117/1998, de 9 de junio, por el que se modifica el Decreto 99/1989, de 7 de febrero, de constitución de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA), por falta de trámite de audiencia en la elaboración de la disposición general cuestionada.

29. Pionera en acuñar esta fórmula es la Ley 1/2007, de 14 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/1990, de Administración local de Navarra, en materia de contratación. El artículo 224.5, en su nueva redacción, dispone: “Las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a una o varias entidades públicas dependientes de aquélla o aquéllas se entenderán como entes instrumentales propios de ella o de todas ellas a efectos de que a las encomiendas a las mismas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, concesiones de obras o servicios o asistencia no les sea de aplicación la legislación foral de contratos públicos siempre que reúnan los siguientes requisitos: a) Ausencia de autonomía decisora respecto de las entidades encomendantes, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades. b) Que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendantes”.

30. El artículo 4 LCSP dispone: “1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

“(…)”

“n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174”.

Por su parte, el artículo 24.6 establece: “6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

excluido de su ámbito de aplicación. La Sociedad mercantil interlocal, como fórmula de colaboración y de control conjunto por varios entes locales, ha de cumplir cumulativamente los requisitos enunciados por el TJCE en el asunto Teckal y sus desarrollos ulteriores: ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades locales encomendantes, al ejercer estas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios; y que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendantes en su conjunto.³¹ Estimamos que el artículo 39 se ajusta a los requisitos de los medios propios o servicios técnicos. El precepto dispone: “Las entidades locales podrán crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia, prestación que tendrá la consideración de gestión propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

“1) Capital exclusivo público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado.

“2) Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

“3) Adopción de acuerdos por mayoría e integración de los órganos sociales por los entes que la componen.

“4) No pueden tener encomendadas actividades de mercado.

“5) Como forma de gestión propia, la sociedad interlocal solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean”.

No obstante, precisan de aclaración los requisitos 4), no ejercer actividades de mercado, y 5), que ordena que en calidad de medio propio, la Sociedad solo pueda prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean. Ambos requisitos están relacionados, y han de interpretarse en clave de la legislación de contratos. Se entiende por actividad de mercado cualquier actividad, dentro del objeto social, prestada para

un tercero, sea privado o público, entendiéndose por tercero un ente distinto de los poderes adjudicadores locales que integran y controlan la Sociedad como medio propio. La delimitación de los “medios propios o servicios técnicos” de la Administración, evoca la cuestión previa y elemental de la delimitación de las relaciones instrumentales de las contractuales, pues solo de estas últimas se predicen las garantías propias de la contratación pública, pues el fundamento de los encargos domésticos se encuentra en la inexistencia de relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es la libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos. Se trata de una opción de naturaleza organizativa.

Ejercer la parte esencial de su actividad para el ente o entes que controlan el medio propio, es un requisito que se configura como elemento definidor de los encargos *in house*, fundamento del medio propio o servicio técnico como manifestación de la potestad autoorganizatoria de las administraciones, que excluye la existencia de relación contractual; y, de otra parte, es un elemento esencial para que no se distorsione la competencia en el mercado. No obstante, este requisito, que es imprescindible para prevenir que se falsee el juego de la competencia en el mercado común y se garanticen las libertades de circulación, ha de ser concretado con mayor precisión por la doctrina del TJCE, toda vez que el estatuto legal de los entes configurados como medios propios suele tener un objeto híbrido, por cuanto, además de los negocios domésticos, operan también en el mercado, es decir, para terceros. Mas entiendo que, en aras de evitar que la competencia sea falseada, la atribución expresa en la norma de creación o en los estatutos de un objeto híbrido de encargos internos y actividad de mercado, debe ser excepcional, y no práctica común, pues esta circunstancia es

“En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

“La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

31. Vid. ampliamente nuestro trabajo: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie Claves del Gobierno Local, 9, 2009.

un claro indicio de la vocación de mercado de la entidad instrumental. Asimismo, en la norma de creación debería motivarse suficientemente esta opción, que, no se olvide, representa en la práctica un claro peligro de distorsión del concepto de ente instrumental como medio propio o servicio técnico de la Administración, a efectos de la exclusión de la aplicación de la normativa de la contratación pública. De ahí que, si una vez justificada suficientemente, se opta por la atribución de un objeto híbrido, debiera imponerse la exigencia de que el estatuto legal de los entes configurados como medios propios establezca una clara separación jurídica y contable entre las dos cualidades en las que pueden actuar, como medio propio y en régimen de mercado. También debe exigirse la cláusula legal de que la actividad de mercado debe ser accesoria y marginal para seguir manteniendo el estatus de medio propio, como garantía contra posibles falsificaciones de la competencia.³²

Este peligro es el que ha tratado de conjurar la LAULA con la prohibición de ejercer actividades de mercado, en el bien entendido de que la actividad de mercado, que, como medio propio, es decir, excluido de la legislación de contratos, tiene vedada la Sociedad interlocal, se define no por su naturaleza, sino en función de para quién se desarrolla. Será actividad de mercado toda aquella que ejerza la compañía mercantil para entes distintos de los poderes adjudicadores locales que la integran y ejercen un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

Este requisito también incide derechamente en la cuestión de la competencia territorial y sus límites en el ejercicio de las actividades y servicios por las administraciones públicas, al tiempo que constituye una consecuencia de la condición de ente instrumental como

medio propio. Este asunto se ha suscitado en nuestro ordenamiento jurídico, en particular en el ámbito local, en relación con las sociedades mercantiles locales como modo de gestión de los servicios públicos (artículo 46 RSCL),³³ y tiene su origen en la confusión entre la empresa pública como manifestación de la potestad de iniciativa pública económica, sometida a la libre competencia 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 Administración 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. En este sentido ha de entenderse lo dispuesto en el artículo 88.1, aunque no resulte afortunada su regulación, al definir el concepto de término municipal: "El término municipal es el espacio físico en el que el municipio puede ejercer válidamente sus competencias. El ejercicio de determinadas competencias y de actividades relacionadas con servicios públicos o con iniciativa económica puede ser desarrollado fuera del término municipal cuando sea adecuado a su naturaleza y de acuerdo con los convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos o formas válidas en Derecho que se adopten".

Por último, la LAULA ha incorporado la Fundación pública local, regulada en los artículos 40-43, como modo de gestión de los servicios públicos, colmando la omisión de la LOFAGE y de la LBRL. Hay que tener en cuenta que el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones contiene una habilitación legal genérica, en el artículo 8, para que las personas jurídico-públicas constituyan fundaciones, salvo que

32. Asimismo, el requisito de realizar la parte esencial de la actividad para la Administración o administraciones que la controlan, siempre que estén habilitadas también para operar en el mercado, es un requisito dinámico y no estático, máxime teniendo en cuenta que, tal y como se configura hasta ahora, no se establecen límites a la actividad de mercado de los medios propios. En este sentido, cabe citar el acierto del Decreto 27/2007, de 26 de marzo, de desarrollo del artículo 8 de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de contratos de Navarra, relativo al régimen de las encomiendas que realicen la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos a sus entes instrumentales, que configura con carácter temporal el reconocimiento de ente instrumental a estos efectos en los siguientes términos: "Las empresas y demás entidades, al objeto de ser destinatarios de encomiendas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos autónomos, deberán obtener previamente el reconocimiento expreso de su carácter de ente instrumental mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra, que determinará el Departamento al que queden adscritas a estos efectos y el plazo de vigencia, que no podrá exceder de cuatro años, salvo revocación anticipada por cambios sobrevenidos de sus circunstancias o decisión fundada del Gobierno de Navarra".

33. El artículo 46.1. RSCL preceptúa: "Para que proceda la municipalización o provincialización se requerirá la concurrencia de las siguientes circunstancias en los servicios a que hayan de referirse:

"(...)

"c) Que se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro".

sus normas reguladoras establezcan lo contrario. Además, el capítulo XI de la Ley lleva a cabo una regulación específica para las denominadas “fundaciones del sector público estatal”.

4.3. La iniciativa económica local

Por último, el capítulo II, artículos 45-49, regula de manera diferenciada la potestad de iniciativa económica local. La CE reconoce sin ambages la potestad de iniciativa pública económica, en régimen de igualdad y libre concurrencia con la iniciativa privada, en el artículo 128.2, primer inciso. Sus principios de actuación son la igualdad, concurrencia y no discriminación con la empresa privada, régimen que también se aplica a los entes locales. El artículo 45.1 proclama: “En los términos del artículo 128.2 de la Constitución Española, las entidades locales andaluzas podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en el marco de sus políticas propias, en régimen de libre concurrencia”.

La potestad de iniciativa económica de los entes locales, no debe quedar sujeta al mismo procedimiento que el ejercicio de la potestad de reserva de los recursos o servicios esenciales, sino a uno más simplificado: el acuerdo de la entidad local adoptado por mayoría (artículo 45.2). De ahí que, con acierto, se haya suprimido a lo largo de su articulado toda referencia al concepto de municipalización y provincialización, expresivo vestigio de un Estado liberal que considera la iniciativa económica local como algo excepcional, que no se compadece con el artículo 128.2 CE. Asimismo, el término municipal no constituye un requisito en el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica, esto es, del ejercicio de actividades económicas por los entes locales. Eso sería como “poner puertas al campo” de la actividad económica. El territorio es requisito de validez de la competencia, es decir, de

actividades de la competencia y titularidad local, pero no del ejercicio de actividades económicas como un empresario más en el mercado, de la misma manera que de la Constitución española no se infiere semejante límite territorial para el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica para el Estado ni para las comunidades autónomas.

Para el ejercicio de actividades económicas las entidades locales adoptarán, preferentemente, la forma de empresa pública local, que la Ley define en coherencia con el Derecho Comunitario, en base al control efectivo, como: “cualquier sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Asimismo las empresas públicas en ningún caso podrán ejercer potestades públicas” (artículo 46).³⁴

En otro caso, y en aplicación del principio de correspondencia entre forma y fin, la fórmula a elegir por los entes locales andaluces será la de Agencia pública empresarial local, sin atribución de potestades públicas exorbitantes (artículo 35.2).

La LAULA acoge también la teoría de acto separable, aunque se echa en falta su expresa calificación como acto administrativo, del acuerdo municipal de creación de una empresa pública local, y se regula su contenido mínimo obligatorio en el artículo 47, en los siguientes términos:

“1. La creación de la empresa pública local requiere autorización del pleno mediante acuerdo adoptado por mayoría, previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, acuerdo que deberá ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y habrá de especificar como contenido mínimo obligatorio:

- a) Denominación. b) Forma jurídica de la sociedad.
- c) Descripción de las actividades que integran el objeto

34. Se acomoda al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas, la que incorpora al Derecho español la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. La Ley 4/2007 define con carácter básico la noción de empresa pública del Estado, de las comunidades autónomas y de los entes locales. El artículo 2 da una noción de empresa pública acorde con el carácter pragmático funcional del Derecho Comunitario en los siguientes términos: “Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rijan. 2. En particular, y en la Administración General del Estado, se considerarán empresas públicas, las entidades a que se refiere el apartado 1 del art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas. 3. En el ámbito autonómico y local, se considerarán empresa públicas las entidades en las que concurren las circunstancias mencionadas en el apartado primero”.

social. d) Facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles. e) Participación de la entidad local en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público. f) Líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración. g) Adscripción.

“Asimismo, el acuerdo debe incorporar y aprobar el proyecto de estatutos y el plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias”.

Se acompaña así la LAULA con la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, artículo 76.2, al disponer:

“El acuerdo del Consejo de Gobierno de autorización para la creación de las sociedades mercantiles del sector público andaluz constituye un acto administrativo que deberá ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y que deberá especificar como contenido mínimo obligatorio (...)”.

5. Conclusión

La Ley de autonomía local ha situado a la Comunidad Autónoma de Andalucía como referente en el desarrollo estatutario del régimen local, bajo las nuevas claves de la Carta europea de la autonomía local y de la “interiorización” autonómica del régimen local.

Como calificación general puede decirse que es una norma novedosa y pionera en muchos aspectos, pero junto con sus luces, presenta también sombras, amén de cuestiones técnicas que podrían haberse depurado a lo largo de la tramitación.

Sin embargo, en esta reflexión final estimo que es necesario llamar la atención sobre dos cuestiones esenciales: una opera en el plano jurídico, y la otra se refiere a la crisis económica que nos aflige.

En el plano jurídico, es necesario subrayar que la LAULA se acaba de aprobar bajo las nuevas claves de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que no se compadecen con los postulados de la todavía vigente LBRL de 1985 y del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 1986. Y es claro que algunos de los preceptos de la Ley andaluza de autonomía local no resisten el contraste con la LBRL. El Estado debería haber retomado los trabajos de 2005 y 2006 para la elaboración

de una nueva Ley básica del Gobierno y de la Administración local, que hoy por hoy estimamos inaplazable. Presenciamos la esquizofrenia de vivir simultáneamente en dos tiempos: el pasado, representado por la legislación estatal de régimen local, y el presente, con normas como la LAULA y otras que vendrán en un futuro próximo.

En otro orden de consideraciones, también aquí las coyunturas importan, pues no se debe olvidar que, cuando se fraguan y ven la luz las reformas estatutarias que asumen el régimen local como competencia exclusiva, el contexto económico era otro. Todavía se vivía bajo los focos deslumbradores de una aparente bonanza económica capaz de sufragar cualquier reforma de la organización territorial, así como las prestaciones propias de un Estado del bienestar avanzado. La propia elaboración de esta Ley de autonomía local y la de participación de los entes locales en los tributos de la Comunidad Autónoma se inició en este contexto, muy distinto al que ha estallado en la última fase de su tramitación y aprobación. Y no cabe duda de que, una vez más, se cumplirá la máxima de que en caso de crisis económica esta perjudicará más al nivel de Gobierno territorial más débil, es decir, al Gobierno local. Y como muestra un botón, el Real decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE núm. 126, de 24 de mayo), cuyo artículo 14. Dos dispone: “A partir de la entrada en vigor de la presente norma y hasta 31 de diciembre de 2011, las entidades locales y sus entidades dependientes clasificadas en el sector Administraciones Públicas no podrán acudir al crédito público o privado a largo plazo, en cualquiera de sus modalidades, para la financiación de sus inversiones, ni sustituir total o parcialmente operaciones preexistentes, a excepción de aquellas que en términos de valor actual neto resulten beneficiosas para la entidad por disminuir la carga financiera, el plazo de amortización o ambos”. Medida sorpresiva, suavizada en virtud de la corrección de errores publicada en BOE de 25 de mayo de 2010, en cuya virtud, el artículo 14. Dos, donde dice: “A partir de la entrada en vigor de la presente norma y hasta 31 de diciembre de 2011...”, debe decir: “A partir del 1 de enero de 2011 y hasta 31 de diciembre de 2011”, pero que coloca a los entes locales en una situación más que difícil.

Asimismo, la opción de la Ley de autonomía local de homologar la regulación de sus entes instrumentales a la Ley de Administración de Andalucía, siendo

en principio un criterio acertado, se encuentra con el escollo de que, ante la crisis, el Pleno del Parlamento andaluz aprobó el 8 de abril pasado una proposición no de Ley del Grupo Socialista, que fue apoyada por el PP-A y rechazada por IULV-CA, en la que se insta a la Junta a "racionalizar las estructuras y funcionamiento del sector público administrativo, empresarial y fundacional al objeto de lograr ganancias en términos de accesibilidad y flexibilidad", todo ello orientado a conseguir mayor "eficacia, eficiencia y economía". Se está elaborando un Decreto-ley de modificación de la LAJA y de sus entes instrumentales, dirigido en un primer paso a la supresión y refundición de algunas agencias.

En definitiva, se trata de hacer de la necesidad virtud. La crisis económica ha provocado volver a repensar las estructuras administrativas y del sector público de todos los niveles de Gobierno. Se trata, pues, de "repensar el Estado". Por todo ello, la LAULA, aunque bienvenida, no va a tener fácil su andadura. ■