



LA TRANSFORMACIÓ DE LES FORMES DE GESTIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS LOCALS: CONTEXT EUROPEU I REALITAT CATALANA

Jaume Renyer Alimbau

Dipòsit Legal: T. 71-2014

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Jaume Renyer Alimbau

LA TRANSFORMACIÓ DE LES FORMES DE GESTIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS
LOCALS: CONTEXT EUROPEU I REALITAT CATALANA

TESI DOCTORAL

Dirigida per Dr. Manuel Ballbé Mallol
Codirector Dr. Josep Ramon Fuentes Gasó
Departament de Dret Públic



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2012



FACULTAT DE CIÈNCIES JURÍDIQUES

Departament de Dret Públic

Campus Catalunya

Av. Catalunya, 35

43002 – Tarragona

Tel. 977 558398

Fax: 977 558357

FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat “La Transformació de les formes de gestió dels serveis públics: context europeu i realitat catalana”, que presenta Jaume Renyer Alimbau per a l’obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meva direcció al Departament de Dret Públic d’aquesta universitat i que aconpleix els requeriments per poder optar a Menció Europea.

Tarragona, 30 de setembre de 2012

El director de la tesi doctoral

Dr. Manuel Ballbé Mallol

RESUM DE LA TESI:

El present estudi efectua una panoràmica succinta de l'evolució de la noció de serveis públics en relació amb el principi de la lliure concurrència i lliure competència en els tractats de la CEE fins arribar als que actualment configuren la UE.

El dret europeu permet que cada estat membre de la unió pugui configurar el seu propi marc normatiu en relació a aquestes matèries i establir els sistemes organitzatius per a la regulació i prestació dels serveis públics. Aquesta circumstància permet que en el cas de Catalunya es vesteixi un subsistema propi tot complementant i desenvolupant les bases estatals establertes en aquesta matèria.

L'experiència de gestió dels ajuntaments catalans al llarg dels 33 anys de rest ofereix un ventall possibilitats de personificacions instrumentals locals que es troben mancades d'un sistema normatiu i organitzatiu actualitzat, tenint en compte que la Llei municipal de règim local de Catalunya és de 1987 i el Reglament d'Obres, Activitats i Serveis 1995. La tesi conclou amb un estudi prospectiu sobre les tendències que s'apunten de canvis en les formes de gestió en els serveis públics locals de Catalunya arran de l'impacte de la recessió econòmica i de les mesures legislatives que està adoptant el govern de l'Estat.

TAULA DE CONTINGUTS:

INTRODUCCIÓ.....8-16

I.- PANORÀMICA DEL DRET DE LA UNIÓ EUROPEA: DEL TRACTAT DE ROMA AL TRACTAT DE LISBOA18-123

1. LES REFERÈNCIES ALS SERVEIS PÚBLICS AL TRACTAT DE ROMA I LA SEVA SIGNIFICACIÓ POLÍTICA I JURÍDICA 18-35
2. L'EVOLUCIÓ DEL DRET DE LA UNIÓ EUROPEA EN RELACIÓ ALS AJUTS D'ESTAT..... 36-49
3. LA COMUNICACIÓ DE LA COMISSIÓ EUROPEA SOBRE ELS SERVEIS D'INTERÈS GENERAL (1996) 50-57
4. EL TRACTAT D'AMSTERDAM I LA RECERCA DE FÓRMULES DE COMPLEMENTARIETAT ENTRE SERVEIS PÚBLICS I LLIURE COMPETÈNCIA 58-62
5. APROXIMACIÓ A LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA SOBRE ELS SERVEIS PÚBLICS 63-77
6. EL PROJECTE DE CONSTITUCIÓ EUROPEA I LA PROPOSTA DE DIRECTIVA BOLKESTEIN 78-109
7. LA DIRECTIVA 2006/123/CE RELATIVA ALS SERVEIS EN EL MERCAT INTERIOR 110-113
8. EL TRACTAT DE LISBOA 114-123

II.- EL RÈGIM JURÍDIC DELS SERVEIS PÚBLICS LOCALS I LES SEVES FORMES DE GESTIÓ A L'ESTAT ESPANYOL 124-238

1. CONSIDERACIONS PRELIMINARS SOBRE L'ORIGEN I EVOLUCIÓ DEL CONCEPTE DE SERVEI PÚBLIC I LES SEVES FORMES DE GESTIÓ ...
..... 124-134
2. LA CONSTITUCIÓ DEL 1978 I ELS SERVEIS PÚBLICS 135- 147
3. LA LLEI REGULADORA DE LES BASES DEL RÈGIM LOCAL I LES SEVES MODIFICACIONS 148-180
 - A) De la Ley de Bases de 1985 a la Ley de medidas para la modernización del Gobierno local del 2003..... 148-169
 - B) Avantprojectes de reforma del govern local (2004 – 2011)..... 170-180
4. LA NORMATIVA SOBRE LA LIBERALITZACIÓ I LA REORDENACIÓ DEL SECTOR PÚBLIC 181-194
5. LA LEGISLACIÓ ESTATAL DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC
..... 195-211
6. LA LLEI D'HISENDES LOCALS I LA NORMATIVA D'ESTABILITAT PRESSUPOSTÀRIA 212-223
7. JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM SOBRE ELS SERVEIS PÚBLICS LOCALS 224-231
8. AVANTPROJECTE DE LLEI DE RACIONALITZACIÓ I SOSTENIBILITAT DE L'ADMINISTRACIÓ LOCAL 232-238

III.- BALANÇ I PERSPECTIVES D'EVOLUCIÓ DE LES FORMES DE GESTIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS LOCALS A CATALUNYA..... 240-340

1. LA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA (1960-2006) 240-247

2. LA LLEI MUNICIPAL I DE RÈGIM LOCAL DE CATALUNYA 248-296
 - A) Les formes instrumentals per a l'exercici d'activitats econòmiques locals..... 252-277
 - B) La gestió directa dels serveis públics pel mateix ens locals mitjançant una organització especial desconcentrada 259-260
 - C) Les formes instrumentals de prestació dels serveis públics locals de la vigent normativa catalana 260-275
 - C.1) Els organismes autònoms locals 262-265
 - C.2) Les societats mercantils de capital integrament públic.266-272
 - C.3) Les societats mercantils amb capital social mixt..... 272-277
 - C.4) Les societats cooperatives amb capital social mixt..... 277-277
 - D) Les formes instrumentals de la prestació dels serveis públics locals de la normativa estatal pendents d'incorporar a la normativa catalana
 - D.1) Les entitats públiques empresarials 277-280
 - D.2) Les agències per a la millora dels serveis públics 280-281
 - E) Els consorcis locals 281-285
 - F) Les fundacions creades pels ens locals 285-290
 - G) Formes associatives d'ens locals: els convenis intermunicipals i les comunitats de municipis 290-295
 - H) Els encàrrecs de gestió 295-296

3. PROPOSTA D'AVANTPROJECTE DE LLEI DE GOVERNS LOCALS DE CATALUNYA (2009) 297-320

4. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010 I LES SEVES REPERCUSSIONS SOBRE LES COMPETÈNCIES ESTATUTÀRIES EN MATÈRIA DE RÈGIM LOCAL 321-327

5. PROSPECTIVA SOBRE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS LOCALS	328-338
A) Fugida i retorn del dret administratiu	328-333
B) El personal directiu dels serveis públics locals	333-340

CONCLUSIONS	342-347
--------------------------	----------------

BIBLIOGRAFIA	348-353
---------------------------	----------------

INTRODUCCIÓ

1. L'objecte d'aquesta tesi doctoral és l'estudi de la configuració dels serveis públics en la normativa comunitària, com s'ha anat transposant al dret espanyol i com encaixa amb les formes de gestió dels serveis locals, per arribar a analitzar quin marge competencial resta un cop establerta la legislació bàsica en aqueixes dues matèries –serveis i modalitats gestores- per a aplicar una normativa catalana específica als ens locals del nostre país. Un balanç del desenvolupament que han tingut les formes instrumentats desplegades pels ajuntaments des del restabliment de la democràcia local l'any 1979 complementa el treball d'investigació per cloure amb un esboç de prospectiva en vistes al futur a mig termini d'aqueix aspecte nuclear en la vida local.

La llarga gestació de la recerca ha fet que l'enfocament inicialment centrat en el dret de la Unió Europea separatament del dret estatal hagi anat derivant cap a un tractament conjunt d'ambdós ordenaments atesa la progressiva intensificació de la penetració de les concepcions jurídiques europees en el dret estatal –i també autonòmic-, sia via transposició, sia via aplicació directa. Això ha fet que el capítol dedicat a l'evolució del dret de la Unió Europea –tractats, directives i comunicacions- sigui panoràmic i de caràcter introductor. Els serveis públics i les formes gestores que adopten els ens locals són dues matèries íntimament interrelacionades que corresponen al dret intern –espanyol i català-, essent en canvi la prioritat del dret europeu l'efectiva materialització de la lliure competència en les relacions econòmiques dins del mercat interior comunitari.

Per això el desplegament jurídic del tractats europeus s'ha concentrat en la regulació dels ajuts públics a les activitats empresarials, la contractació pública i l'estabilitat pressupostària de les diverses administracions. L'harmonització d'aquesta normativa comunitària amb els ordenaments estatals ha estat possible en bona mesura gràcies a la persistent funció integradora de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea a la qual resulta també imprescindible fer-hi una referència sucinta. La part substancial de la tesi

està dedicada però al règim jurídic dels serveis públics locals i de les modalitats gestores a l'Estat espanyol i al subsistema normatiu català que n'és subsidiari (atesa l'absència pròpiament d'un dret públic català ja que Catalunya manca d'estat propi des del 1714 per poder generar-lo).

També respecte d'aqueixa part he de fer una puntualització prèvia: la present tesi té voluntat omnicomprendiva però no exhaustiva en relació als serveis públics locals i les formes de gestió que els hi són pròpies. Forçosament he de tractar sumàriament els aspectes teòrics sobre els quals hi ha una opinió doctrinal àmpliament consolidada (l'origen i l'evolució conceptual de la noció de servei públic i les diverses modalitats gestores) per tal de poder centrar-me en la problemàtica concreta i singular de les formes de gestió, i no abastant pas totes les seves variants atès que m'he limitat a les personificacions instrumentals deixant de banda la major part de les formes indirectes –la concessió, l'arrendament, el concert i la gestió interessada-. La raó és que he anat perfilant al voltant de la potestat d'autorganització dels ens locals el tractament del tema i aqueixa s'expressa més intensament en aquelles variants en les quals aqueixa potestat és més directa que no pas aquelles altres a les que la participació dels particulars és substancial.

2. Per encetar l'estudi cal analitzar la incidència del dret europeu sorgit a partir del Tractat de Roma de l'any 1957 que s'ha anat desenvolupant progressivament per part de les diferents institucions sobre els principis fundacionals de la democratització política i la liberalització econòmica. Des de fa vint anys, l'impacte que la normativa de la Unió Europea de liberalització del mercat interior està tenint sobre els àmbits competencials fins fa pocs temps reservats a les potestats administratives dels ens públics afecta directament no solsament a la legislació bàsica estatal sinó també a la regulació dels serveis propis dels ens locals. Més recentment, són les polítiques orientades a la contenció del dèficit de les administracions públiques les que han tocat de ple els serveis i les activitats desenvolupades per les personificacions instrumentals locals condicionant-ne els aspectes organitzatius.

Si la Comunitat Econòmica Europea naixia amb uns valors polítics democràtics volgudament genèrics per tal de permetre que les diverses ideologies europeistes (el socialisme democràtic, el social-cristianisme, el liberalisme, el republicanisme) hegemòniques als diversos estats membres s'ho poguessin sentir identificades i influir en el desenvolupament de les institucions europees i les directives que n'emanen, l'any 1992 amb el Tractat de Maastricht, del principi de liberalització econòmica se'n fa el pol ideològic bàsic del procés de construcció europea i, posteriorment l'any 2008, amb el Tractat de Lisboa es consolida aquesta orientació.

El declivi d'alguns dels corrents ideològics presents al moment fundacional de la CEE ha afavorit la percepció que el desenvolupament dels tractats es fa des d'una concepció política cada cop més restringida malanomenada neoliberal pels seus detractors a la qual sembla no haver-hi alternatives. Així, les resistències proteccionistes particulars dels diversos estats europeus, la República francesa en primer lloc, i els moviments denominats antisistema o anticapitalistes han impugnat el procés d'unió europea, fent fracassar el projecte constitucional l'any 2004. Aqueixos factors s'han reactivat arran dels efectes devastadors de la crisi financera i monetària iniciada el 2007 i han influït decisivament en les mesures d'estabilitat pressupostària i control del dèficit públic que de manera directa i a marxes forçades estan transformant el paper dels estats, dels poders públics en general i de les seves formes prestacionals en particular.

En aqueix context el debat sobre el paper dels serveis públics ha esdevingut un dels elements centrals de les controvèrsies que envolten les polítiques de la Unió Europea i més tenint en compte que les diferents concepcions sobre el seu paper segons les tradicions jurídiques i polítiques estatals suposen també un element d'identitat de primer ordre, d'aquells que defineixen l'ordre intern de les diverses societats. La circumstància de la revalorització del model de serveis públics particular de cada estat ha fet que les polítiques governamentals en

defensa seua influeixin de manera determinant en el procés de construcció de l'ordenament jurídic europeu en el sentit de tenir en compte altres valors diferents dels estrictes mecanismes del mercat.

Genèricament, hom pot apreciar com la l'emergència del dret de la Unió Europea ha desplaçat de la seva posició hegemònica la construcció jurídica i política dels serveis públics. Aqueixa doctrina estructurada i desenvolupada pel dret francès va estretament lligada a l'evolució d'aquest Estat-nació que ha influït decisivament la configuració de la majoria d'estats europeus des de fa dos segles. És per això que el debat polític i jurídic a la República francesa sobre el futur de l'estat nacional i de la seva concepció del servei públic és més intens i la literatura generada al voltant d'aquest tema, molt abundant. En singular, l'expressió servei públic ("a la francesa", per entendre'ns) designa "un concepte general que integra les diverses activitats citades anteriorment. El servei públic és, doncs, a la vegada un règim jurídic, un sistema de criteris per a l'assignació de competències entre organismes públics, un agregat de valors i un saber dogmàtic. Aquest saber posseeix sovint les dimensions d'una ideologia i d'un mite legitimador de les intervencions estatals¹.

Contràriament, això no és pas el que succeeix al Regne d'Espanya, (ni, per tant, a Catalunya), on els mateixos temes -tot i ser també d'una gran transcendència real- tenen un tractament polític i jurídic més aviat migrat. Conseqüència d'aqueix dèficit, en els processos de presa de decisió comunitaris i en les deliberacions intergovernamentals relatius a la liberalització del mercat i les potestats administratives, les intervencions de la representació espanyola sovint segueixen a remolc de les posicions franceses seguint una inèrcia antiga, atès que el model d'Estat espanyol és, en origen, una versió secundària de l'estat, unitari i integrista, de tall napoleònic.

Situats en aquesta òptica hem de considerar que els serveis públics no són pas

¹ HÉRAULT, Bruno. "La modernisation des services publics". *Sciences de la Société*, núm. 42 (1997): 25 i següents. Presses Universitaires du Mirail. Université du Toulouse-Le-Mirail.

independents dels valors que inspiren la cultura política i les normes del règim dominant, ni dels programes electorals dels partits ni de les formes concretes d'exercir el poder. Ben al contrari la prestació dels serveis públic n'és la manifestació més primària perquè és la que més directament afecta als ciutadans. Aquesta immediatesa fa que els serveis públics estiguin en un moviment constant d'ajustament de les formes d'organització dels poders públics a les necessitats socials en mutació.

El model de prestació dels serveis públics esdevé, segons els estats, també un element aglutinador del teixit social, de tal manera que la satisfacció de les necessitats ciutadanes supera el simple nivell de les preocupacions materials per elevar-se a una dimensió simbòlica. En els casos d'estats tan diferents com Suècia, Alemanya o França els serveis públics són veritables punts de referència per a la col·lectivitat i acompleixen la funció de vincle de pertinença dels ciutadans a una comunitat política qualificada. Aquesta circumstància no és dóna de forma tan nítida a l'Estat espanyol atesa la seva essencial configuració orientada de forma preferent a l'autojustificació de la pròpia subsistència.

3. La segona dimensió de la reflexió sobre les formes gestores locals és la que correspon a la regulació bàsica estatal establerta ara fa gairebé trenta anys a la LRRL del 1985, que s'ha mantingut essencialment estàtica, llevat d'algunes modificacions puntuals, mentre que una abundant i multidimensional producció legislativa pensada inicialment per a d'altres àmbits materials ha repercutit sobre les potestats d'autoorganització dels ens locals a l'hora de prestar els serveis públics de la seva competència. Així podem posar per cas la legislació estatal orientada a la liberalització de les activitats empresarials, la legislació de contractes del sector públic que ha acabat absorbint les formes indirectes de gestió dels serveis locals, la regulació de les hisendes locals i la implantació del principi d'estabilitat pressupostària i la transposició de la directiva 2006/123/CE, relativa als serveis en el mercat interior, fonamentalment.

Però el nucli essencial dels serveis públics locals no ha estat abordat amb

precisió ni decisió per part del legislador estatal. Un capteniment que revela un problema més de fons: l'autonomia local és més aviat un mite que una realitat a l'Espanya constitucional contemporània. L'absència d'un articulat competencial local constitucionalment garantit és una omisió que a més de ser analitzada en termes jurídics ho hauria de ser en la seva dimensió freudiana per poder explicar una mancança els efectes de la qual impregnen el mateix edifici de l'estat constitucional. Resulta aclaparador el contrast de l'atzucac actual amb la fructífera producció intel·lectual i jurídica de la dècada del 1950 a càrrec d'una generació de juristes de posguerra, com Fernando Albi i Manuel Ballbé entre d'altres, que gestaren un conjunt sistemàtic de reglaments locals (de contractació, de béns, de serveis...) configurant un model prestacional local original i innovador per a una administració local que restava atenallada pels condicionants polítics derivats de l'ordre establert pel règim sorgit de la guerra del 1936-1939.

Les formes, els continguts i l'estatut jurídic dels serveis públics, entesos en la seva accepció més ampla són, evidentment, diverses però comparteixen totes elles unes característiques comunes que les identifiquen com a tals i que permeten distingir-les clarament de les formes organitzatives del món associatiu i empresarial privat: el principi de legalitat com a regla bàsica, l'orientació al bé comú de la seva actuació, el respecte al sistema de distribució de competències entre les diverses administracions, per citar-ne només alguns de significatius. Doncs bé, hores d'ara ni a l'Estat espanyol, ni a Catalunya no hi ha una concepció integrada d'aqueixos aspectes essencials que haurien de caracteritzar l'àmbit prestacional local. La recepció de les concepcions jurídiques comunitàries i del dret positiu que se'n deriva ha impactat sobre el minvat ordenament estatal bàsic deixant en evidència les seves mancances i la manera sobtada i forçada amb la que sovint s'ha adequat el règim jurídic intern a les successives sentències del TJUE i a les directives d'aplicació directa l'ha desdibuixat encara més.

El recent avantprojecte de llei per a la racionalització i la sostenibilitat de

l'administració local de juliol d'enguany està orientat a reformar parcialment, però profundament, la vigent LRBRL sense aportar tampoc un sistema normatiu bàsic renovat pel conjunt dels governs locals, ja que la iniciativa parteix de la imperiosa necessitat de limitar dràsticament les anomenades competències locals impròpies com a mesura de contenció del dèficit públic.

La Constitució espanyola del 1978 va encimbellar el principi d'autonomia local que ha permès que la potestat d'autoorganització dels ens locals s'hagi desenvolupat a través de les formes de gestió dels serveis públics i, més específicament, mitjançant les personificacions instrumentals. Paradoxalment aqueixes han fet una eclosió desordenada i sovint mancada de justificació, com ha posat de manifest reiteradament el Tribunal de Cuentas, al marge de l'observança de les teòriques finalitats fundacionals que havien de motivar la seva creació. La modificació constitucional del 2011 introduint el principi d'estabilitat pressupostària al màxim rang de l'ordenament jurídic suposa un límit infranquejable a l'autonomia local tal com ha estat concebuda i aplicada durant les darreres tres dècades. L'Estat i la Generalitat han iniciat un procés de reordenació i contracció tan pel que fa al nombre d'ens com a les atribucions que hom els havia conferit, mentre que les entitats locals tot just són al començament d'aqueixa involució.

Aqueixa espiral de creació i deconstrucció dels ens instrumentals cal situar-la en un període històric en el qual s'ha donat la confluència de diversos fenòmens sobre la vida municipal al nostre país: la creixent incidència de les directives emanades del dret europeu, l'equiparació de les formes organitzatives dels serveis locals a les estatals, l'eclosió del principi constitucional d'autonomia local aplicat a l'exercici d'activitats econòmiques, la fugida del dret administratiu tot cercant el mite de la major eficiència del dret privat aplicat als serveis públics, fonamentalment. És per això que cal tenir present la interrelació d'aqueixes tendències en les formes concretes que han adoptat els governs locals del nostre país a l'hora de gestionar els serveis públics als seu càrrec. Per aqueix motiu cal abordar la problemàtica de les formes gestores dels serveis locals

tenint en compte la seva triple dimensió comunitària, estatal i local catalana.

4. Finalment, la tercera dimensió analitzada és la pròpia de l'administració local catalana que ha desenvolupat més que en cap altre indret de l'Estat –llevat de les comunitats autònomes basca i navarresa- un trellat de tècniques i formes gestores que la proliferació d'ens instrumentals² ha desbordat la precària normativa existent. La Llei municipal i de règim local de Catalunya del 1987 i el Reglament d'obres, activitats i serveis del 1995, han establert un subsistema normatiu català que tot i ser subsidiari de la legislació estatal bàsica han modulat un trellat propi a partir de les previsions estatutàries del 1979. El règim de carta municipal de Barcelona, la realitat metropolitana llargament consolidada i el fet comarcal han singularitzat un món local autòcton que no ha reeixit plenament en bona mesura per mor de les restriccions competencials imposades arran de la sentència del Tribunal Constitucional de 28 de juliol del 1981.

Els intents de repensar-lo sobre bases pròpies i enllaçar el passat que no va ser de la llei municipal de la Generalitat republicana amb les expectatives de futur no va reeixir malgrat els bons propòsits del II Congrés de municipis de Catalunya³. La vitalitat de la vida local ha suplert aqueixes limitacions i ha desembocat en un ampli ventall d'experiències organitzatives de tota mena, que ofereixen també un balanç desigual segons els ajuntaments. Al llarg d'aqueixos darrers trenta-tres anys de la pràctica general al comú dels ajuntaments de gestionar directament els serveis al seu càrrec mitjançant la pròpia administració municipal, s'ha anat configurant progressivament un extens sector públic instrumental que la crisi econòmica iniciada al 2007 posa en qüestió de manera abrupta.

² MARTÍNEZ-ALONSO, José Luis i YSA, Tamiko, "Les personificacions instrumentals locals a Catalunya", Escola d'Administració Pública, Barcelona, 2001.

³ L'any 2001 organitzat conjuntament per la Federació de Municipis de Catalunya i l'Associació Catalana de Municipis i Comarques es va celebrar el II Congrés de municipis de Catalunya, les ponències de la qual estan recollides en un llibre editat l'any 2003 per ambdues organitzacions municipalistes.

El període temporal que abasta l'estudi (del 1979 fins a l'any 2012) requeriria una obra enciclopèdica –necessàriament col·lectiva- per poder tractar en profunditat la munió d'elements que conflueixen en les formes gestores dels serveis públics locals a Catalunya. Així doncs és una reflexió sintètica i puntual feta en un moment en que els ens locals estan afectats de ple per la crisi econòmica i pels conflictes competencials entre els governs estatal i català respecte de les competències respectives i les mesures a adoptar en aqueix àmbit. Precisament, els conflictes entre Estat i Generalitat sobre l'abast de les competències respectives pel que fa al règim local mereixerien per sols ésser objecte d'una tesi específica atesa la pluridimensionalitat de les matèries afectades. A les pàgines que segueixen només tangencialment hi faig referència sense entrar al detall de la constitucionalitat o no de les modificacions normatives en curs d'aprovació i aplicació derivades del principi d'estabilitat pressupostària.

També vull avançar que les pàgines que segueixen pretenen ser un estudi jurídic no pas un assaig a cavall del dret i la política tot i que no em puc sostreure a les opinions subjectives i més quan en els darrers anys he participat en reflexions col·lectives sobre el model de governs locals de Catalunya i els serveis públics. No seria congruent amb allò que he aportat a l'avantprojecte de llei de governs locals de Catalunya –redactat l'any 2008 per encàrrec del Departament de Governació i Administracions Públiques de la Generalitat⁴- si passés per alt els plantejaments que hi queden reflectits. Com tampoc puc deixar de referir-me a la meva experiència professional a la secretaria general de l'Ajuntament de Reus on he viscut l'eclosió i posterior replegament d'un model gestor que ha anat més lluny que cap altre ajuntament català en l'utilització generalitzada i diversa dels ens instrumentals aplegats en un "hòlding" local finalment fracassat anomenat Innova sa.

⁴ RENYER, Jaume, FUENTES, Josep Ramon, SOTO, Juan Ignacio i FORCADELL, Xavier, "Estudis per a una Llei de Governos Locals de Catalunya, 2007-2011", Editorial Tirant Lo Blanc, València, 2011.

I.- PANORÀMICA DEL DRET COMUNITARI: DEL TRACTAT DE ROMA AL TRACTAT DE LISBOA

1. LES REFERÈNCIES ALS SERVEIS PÚBLICS EN EL TRACTAT DE ROMA I LA SEVA SIGNIFICACIÓ JURÍDICA I POLÍTICA

1. Els camins d'Europa comencen a Roma. El procés de construcció de la unió econòmica i política europea iniciat fa més de mig segle ha avançat a sotragades però ininterrompidament a dues velocitats, la sostinguda dinàmica econòmica vers el lliure mercat interior i l'oscil·lant ritme polític condicionat pels ordres institucionals interns dels diversos Estats. De les tensions i equilibris entre economia i política en són reflexe els successius tractats que l'han anat esgraonant i el dret que se'n ha anat derivant al llarg dels anys. La qüestió de la interrelació dels serveis públics i la lliure competència ha estat al rovell de l'ou des de bon començament i és per això que podem estratificar les diverses fases que han anat configurant l'equilibri dinàmic entre ambdós eixos segons els tractats que han signat els Estats membres: Roma (1957), Acta Única Europea (1986), Maastricht (1992), Amsterdam (1997) i Lisboa (2007).

Quan el 25 de març de l'any 1957, amb la signatura del Tractat de Roma es constitueix la Comunitat Econòmica Europea (CEE), el principi inspirador de tot el procés unitari és el de la llibertat política i econòmica. Els sis Estats occidentals que en són els fundadors pretenen amb aquesta iniciativa, d'una banda superar el desastre de la Segona Guerra Mundial, i d'altra banda, configurar un ordre sociopolític capaç de resistir la pressió del bloc soviètic que controla militarment mitja Europa i influeix ideològicament a l'Oest a través dels partits comunistes i els sindicats afins. Aquesta doble finalitat fundacional va persistir sense massa oscil·lacions fins a finals dels anys setanta.

Tot i el paper nuclear del Tractat de Roma (sobre el qual s'han bastit les realitzacions pràctiques en el terrenys econòmic del procés de la construcció europea), no ha tingut un desenvolupament normatiu sostingut. "El Derecho

comunitario, para superar las diferencias entre los Estados de corte francés y sistema de la "publicatio" formal de actividades de servicio público, y de los que siguen la vía de la regulación de los elementos precisos para asegurar la prestación regular y continua de las obligaciones de servicio público, adopta sus propias formas y definiciones: la expresión "misión específica" y la de "servicios de interés económico general" engloba las distintas acepciones del concepto de servicio público, para establecer un concepto propio, cuya fuerza expansiva le permiten afianzarse sobre el Derecho de los Estados"⁵. Aqueixa síntesi innovadora és present des del moment mateix en què es redacta el Tractat de Roma, en el qual els articles que feien referència als serveis públics eren ben escassos.

Seguint un ordre estrictament correlatiu el primer article que fa referència explícita als serveis públics és el 77, relatiu als transports, que declara expressament: "Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público".

Però, a banda d'aquest incís, les referències bàsiques pel que fa als serveis estan contingudes en el Títol V dedicat a les normes comuns sobre competència, fiscalitat i aproximació de les legislacions, concretament els articles 85, 86, 90 i 92 ⁶. L'article 85 declarava que: " Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas i les pràctiques concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro

⁵ LÓPEZ GARCIA, Casimiro, "Servicios de interés general y principio de copmpetencia: del Tratado CEE de 1957 al tratado de Lisboa de la Unión Europea de 2007", REALA, número 306, enero-abril, 2008, pàgina 238.

⁶ Veure de BAZEX, Michel "L'appréhension des services publics pour le droit communautaire" a la Revue Française de Droit Administratif març-abril de 1995. p. 296, que té en compte especialment l'evolució de les modificacions experimentades per la Directiva de 25 de juny de 1980, relativa a la transparència de les relacions financeres entre els estats membres i les empreses públiques, publicades al DOCE del 28 d'agost de 1985 i 12 d'octubre de 1993.

del mercado común.”

L'article 86, per la seva banda establí: “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”⁷.

L'article 90, per la seva part, afirmava: “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos espaciales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”.

L'article 90 ha estat el precepte clau en aquesta matèria a criteri de Tomás-Ramón Fernández: “El precepto transcrito se sitúa así por encima de las tradiciones peculiares de cada Estado miembro, tanto de los que han seguido el cauce de la publicatio formal de actividades y su consiguiente calificación formal

⁷ Sobre l'aplicació dels articles 85 i 86 TCE pels òrgans administratius i judicials espanyols, a títol principal (Tribunal de Defensa de la Competència i jurisdicció contenciosa-administrativa) o incidental (tribunals ordinaris) en funció de la seva funcionalitat procedimental, la protecció de l'interès públic o privat, pot consultar-se a ALONSO GARCÍA, Ricardo. “La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles”. *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 2 (1990): 437-476.

como servicios públicos, como de los que para resolver el mismo problema han seguido la vía de la regualción de las mismas, incorporando a esa regulación los elementos precisos para asegurar la prestación regular e ininterrumpida que reclama la obligada satisfacción de las necesidades generales que están en la base de las mismas. A esas necesidades hace mención la expresión "misión específica" que el precepto emplea. Los servicios de interés económico general a que éste alude juegan, pues, el papel de un supraconcepto, que no niega ni excluye el nuestro de servicios públicos, sino que simplemente lo engloba y lo comprende, como ha advertido con acierto Villar Ezcurra, junto con otros conceptos (y otras técnicas) más o menos próximos que son extraños (aunque no del todo, como vimos) a nuestra tradición, aunque resulten dominantes en otros países. En unos y otros, la "misión específica" en que se concreta ese interés general no pone a las empresas que realizan este tipo de actividades por encima de las normas de competencia, fuera del alcance, por lo tanto, de dichas normas, pero sí justifica la modulación o adaptación de las mismas para que el cumplimiento de aquella "misión específica" no resulte impedido"⁸.

De l'apartat primer del precepte es dedueix la indiferència respecte de l'estatus jurídic de l'empresa, podent ser tant una empresa pública com un subjecte privat⁹. D'acord amb Viciano Pastor, l'apartat primer d'aquest precepte és una prova irrefutable de que el sistema de competència no falsejat previst a l'article 3.g) no prohibeix únicament les restriccions de la competència d'origen empresarial, sinó també les realitzades directament pels poders públics. D'aquesta forma, en els primers assumptes plantejats davant del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) en relació amb el, per llavors, article 90 ja es va al·legar que aquest és un recordatori de les obligacions que incumbeixen als Estats membres d'acord amb l'article 5 del Tractat, segons el qual els Estats membres hauran d'adoptar totes les mesures apropiades per assegurar el compliment de les obligacions derivades del Tractat. Es considera, en aquest

⁸ FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", Revista de Administración Pública, número 150, setembre-desembre del 1999, pàgina 64.

⁹ STJCE de 2 de març de 1983, assumpte 7/82, GVL, Rec., pàg. 483; STJCE de 21 de març de 1974, assumpte 127/73, BRT, Rec., pàg. 313; STJCE d'11 d'abril de 1989, assumpte 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Rec., pàg. 803.

sentit, que la seva ubicació al capítol sobre les normes de la competència és incorrecta ja que, d'una part, està situat en una secció dedicada a les empreses (mentre que està dirigit als Estats) i, d'una altra, si es tracta d'una aplicació particular d'un principi general hauria d'estar col·locat al costat de tal principi general o, quant menys, amb les normes dirigides als Estats¹⁰.

Opina el mateix autor: "Las medidas que prohíbe el artículo 90 son aquellas que tienen que ver con la actuación del Estado y no con la actuación directa de las empresas públicas (...) pueden ser de diversa índole, aunque en principio deben implicar un ataque por parte de las empresas públicas a los artículos 7 y 85 y siguientes del TCEE. Una simple concesión no es objeto de prohibición por parte del artículo 90, aunque, si haciendo uso de su poder, el Estado impone a las empresas beneficiarias de la concesión de actuaciones discriminatorias o abusivas o posiciones de dominio de las que pueden abusar, no podría más que condenarse al Estado por incumplimiento del artículo 90, apartado 1º y del artículo 5, apartado 2º. Las ayudas pueden ser un ejemplo típico de actuación contrario al artículo 90, apartado 1º, aunque debe diferenciarse la ayuda otorgada por el Estado de la participación en capital que el Estado puede adoptar en una determinada empresa¹¹.

Si bé les normes de la competència s'apliquen a les empreses amb independència del seu caràcter públic o privat, de l'apartat segon del precepte pot deduir-se que aquesta premissa té els seus límits o excepcions: així, l'actuació al mercat dels monopolis fiscals i de les empreses encarregades de serveis d'interès econòmic general queda sotmesa a les regles de la competència excepte quan aquesta normativa impedeixi el compliment de la finalitat assignada. Correspondrà llavors a la Comissió, i no als Estats, determinar la concurrència d'aquesta excepció a les normes de la lliure competència. Respecte al concepte de "serveis d'interès econòmic general", s'ha d'apuntar que cap norma del Tractat no estableix el seu abast conceptual

¹⁰ VICIANO PASTOR, J. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. Pàg. 269-272.

¹¹ *Ibidem*, pàg. 320-321.

ni de la noció de la "missió específica" que els és confiada pels Estats membres, encara que, tal com posa en relleu Martínez López-Muñiz, ha prevalgut la tendència a identificar-los amb la qual cosa als països llatins passa a denominar-se "serveis públics"¹². Amb tot, l'autor destaca que, en realitat, els serveis d'interès econòmic general coincidrien amb els serveis essencials que serveixen necessitats econòmiques de manera prevalent¹³.

En darrer lloc dos articles el 92 i 93, regulaven inicialment el règim de les ajudes que poden atorgar els Estats a les empreses. L'apartat 1, establia la regla general d'incompatibilitat: "Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

Les excepcions eren les contingudes als apartats següents que declaraven *compatibles –apartat 2- amb el mercat comú: a) les ajudes de caràcter social concedides als consumidors individuals, sempre que s'atorguin sense discriminacions basades en l'origen dels productes; b) les ajudes destinades a reparar els perjudicis causats per desastres naturals o per altres esdeveniments de caràcter excepcional; i c) les ajudes concedides amb l'objectiu d'afavorir l'economia de determinades regions de la República Federal d'Alemanya, afectades per la divisió d'Alemanya, en la mesura en què siguin necessàries per compensar els desavantatges econòmics que resulten de l'esmentada divisió.*

L'apartat 3, més matisat, afirmava genèricament que podran considerar-se compatibles amb el mercat comú: a) les ajudes destinades a afavorir el

¹² Així, per exemple, en la Declaració sobre l'article 7D del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea (Declaració núm. 13), afegida al Tractat de la Comunitat Europea pel Tractat d'Amsterdam.

¹³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. "Nuevo sistema conceptual", dins l'obra "*Privatización y liberalización de servicios*", coordinada per Gaspar Ariño Ortiz, Editorial del Boletín Oficial del Estado/Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999, pàgines 143-146.

desenvolupament econòmic de regions en les que el nivell de vida sigui anormalment baix o en les que existeixi una greu situació de subocupació; b) les ajudes per fomentar la realització d'un projecte important d'interès comú europeu o destinades a posar remei a una greu pertorbació en l'economia d'un Estat membre; c) les ajudes destinades a facilitar el desenvolupament de determinades activitats o de determinades regions econòmiques, sempre que no alterin les condicions dels intercanvis de manera contrària a l'interès comú. No obstant, les ajudes a la construcció naval existents l'1 de gener de 1957, en la mesura en què tinguin el seu origen en l'absència de protecció aranzelària, seran reduïdes progressivament en les condicions aplicables a la supressió dels drets de duana, sense perjudici de les disposicions del present Tractat relatives a la política comercial comú respecte de tercers països¹⁴; d) les ajudes destinades a promoure la cultura i la conservació del patrimoni, quan no alterin les condicions dels intercanvis i de la competència en la Comunitat en contra de l'interès comú; i, finalment, e) les demás categories d'ajudes que determini el Consell per decisió, presa per majoria qualificada, a proposta de la Comissió.

L'article 93 (actual 113 del TFUE) tancava el cercle especificant les facultats inspectores de la Comissió per comprovar si les ajudes atorgades pels estats són compatibles amb les finalitats del mercat comú. Si a la vista del requeriment realitzat a l'estat en qüestió, les explicacions no resulten satisfactòries, la Comissió podrà reclamar llavors la supressió o modificació de l'ajuda.

Els preceptes de l'article 129, de la lletra B fins a la D, introduïts al Tractat de la Comunitat Europea per la reforma del Tractat de Maastricht, atribueixen a la Comissió competències per a l'establiment de xarxes transeuropees de transport, telecomunicacions i energia. Així, l'apartat B. estableix que: "1. Amb la finalitat de contribuir a la realització dels objectius contemplats en els articles 7 A i 130 A de permetre que els ciutadans de la Unió, els operadors econòmics

¹⁴ Amb el Tractat d'Amsterdam s'ha produït la supressió de l'últim paràgraf d'aquesta lletra c). És a dir, des de "No obstant..." fins a "tercers països".

i els ens regionals i locals participin plenament dels beneficis resultants de la creació d'un espai sense fronteres interiors, la Comunitat contribuirà a l'establiment i al desenvolupament de xarxes transeuropees en els sectors de les infraestructures de transports, de les telecomunicacions i de l'energia.

2. En el context d'un sistema de mercats oberts i competitiu, l'acció de la Comunitat tindrà per objectiu afavorir la interconnexió i interoperabilitat de les xarxes nacionals, així com l'accés a les esmentades xarxes. Tindrà en compte, en particular, la necessitat d'establir enllaços entre les regions insulars, sense litoral i perifèriques i les regions centrals de la Comunitat”.

Finalment, l'article 222 del Tractat constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea, ja especificava que: “El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”. Això significa que el principi de neutralitat reflectit en aquest precepte fa que les regles comunitàries s'apliquin independentment de l'estatut jurídic, públic o privat, dels operadors econòmics. Això és, admetent la mixticitat de l'economia en les proporcions que cada Estat membre determini segons el seu model polític i socioeconòmic.

2. Després de dècades de baixa activitat, la CEE va iniciar amb l'entrada en vigor de l'Acta Única Europea, l'1 de juliol de 1987, un procés de relançament de la dinàmica d'integració que havia quedat aturada per mor de la recessió econòmica dels anys setanta, quan els diferents estats occidentals van retornar a mesures de caire proteccionista per intentar d'esmoreir els efectes negatius, (atur, inflació...) que es varen derivar d'aquella crisi iniciada per l'augment dels preus del petroli. En l'ordre intern europeu es feia necessari l'enfortiment i la major coordinació de les estructures comunitàries per afavorir el creixement de la capacitat productiva i la reestructuració del mercat occidental i, en l'ordre extern, reaccionar davant la creixent dependència tecnològica i industrial en relació a l'USA i el Japó.

L'Acta Única presenta com a innovacions del sistema establert des del Tractat

de Roma: en primer lloc, el reforçament dels paper de direcció política reservat als caps d'estat i de govern mitjançant la creació d'un nou òrgan: el Consell Europeu, que es reserva el tractament de les grans qüestions comunitàries. En segon lloc, es reforça també l'esglaió executiu amb la potenciació de les funcions de la Comissió Europea, una mena de govern de tecnòcrates designats pels estats amb seu a Brussel·les. En tercer lloc, s'inicia el camí cap a l'aprovació d'un nou tractat, signat, finalment, el 7 de febrer de 1992, que posi al dia els principis inspiradors de la CEE, dreçant un espai europeu sense fronteres interiors en el qual hom es garanteixi la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals.

Amb l'entrada en vigor, l'1 de novembre de l'any 1993, del Tractat de Maastricht, es fa el pas de la CEE a la Unió Europea,¹⁵ caracteritzada per una major projecció en els terrenys econòmic i polític, on les institucions comunitàries, sobretot la Comissió Europea i el Consell de la Unió, són les destinatàries d'una progressiva transferència de competències i àrees reals de poder tradicionalment reservades als estats (política exterior i de seguretat, política econòmica i monetària, cooperació judicial i policial...) que unides a nous àmbits d'actuació en matèria de recerca i desenvolupament tecnològic i medi ambient, conformen un camp extens per a la regulació jurídica en l'àmbit comunitari vinculant per a tots els estats que la integren. Només en un segon pla es preveu l'increment del nivell de democràcia i participació en el procés de presa de decisions, bàsicament a través d'un augment moderat de les facultats de control del Parlament Europeu sobre l'executiu comunitari. Especialment, el procediment de codecisió¹⁶, aquell pel qual, només en algunes matèries, el

¹⁵ La Unió Europea és la denominació que engloba les tres Comunitats Europees (la Comunitat Europea del Carbó i de l'Acer, la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica i la Comunitat Europea, que és la nova denominació que rep la fins ara Comunitat Econòmica Europea, i dos nous mecanismes de cooperació intergovernamentals denominats Política Exterior i de Seguretat Comuna (PESC) i Cooperació en l'àmbit de la Justícia i els afers d'interior (CAJAI)

¹⁶ El procediment de codecisió fou introduït pel Tractat de la Unió Europea (art 189.B del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea) i va ser modificat pel Tractat d'Amsterdam. Per a la lectura de l'article citat veure l'obra d'Eduardo García d'Enterría, Antonio Tizzano i Ricardo Alonso García: "Código de la Unión Europea", Civitas. Madrid, 1996, que incorpora els Tractats de Roma i Maastricht.

poder de decisió és compartit en règim d'igualtat entre el Parlament i el Consell.

Totes aquestes línies d'actuació conflueixen en l'objectiu, fet realitat a partir del 1993, de crear un espai europeu sense fronteres interiors, en el qual es garanteix la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals. La culminació d'aquest llarg procés negociador entre els estats¹⁷ que es va desenvolupar en dues Conferències Intergovernamentals: la de la Unió Econòmica i Monetària i la de la Unió Política, ha estat marcat per un debat polític i ideològic inacabable animat especialment per les reaccions en defensa del principi de sobirania estatal.

Els estats-nació unitaris han buscat reforçar el seu rol de direcció política, de dipositaris d'una sobirania, l'exercici de la qual han hagut de deixar, en moltes matèries, a mans dels òrgans comunitaris. Així, el principi de subsidiarietat¹⁸, aquella regla segons la qual la Unió Europea només tindrà competències en aquells àmbits en què la seva actuació pugui ser considerada més eficaç que l'actuació per separat dels estats membres, s'aplica en favor dels estats, però no d'aquests envers els altres nivells d'administració subestatal, anomenats regionals, autonomies i entitats locals. I el que és més significatiu el concepte de federalisme europeu no surt per enlloc¹⁹, i si es tracta vagament d'alguna fórmula associativa, s'entén sempre referida als estats, mai entre pobles que per aquesta via puguin veure reconeguda la seva sobirania dins del context europeu.

En l'ordenament jurídic que s'està construint es garanteix la protecció dels drets individuals dels ciutadans però els drets socials queden ofuscats, segons denunciïn insistentment els euroescèptics antiliberals -francesos sobretot-, davant l'omnipresència de l'economia de mercat elevada a la categoria de bé

¹⁷ Per obtenir una informació detallada de com va anar aquest procés negociador veieu el llibre de F. Lauresen i S. Vanhoanacken, "The international conference on political union". Editat per l'European Institute of Public Administration, Maastricht, 1992.

¹⁸ Sobre el principi de subsidiarietat podem consultar l'obra de Jean-Claude Gautron "Droit Européen". Dalloz. París, 1997.

¹⁹ Una reflexió crítica sobre aquest aspecte es troba en el treball de Paul Sabourin, "L'Europe des nations" a la Revue Administrative nº 29/maig-juny de 1996. p. 324.

suprem²⁰. Si el tractat fundacional significava bastir el projecte de l'Europa democràtica contraposat a l'Europa comunista, el de Maastricht és l'expressió del triomf del model de societat capitalista en el pla econòmic i del liberalisme polític en el pla institucional. El Tractat d'Amsterdam obre un nou cicle: és un primer pas del camí per aprofundir en termes polítics reals la democràcia liberal, ja hegemònica i plenament consolidada al conjunt d'Europa, en explicitar-se al seu articulat que la Unió Europea "se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como del Estado de derecho" (art. 6 de la versió consolidada del TUE després del Tractat d'Amsterdam)²¹.

3. Els principis de llibertat econòmica i política que inspiren l'ordenament jurídic de la Unió Europea van delmant el proteccionisme i l'intervencionisme estatal per deixar el pas franc a la interdependència i la liberalització del mercat interior a escala europea en un procés que està durant dècades i que amb avenços i retrocessos es fonamenta sobre quatre conceptes bàsics:

- a) Desmonopolització: els monopolis –tant és que siguin de titularitat pública com privada- són contraris al dret de la Unió Europea en tant que suposen una limitació al lliure comerç dins de la UE.
- b) Liberalització: significa la recreació de la lliure competència –possibilitant l'accés al mercat de nous operadors- allà on no existia.
- c) Desregulació: l'ordenació normativa no desapareix sinó que es limita a en nombre i contingut a l'establiment i preservació de condicions que facin viable el lliure mercat.
- d) Privatització: suposa la culminació d'un procés de liberalització amb transferència de la titularitat d'una empresa pública cap a mans d'emprenedors privats.

²⁰ Michel Aglietta, assessor personal de Lionel Jospin resumeix les crítiques a aquest fenomen en una interessant entrevista a Le Monde del 9 de desembre de 1997.

²¹ La referència als drets humans dins del Tractat d'Amsterdam és analitzada per Patrick Wachsmann en el seu treball "Les droits de l'homme" dins del número monogràfic de la Revue Trimestrelle de Droit Européen nº 4, 1997, publicada per l'Editorial Dalloz, dedicada al Tractat d'Amsterdam.

“En definitiva, es pot concloure que la liberalització i la desregulació són uns processos de transformació del dret administratiu econòmic tradicional de tal magnitud que comporten un nou paradigma d'intervencionisme administratiu amb diferents objectius i diferents eines legals. Tota aquesta corrent transformadora tindrà unes importants repercussions en les formes d'organitzar i prestar els serveis públics locals”.²²

D'aqueixes nocions fonamentals en resulta un concepte d'empresa molt ampli. L'únic criteri pertinent per determinar el camp d'aplicació del dret de la Unió Europea és la naturalesa de l'activitat exercida. Si es tracta d'una activitat econòmica, efectivament, entren dins de l'àmbit comunitari sense excepcions, només en queden fora per tant les activitats dels organismes amb finalitats de tipus social, cultural i els que exerceixen funcions de control i de policia. La clau, des del punt de vista del dret comunitari, a l'hora de definir què s'entén per empresa pública, rau en la idea de control o influència dominant, i en aquest sentit la Directiva de la Comissió de 25 de juny de 1980, sobre transparència de les relacions financeres assenyala que és empresa pública qualsevol en la que “los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la aportación financiera o de las normas que las rigen”, entenent que existeix aquesta influència dominant quan els poders públics:

- “a) poseen la mayoría del capital suscrito de las empresas, o
- b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o
- c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa”²³.

a) La noció d'empresa habitualment emprada en dret de la Unió Europea

²² PADRÓS REIG, Carlos, “L'activitat econòmica dels ens locals”, dins “Règim jurídic dels governs locals de Catalunya”, FUENTES GASÓ, Josep Ramon i GUIFREU FONT, Judit (directors), Tirant lo Blanc, València, 2009, pàgina 655.

²³ SOSA WAGNER, Francisco, “La gestión de los servicios públicos locales”, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pàgina 63.

compren "tota entitat que exerceix una activitat econòmica independentment del seu règim jurídic i de la seva forma de finançament" (en aquest sentit es pronuncia l'apartat 21 de la Sentència del TJUE sobre, de 23 d'abril de 1991, en l'assumpte Höfner –assumpte C-41/90-) ²⁴. Aquesta definició tan ampla ha estat refermada per la jurisprudència posterior, significativament per la Sentència del mateix Tribunal de 17 de febrer de 1993, en l'assumpte Poucet –assumpes acumulats C-159/91 i C-160/91-, segons la qual la noció d'empresa, en el sentit dels articles 85 i 86 del Tractat, compren tota entitat que exerceix una activitat econòmica ²⁵.

Segons el raonament de la mateixa Sentència, en resulten, doncs, exclosos els organismes encarregats de la gestió del servei públic de la Seguretat social, els quals desenvolupen una funció de caràcter exclusivament social i exerceixen una activitat fonamentada en el principi de solidaritat nacional i estan desproveïts de tota finalitat lucrativa". Es pot deduir "a sensu contrario", que la definició d'empresa compren tot organisme que forneix determinades prestacions en condicions de mercat.

b) Per altra banda en l'expressió "empresa pública", el terme públic està definit inicialment per la Directiva núm. 80/723/CEE, de 25 de juny, relativa a la transparència de les relacions financeres entre els Estats membres i les empreses públiques, en l'article 2 quan disposa que una empresa és pública quan els poders públics poden exercir sobre ella, directament o indirectament,

²⁴ Aquesta Sentència, resol el litigi entre els Srs. Höfner i Elser, assessors de selecció de personal i Macroton GmbH. El litigi es referia als honoraris reclamats a aquesta societat per Höfner i Elser, en virtut d'un contracte segons el qual aquests últims havien d'assistir a aquesta societat en la selecció d'un director pel servei de vendes. Entre els temes que analitza la Sentència es troba el del concepte d'empresa en relació amb si una oficina pública d'ocupació que exerceix activitats de col·locació es pot considerar com a empresa en el sentit dels arts. 85 i 86 del TCEE.

²⁵ Les qüestions prejudicials que donen lloc a la Sentència es varen suscitar en el marc de dos litigis entre, respectivament, els Srs. Poucet i Pistre i la "Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon", entitat encarregada de la gestió del règim d'assegurança de malaltia i la contingència de maternitat dels treballadors autònoms de professions no agràries, i l'entitat concertada amb ella "Assurances générales de France" i amb la "Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand". Un dels assumptes que es tracta en la Sentència és el concepte d'empresa i si des del punt de vista de la defensa de la competència, les Entitats encarregades de la gestió del servei públic de la Seguretat Social es poden considerar com a tals empreses.

una influència dominant. Per tant es pot definir l'empresa pública a la vista del dret de la Unió Europea com l'entitat que forneix prestacions en condicions de mercat i sotmesa a la influència dominant dels serveis públics. Cal assenyalar finalment que pel dret de la Unió Europea no és necessari que aquesta entitat tingui una personalitat jurídica diferent de la institució pública a la qual està adscrita. Un òrgan administratiu sense personalitat jurídica pot doncs, ésser considerat com una empresa, i com a tal, subjecte a totes les regles aplicables als operadors del mercat.

c) La noció d'autoritat pública esmentada explícitament en algunes estipulacions del TCE, com l'article 55 per exemple (actual art.51 del TFUE), ha estat interpretada pel Tribunal de Justícia, a la llum de l'article 90.1 (avui art. 106.1 del TFUE) del mateix cos legal, arribant a la conclusió que ho és tota entitat compromesa en l'exercici de les seves prerrogatives d'autoritat pública. Això abasta tant a l'administració de l'Estat, com les regionals, provincials o locals segons la Sentència del TJUE de 4 de maig de 1988, recaiguda en l'assumpte Bodson.

d) Per servei d'interès econòmic general el dret de la Unió Europea designa les empreses, públiques o privades, que gestionen serveis industrials i comercials en virtut d'un acte de potestat pública i que són susceptibles de poder escapar a les regles de dret comú derivades del Tractat de Maastricht aplicables a les empreses si compleixen els requisits de l'article 90.2 del TCE (actual art. 106.2 del TFUE)²⁶.

La progressiva construcció del dret de la Unió Europea es fa recollint els principis i les tècniques que ja estaven incorporats en els ordenaments jurídics particulars de molts estats europeus. Allò que diferencia en el fons l'actual dret comunitari de l'etapa anterior a l'Acta Única, és que amb la UE es crea realment un mercat europeu, amb lliure competència efectivament, però també

²⁶ Veure l'article de Jean-Yves Chèrot "L'article 90 paragraphe 2, du Traité de Rome et les entreprises de réseau" a l'Actualité Juridique – Droit Administratif, n° 3 de 20 de març de 1996.

amb transparència, esberlant els mercats d'àmbit estatal, que eren en la pràctica mercats protegits. No hi ha, doncs, una radical diferenciació conceptual derivada de la constitució econòmica comunitària que s'imposa a la tradicional organització i règim jurídic dels serveis públics en cadascun dels estats. Els serveis públics es continuaran prestant, amb una nova normativa i redimensionats, atenent a la força emergent del dret de la concurrència. Per tant, no hi ha fonament racional per afirmar de forma general que el servei públic ha mort, com ho fan alguns tractadistes del dret administratiu en els països de forta tradició estatalista²⁷, ja que les normes de la Unió Europea no afecten per igual a tots els serveis públics.

Els que fins ara coneixem com a serveis públics econòmics, industrials i comercials, seguint la classificació doctrinal originària del dret francès, són els que estan destinats a experimentar una profunda transformació, atès que hauran d'adaptar-se a les regles del mercat i de la lliure competència que efectivament en aquest terreny, de forma inexcusable, imposa la normativa comunitària. Aquest moviment general s'ha concretat en quatre variacions clau:

- a) el sotmetiment de la gestió dels serveis públics al principi de rendibilitat i d'eficàcia.
 - b) l'adequació de les activitats industrials i comercials regulades per les administracions públiques a les regles de la concurrència, tant les emanades del dret intern com les provinents del dret comunitari.
 - c) el pas a mans de gestors particulars de bon nombre d'empreses públiques que els governs decideixen privatitzar, totalment o parcialment.
 - d) la internacionalització de les activitats que fins ara estaven limitades preferentment al perímetre de les fronteres estatals.
- c) La incidència de la normativa comunitària sobre la concurrència i el règim jurídic dels serveis d'interès econòmic general.

²⁷ A l'estat Espanyol comparteixen aquesta concepció negativa, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, juntament amb De la Cuétara, Juan Miguel i MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis, "El nuevo servicio público", editada conjuntament per Marcial Pons i la Universitat Autònoma de Madrid, pàg. 112. En una línia més oberta a la comprensió del canvi impulsat per la dinàmica comunitària podem situar a Tomàs-Ramon Fernández, del qual val la pena llegir l'article "Empresa pública y servicio público: el final de una época", a la Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas nº 89, gener-març de 1996.

El règim jurídic que ha de regular el comportament de les empreses que proveeixen el mercat de béns i de serveis, siguin de capital privat o pertanyent a les administracions públiques, és el mateix ja que totes estan sotmeses per igual al dret comunitari. Per tant, un principi fonamental és el de la igualtat de tractament entre operadors públics i privats. Les úniques excepcions, ja ho hem dit, són les previstes en l'article 90.2 TCE –actual art.106.2 del TFUE- pel que fa a les empreses encarregades de gestionar els serveis públics d'interès general, sempre que s'acompleixin les següents condicions:

- a) l'existència d'un servei d'interès econòmic general.
- b) la necessitat d'una habilitació explícita de l'empresa per part d'una potestat pública.
- c) la necessitat de la restricció de la competència per a la bona execució del servei.
- d) l'absència d'efectes contraris a la Comunitat en el desenvolupament dels intercanvis de mercat.
- e) la transparència de l'excepció.

Partint d'aquest plantejament, doncs, és possible reconèixer la prioritat de l'interès general per sobre de les regles de la competència. Correspon a les administracions encarregades de l'aplicació del dret de la Unió Europea la funció de verificar la concurrència d'aquestes circumstàncies. Però no sols per comprovar que el comportament de les empreses s'ajusta a la normativa, sinó també, i principalment, per vigilar que les disposicions adoptades per les autoritats públiques per fixar les regles d'organització i funcionament dels diversos sectors econòmics són conformes amb el conjunt del dret comunitari.

En aquest punt convé puntualitzar que l'administració encarregada de fer complir el dret de la Unió Europea no és només l'estructura institucional de la pròpia Unió Europea, sinó que ho són totes les administracions públiques, estatals i subestatal. La Comissió Europea té els instruments de les directives, el recurs davant del Tribunal de Justícia per incompliment d'aquestes regles i,

en darrer terme, els poders especials previstos en l'article 116 TUE. Així, concretament en la qüestió, sempre polèmica de les ajudes de l'estat a les empreses, no solament hi ha un mecanisme de control de la Unió Europea sobre l'actuació dels estats, sinó que haurien de ser els mateixos estats els que interioritzessin la normativa i la fessin complir d'ofici. Si aquest comportament ja és per si mateix difícil d'observar pel estats respecte a les empreses, encara ho és més si l'estat és, a més, el propietari de l'empresa. L'estat s'ha d'obligar a si mateix a respectar la separació entre les funcions reguladora i gestora en un sector determinat, com per exemple en els serveis en xarxa (telecomunicacions, energia, transports, correus).

L'article 90.2 (actual art. 106.2 del TFUE) estableix el marc jurídic apte per delimitar les diverses intervencions estatals en el sector dels serveis en xarxa via drets especials o exclusius, via ajudes materials o econòmiques ...etc. El nucli del problema rau en aclarir fins a quin punt, i amb quins criteris, els estats poden definir els serveis d'interès general encarregats a empreses gestores. Els estats tenen un ample marge de maniobra atès que els criteris subjectius derivats de la voluntat política governamental són prioritaris per davant d'uns hipotètics criteris objectius lligats al caràcter intrínsec de les activitats econòmiques, molt més difícils de fixar i de ser acceptats de manera homogènia a tots els estats membres de la Unió Europea. Per aquests motius hi ha autors com el ja citat Jean-Yves Chèrot que no creien ni oportuna ni necessària la reforma de l'article 90.2 (actual art. 106.2 del TFUE), atès que entenien que ja contenia un potencial suficient per ser desenvolupat en la direcció de permetre arribar a un equilibri entre l'interès general, és a dir, la satisfacció de les necessitats de la població de cada estat, i el dret de la concurrència.

És de remarcar que aquesta tasca de delimitació conceptual i d'interpretació normativa l'ha anat fent progressivament el TJUE, d'una banda ajustant i comprovant les condicions excepcionals en aplicació de l'article 90.2, com per exemple ho va fer en la Sentència recaiguda en l'assumpte Corbeau, però d'altra banda, també, ha obert una altra via de derogació fonamentant-la en les

consideracions d'interès públic i de naturalesa no econòmica, com en la Sentència de 30 d'abril de 1974, recaiguda en l'assumpte Sacchi²⁸.

²⁸ En aquest assumpte es dilucidava la comptabilitat amb el tractat de la CEE de certes disposicions de la legislació italiana que reserven a l'Estat la exclusiva de l'explotació de la televisió, particularment de la televisió per cable i encara més concretament si aquesta exclusivitat s'estén a la publicitat comercial. El TJCE entén en aquesta Sentència que el paràgraf 1 de l'article 90 TCE permet als estats l'atorgament de drets exclusius o especials a empreses per raó de consideracions d'interès públic de naturalesa no econòmica i en aquest cas, a les emissions de televisió per cable, exceptuant-les del règim comunitari de la concurrència. "Res no s'oposa en el tractat que els Estats, per consideracions d'interès públic no econòmic, sostreguin les emissions de televisió, incloses les emissions per cable, al joc de la concurrència, conferint el dret exclusiu de fer això a un o diversos establiments".

2. L'EVOLUCIÓ DEL DRET DE LA UNIÓ EUROPEA EN RELACIÓ ALS AJUTS D'ESTAT

L'article 2 del TCEE estableix que la finalitat de la Comunitat era promoure un desenvolupament harmoniós de les activitats econòmiques en el conjunt de la Comunitat, una expansió contínua i equilibrada, una estabilitat creixent, una elevació accelerada del nivell de vida i relacions més estretes entre els Estats membres. L'instrument utilitzat per aconseguir aquest objectiu era la instauració d'un Mercat Comú i el progressiu acostament de les polítiques econòmiques dels Estats membres. En aquest sentit, l'objectiu últim que la Comunitat vol aconseguir és l'establiment d'un autèntic mercat únic i d'un sistema de competència no falsejat, un mercat caracteritzat pel lliure joc de la competència i la llibertat d'intercanvis comercials entre els Estats membres. Tanmateix, els objectius dels Estats (fomentar l'exportació i limitar la seva importació, aconseguir que els seus productes siguin competitius, en definitiva) sovint poden xocar amb l'interès comunitari. La consecució d'un Mercat Comú havia de comportar un canvi radical en aquestes conductes, a causa del qual, la Comunitat va assumir, ja des de la seva creació, la política comercial i en base a aquesta ha adoptat una política de competència restrictiva de les pràctiques que falsegen la competència, partint dels següents plantejaments:

- a) Prohibició d'acords entre empreses que sent susceptibles d'afectar el comerç entre els Estats membres puguin restringir el joc de la lliure competència, sent en aquest cas nuls els acords de ple dret.
- b) Prohibició de l'abús per part d'una empresa de la seva situació dominant al mercat.
- c) Especial vigilància de les empreses públiques, per la tendència a distorsionar els mercats.
- d) Prohibició d'ajuts estatals, llevat en supòsits molt especials i per a la consecució de finals comunitaris.

Així doncs, per a la realització del mercat únic europeu és necessària

l'eradicació dels mecanismes de protecció o ajudes públiques injustificades que impedeixen una completa llibertat d'intercanvis. Com afirmen Ballbé i Padrós: "Des del principi, les institucions europees van centrar els seus esforços en el desmantellament dels obstacles clàssics, consistents en la imposició de restriccions obertes al comerç, com les barreres duaneres i físiques, les barreres fiscals i les restriccions monetàries. També van ser objecte de la seva actuació altres manifestacions de l'arsenal proteccionista dels Estats com els ajuts públics a les empreses, en la mesura que poguessin afectar els intercanvis i falsejar la competència"²⁹.

El perill que els Estats no es mantinguin neutrals en el mercat únic i practiquin mesures proteccionistes subvencionant a les empreses nacionals per a la Comissió ha estat una preocupació constant tal com queda de manifest en un informe de 1999: "l'ajut estatal pot minar la lliure competència no solament quan interfereixi en l'ús més eficient de recursos sinó també en ser utilitzada com a barrera aranzelària i altres formes de proteccionisme"³⁰.

La limitació que s'imposa als ajuts d'Estat en el sentit que no han d'afectar la situació de competència al mercat és una de les conseqüències del caràcter suprallegal de les disposicions normatives de la Unió Europea³¹. Efectivament, el finançament públic a una empresa pot situar a les altres en una posició d'inferioritat competitiva. Es tracta d'impedir que, a conseqüència de l'obtenció d'un ajut, unes empreses es col·loquin en posició d'un injust avantatge pel que fa a les que no obtinguin aquests ajuts. Les regles de la Unió Europea sobre ajuts d'Estat, contingudes en els antics articles 81 a 87 TCE, responen al

²⁹ BALLBÉ, Manuel i PADRÓS, Carlos. *Estado competitivo y armonización europea*. Barcelona : Ariel, 1997. Vid SIEBERT. "The harmonization issue in Europe: Prior agreement or a competitive process? A: *The completion of the internal market*. Institut für Weltwirtschaft and der Universität Kiel, 1990, llibre del mateix autor.

³⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Séptimo informe sobre ayudas estatales a la industria y a otros sectores en la Unión Europea. Bruselas, 30 de marzo de 1999, COM (1999) 148 final, núm. 2.

³¹ Entre d'altres, pot consultar-se la bibliografia següent relativa als ajuts d'Estat: ALLENDESALAZAR CORCHO, R. "Las ayudas de Estado en la CEE". *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 18 (1986); ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J. [et al.]. *Ayudas públicas y libre competencia en el mercado único europeo*. Oviedo, 1996; ARPIO SANTACRUZ, Juan L. *Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia*. Pamplona : Aranzadi, 2000.

principi d'"aplicació universal" ja que, llevat que existeixin disposicions específiques per aquestes, en principi regulen qualsevol ajut públic d'un Estat membre a determinades empreses o produccions, qualsevol que sigui l'activitat econòmica que realitzin i amb independència que aquests ajuts interfereixin en el principi d'igualtat dels agents econòmics en el mercat de béns i serveis³².

Ni el Tractat originari ni les subsegüents modificacions que s'han dut a terme han adoptat una definició d'ajut d'Estat. La noció d'ajut d'estat es pot deduir – segons Gonzalo Samaniego³³ – a partir de la concurrència dels elements següents: a) mesures normatives o executives imputables, directament o indirectament, als poders públics d'un estat membre, a empreses públiques o privades; b) que tinguin com a conseqüència qualsevol mena d'avantatge econòmic afavorint les obligacions que una empresa ha de suportar per tal d'exercir la seva activitat i c) que aitals avantatges no s'haurien de rebre en condicions normals de mercat o no s'escauen amb les decisions que un inversor privat adoptaria.

És per això que cal anar a la jurisprudència i a la casuística i concloure que es tracta d'un concepte molt ampli que es caracteritza no per la forma que aquesta prengui sinó pels efectes que produeix. Podem preguntar-nos si el terme ajut comprèn també el terme subvenció o si són conceptes diferents (i, per tant, les subvencions s'exceptuarien de la prohibició de l'article 87 TCE). Si ens atenim a la definició que el TJUE ha apuntat en la sentència de 23 de febrer de 1961³⁴ i en altres de successives (STJCE de 15 de març de 1994, Banc Exterior d'Espanya, C-387/92, Rec., p. I-877; STJCE d'11 de juny de 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) i d'altres/La Poste i d'altres, C-39/94, Rec., p. I-3547, apart. 58), l'ajut és una noció més àmplia que la

³² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis i CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid : Colex, 2001. Pàg. 184.

³³ SAMANIEGO, Gonzalo, "La noción de ayuda de estado", *Gaceta Jurídica*, número 212, març/abril del 2001.

³⁴ "La terminologia usual veu en una subvenció una prestació en espècie o en natura, atorgada per al sosteniment d'una empresa i s'escau que es tracti del pagament pel comprador o usuari dels béns i serveis que produeix (...) mentre que el concepte d'ajut no solament comprèn les prestacions positives com les pròpies subvencions sino que també intervencions que, sota diverses formes alleugeren les càrregues que normalment pesen sobre una empresa".

subvenció. D'acord amb la pràctica comunitària, les subvencions no escapen del règim dels antics articles 87 i següents TCE³⁵.

En aquest sentit, la redacció literal de l'article 87 destaca la irrellevància de la forma d'ajut ("sota qualsevol forma..."), per la qual cosa la Comissió ha acollit sota aquesta denominació un ampli grup de supòsits de caràcter enunciatiu (no exhaustiu), entre els quals s'inclouen: "subvencions, exoneracions d'impostos i taxes, exoneracions de taxes parafiscals, bonificacions d'interessos, garanties de préstecs en condicions purament favorables, cessió d'immobles o terrenys de forma gratuïta o en condicions particularment favorables, subministrament de béns o serveis en condicions preferents, cobertura de pèrdues d'explotació o qualsevol altra mesura d'efecte equivalent" (Resposta de la Comissió de 30 de juliol de 1963 a la pregunta escrita 48/1963).

S'ha de tractar d'una aportació rellevant, de manera que un inversor privat, basant-se en les expectatives de rendibilitat de la seva inversió, no s'hagués atrevit a realitzar. Així, de la pràctica comunitària ha sorgit el denominat "criteri de l'inversor privat" que s'utilitza per determinar si les aportacions de capital públic són o no constitutives d'ajuts d'Estat. El criteri ha estat utilitzat per la Comissió en nombroses ocasions. Així, a l'assumpte Seeadler (Decisió de la Comissió d'11 de febrer de 1987, Seeadler, DO L 295, de 20 d'octubre de 1987) on es va vincular l'existència d'un avantatge i, amb això, l'aplicació de l'article 87.1 TCE- al fet que els fons públics s'atorguin fora de les condicions normals de mercat, és a dir, en unes condicions en les quals un inversor privat no s'hagués atrevit a realitzar l'operació: "hi ha un ajut de l'Estat quan l'aportació de capital es realitza en circumstàncies que no serien acceptables per a un inversor privat que operés en les condicions normals d'una economia de mercat, per exemple, si es tracta d'una participació temporal, durada de la qual i preu de cessió estiguessin fixats abans de manera que el rendiment resultant per a la persona que aporta el capital resultés sensiblement inferior a la

³⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis i CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid : Colex, 2001. Pàg. 196.

retribució que hagués pogut esperar d'una inversió per una durada comparable en el mercat de capitals".

Aquest mateix criteri ha estat assumit tant pel que fa la Consell³⁶ com pel TJCE (STJCE de 14 de setembre de 1994, Espanya/Comissió (Hytasa). S'ha de tractar d'una ajuda atorgada per un Estat membre (de forma directa per l'Estat o els ens subestatsals-regions, comunitats autònomes, *Länder*- o per organismes públics o privats creats per a la seva distribució o gestió) o que sigui amb càrrec a fons públics. La Comissió ha deixat clar que, en el primer supòsit, ha de produir-se una disminució dels ingressos o un augment de les despeses per als pressuposts de l'Estat i que no és necessari que les subvencions siguin atorgades pel Govern o per l'Administració central de l'Estat. En conseqüència, els ajuts podran procedir d'empreses públiques, empreses privades (sota la participació, la supervisió o el control estatal)³⁷, *holding* públic, etc³⁸.

En aquesta línia, el Tribunal de Primera Instància ha establert que: "el Dret comunitari no pot admetre que el fet de crear institucions autònomes encarregades de la distribució d'ajuts permeti eludir les normes relatives als ajuts d'Estat (...). Perquè pugui considerar-se ajut estatal, una inversió ha d'equivaler a un avantatge atorgat directament o indirectament mitjançant fons estatals, això pressuposa que els recursos amb càrrec als quals s'atorga l'ajut procedeixin de l'Estat membre. Pel que fa a l'apartat 1 de l'antic article 87 del TCE comprèn tots els mitjans econòmics que el sector públic pot utilitzar efectivament per recolzar a les empreses, independentment que aquests mitjans pertanyin o no de manera permanent a l'esmentat sector" (STPI de 12 de desembre de 1996, *Compagnie nationale Air France/Comissió*, T-358/94,

³⁶ A partir de les directives sobre ajuts a la construcció naval (Directiva 90/684/CEE, del Consell de 21 de desembre, DO L 380, de 31 de desembre, modificada per la Directiva 93/115/CEE, del Consell de 16 de desembre, DO L 326, de 28 de desembre).

³⁷ En el cas en que l'ajut l'atorgui una empresa privada participada o controlada per ens públics, la Comissió considera que si la decisió de concedir l'ajut ha estat pres des de l'Estat, es tractarà d'un ajut públic.

³⁸ La canalització d'ajuts públics a través d'un grup de societats o *holding* públic pot apreciar-se a l'assumpte Sytraval (STPI de 28 de setembre de 1995, *Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs (Sytraval)* i *Brink's France – Comision*, T-95/94, Rec., pàg. II-2651).

Rec., pàg. II-2109).

La concessió de l'ajut ha d'afavorir a determinades empreses (amb independència de la forma de titularitat jurídica d'aquesta i el caràcter públic o privat que pugui adoptar) o produccions (en les quals estarien incloses tant les activitats de producció de béns i serveis com qualsevol operació empresarial de contingut comercial). Com ha assenyalat el TJUE: "El concepte d'ajut inclou la concessió per part de l'Estat de determinats avantatges aliens al mercat, que poden millorar la situació econòmica de l'empresa afavorida respecte a altres empreses"³⁹. Es tracta, per tant, de separar els ajuts en els quals el beneficiari es pugui identificar (que afecten a la competència de manera més directa i immediata) de les mesures de caràcter general que pretenen beneficiar el conjunt de l'activitat econòmica d'un Estat membre. Aquestes últimes no quedarien, doncs, sotmeses a l'antic article 87.1 TCE sinó el règim general previst en els articles antics 96 a 99 TCE.

Pel que fa al falsejament de la competència, no és necessari demostrar que aquesta s'ha produït. És suficient amb provar l'existència d'una amenaça, la possibilitat que el falsejament pugui dur-se a terme (STJCE de 15 de juliol de 1964, Flaminio Costa/ENEL, 6/64, Rec., pàg. 1141). Pel que fa a l'afectació del comerç comunitari, aquest requisit afecta tant als ajuts que afectin de fet als intercanvis comercials com als que siguin susceptibles de causar aquest efecte (competencial actual i competència potencial). En aquest sentit, és important destacar la posició adoptada per la jurisprudència comunitària davant dels ajuts d'abast local: en diverses sentències, el TJUE⁴⁰ i el Tribunal de Primera Instància han considerat que l'afectació del comerç a l'interior de la Unió Europea i el falsejament de la competència poden tenir lloc encara que l'empresa que s'ha beneficiat de l'ajut no participi en les exportacions o quan no hi hagi excés de capacitat del sector que es tracti. El mateix passa quan els

³⁹ STJCE de 9 d'agost de 1994, Namur-Les Assurances du crédit/Office national du ducreire i État belge, C-44/93, Rec., pàg. 1-3863.

⁴⁰ Així, la STJCE de 21 de març de 1991, Itàlia/Comisión, C-303/88, Rec., pàg. 1-1433.

ajuts s'atorguin a empreses petites⁴¹ o quan l'import de l'ajut és petit:

"(...) si l'avantatge és petit, la competència resulta falsejada en escassa mesura, però resulta falsejada de tota manera. Ara bé, la prohibició que estableix l'apartat 1 de l'article 87 del Tractat s'aplica a tot ajut que falsegi o amenaci falsejar la competència, sigui quin sigui el seu import, en la mesura que afecti als intercanvis comercials entre els Estats membres (...). Fins i tot un ajut de quantia relativament reduïda pot afectar els intercanvis comercials entre Estats membres quan el sector en el qual l'empresa treballa es caracteritza per una forta competència"⁴².

La importància de la transferència directa de capital de l'Estat a les empreses es posa de manifest per l'atenció que li dedica la Comissió Europea en la Comunicació de 2000, dedicada als serveis d'interès general a Europa, l'Informe del Parlament de 2001, relatiu a l'anterior Comunicació, i, especialment, els Informes de la Comissió als Consells Europeus de Laeken (14 i 15 de desembre de 2001) i de Sevilla de 2002.

a) La Comunicació de 2000, que fa referència al finançament de les empreses pel compliment de tasques de servei públic, apuntava que d'acord amb el que venia considerant el Tribunal de Primera Instància de les Comunitats Europees en diverses sentències (assumpte T-106/95: FFSA, 1997; assumpte T-46/97: SIC, 2000; assumpte C-174/97: FFSA, 1998) *la compensació concedida per l'Estat constituïa "ajuda estatal" en els termes de l'article 87.1 TCE*. Malgrat que a aquesta compensació no se li apliquin les excepcions contemplades en els articles 73⁴³ o 87, pot ser compatible amb el TCE en base a l'apartat 2 de

⁴¹ Vid. el Reglament de la Comissió núm. 69/2001, de 12 de gener, sobre els ajuts de *minimis* (DO L de 13 de gener, pensat bàsicament per a les petites i mitjanes empreses. En aquest s'estableix la presumpció que els ajuts no excedeixin d'un límit màxim de 100.000 euros durant un període de tres anys no són susceptibles d'afectar al comerç entre els Estats membres (art. 2), per la qual cosa no s'inclouen a l'àmbit d'aplicació de l'article 87.1 TCE. La regla de *minimis* no s'aplica a l'agricultura, la pesca i els transports ni als ajuts que se subordinen que es premii la utilització de productes nacionals en detriment dels importats.

⁴² STPI de 30 d'abril de 1998, Vlaams Gewest/Comisión, T-214/95, Rec., pàg. II-717.

⁴³ Article 73 del TCE (antic art. 77). Seran compatibles amb el present Tractat els ajuts que responguin a les necessitats de coordinació dels transport o que corresponguin al

l'article 96. Això passarà quan es compleixin totes les condicions imposades en aquest precepte i, especialment, quan la compensació no superi els costos addicionals nets de la missió assignada a l'empresa. Segons la Comissió, sempre que la compensació es fixi per un període adequat, en base a un procediment de licitació obert, transparent i no discriminatori, es presumirà que l'ajut és compatible amb les normes del Tractat sobre ajuts estatals⁴⁴.

b) L'Informe de 2001 a la Comunicació de la Comissió de 2000, el Parlament era de l'opinió que les compensacions que els Estats feien efectives a les empreses gestores de serveis d'interès general no havien de reputar-se "avantatge" en qualsevol cas, i advocava per excloure a les esmentades compensacions del concepte mentre no superessin la compensació de les càrregues inherents a la prestació del servei.

c) Més rellevant encara és l'Informe de la Comissió al Consell Europeu de Laeken, ja que un dels seus punts forts era, precisament, garantir la viabilitat econòmica dels serveis d'interès general en el mercat interior. A l'Informe s'establia que els serveis d'interès general han de complir la seva missió en condicions d'equilibri financer i que correspon als Estats garantir aquesta estabilitat. En aquest context, els Estats membres poden concedir ajuts als serveis d'interès general per garantir la seva viabilitat. L'informe analitzava en concret la compensació financera de les obligacions de servei públic d'acord amb les normes relatives als ajuts estatals, un tema que ja havia estat tractat a la Comunicació de 2000, on es descrivia el marc general definit per les normes del Tractat referents al mercat interior i a la competència. La Comissió es manifestava en el sentit que una compensació econòmica concedida per l'Estat al proveïdor d'un servei d'interès general es considera un avantatge econòmic, d'acord amb el previst a l'article 87.1 del TCE ("seran incompatibles amb el mercat comú, en la mesura que afectin als intercanvis comercials entre Estats

reemborsament de determinades obligacions inherents a la noció de servei públic.

⁴⁴ Vid. la Directiva 2000/52/CE de la Comissió de 26 de juliol de 2000, per la qual es modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparència de les relacions financeres entre els Estats membres i les empreses públiques (DO L 193, de 29 de juliol de 2000, pàg. 75).

membres, els ajuts atorgats pels Estats o mitjançant fons estatals, sota qualsevol forma, que falsegin o amenacin falsejar la competència, afavorint a determinades empreses o produccions,")). Com pot apreciar-se en virtut del redactat del precepte, les mesures d'intervenció estatal no queden definides en funció de les seves causes o objectius, sinó dels seus efectes, això és, el falsejament de la competència. Per al Tribunal de Primera Instància, un avantatge financer concedit per les autoritats públiques a una empresa com a compensació pels costos derivats de les obligacions de servei públic constitueix un ajut en el sentit de l'article 87.1 del TCE⁴⁵.

L'article 87.1 estableix una prohibició de caràcter general pel que fa als ajuts estatals, però això no significa que totes les compensacions siguin incompatibles amb la normativa de la Unió Europea. Així, la compensació pot encaixar-se en una de les excepcions previstes a l'article 73 (transport) i en els apartats 2 i 3 de l'article 87 o en una de les excepcions de l'article 86.2. Segons l'opinió de la Comissió, si bé els articles 73 i 87 no plantejaven problemes específics en l'àmbit dels serveis d'interès general, l'aplicació de l'article 86.2 havia de ser clarificada.

D'acord amb l'article 86.2 ("les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general o que tinguin el caràcter de monopoli fiscal quedaran sotmeses a les normes del present Tractat, en especial a les normes sobre competència, en la mesura que l'aplicació de les esmentades normes no impedeixi, de fet o de dret, el compliment de la missió específica confiada a aquestes (...)"), els ajuts concedits als proveïdors de serveis d'interès econòmic general són en principi compatibles amb el Tractat si són necessàries per al compliment de les seves obligacions de servei públic. Així ho ha sostingut el Tribunal de Primera Instància que, en la Sentència sobre l'assumpte FFSA, va considerar que el pagament d'un ajut estatal pot, en virtut de l'article 86.2,

⁴⁵ Per exemple, TPI, Sentència de 27 de febrer de 1997, a l'assumpte T-106/95, Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA) i altres / Comissió, Rec. 1997, p. II-229; confirmada pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, acte de 25 de març de 1998 a l'assumpte C-174/97 P, Rec. 1998, P. I-1303; Sentència de 10 de maig de 2000 a l'assumpte T-46/97, SIC-Sociedade Independiente de Comunicação SA/Comissió, Rec. 2000, p. II-2125.

eludir la prohibició de l'article 87 sempre que l'ajuda tingui com a únic final compensar els costos addicionals derivats de la prestació del servei d'interès econòmic general i sigui necessària perquè l'empresa encarregada de la gestió del servei pugui complir les seves obligacions en condicions d'equilibri econòmic.

Aquesta "necessitat de l'ajut" s'haurà d'apreciar efectuant una avaluació global de les condicions econòmiques en les quals es mou l'empresa en desenvolupar les activitats incloses en el sector reservat, sense tenir en compte els possibles beneficis que pugui obtenir dels sectors oberts a la competència. En aquest sentit, el Tribunal avalua la quantia dels costos addicionals generats pel compliment de les obligacions del servei públic i procedeix a comparar-les amb la quantia de l'ajut concedit. D'acord amb l'article 86.2 del Tractat, l'ajut serà en principi admissible si no supera l'import dels costos addicionals⁴⁶. En tot cas, es requereix que les obligacions imposades a l'empresa s'especifiquin en un acte ratificat pel poder públic o en un contracte conclòs amb l'autoritat pública competent. Així mateix, la quantia de la compensació s'ha de fixar d'acord amb normes ben clares, transparents i no discriminatòries.

La Comissió es proposava establir l'any 2002 un marc comunitari per als ajuts estatals a les empreses prestadores de serveis d'interès econòmic general, de manera que Estats i empreses puguin conèixer les condicions sota les quals la Comissió autoritzarà aquests ajuts a títol de compensació per la realització d'obligacions de servei públic. En una segona fase, la Comissió avaluarà els resultats de l'aplicació d'aquest marc comunitari i, si procedeix, adoptaria un reglament pel qual certs ajuts en l'àmbit dels serveis d'interès econòmic general quedarien exempts de l'obligació de notificació prèvia.

d) L'Informe de la Comissió al Consell Europeu de Sevilla de 2002 s'endinsa molt més en el tema del finançament estatal a empreses gestores de serveis

⁴⁶ La Comissió ha aplicat aquest mètode a la Decisió de 24 de febrer de 1999, Kinderkanal, assumpte NN 70/98 o a la Decisió de 29 de setembre de 1999, BBC News, assumpte NN 88/98.

d'interès general. Pot afirmar-se que pivota, gairebé en exclusiva, sobre aquesta qüestió, passant revista a les conseqüències que l'evolució jurisprudencial comunitària ha tingut respecte a la consideració de les compensacions de servei públic com ajuts estatals. La Comissió recorda que, en un primer moment, el Tribunal de Primera Instància va sostenir que el fet que les autoritats públiques atorguin un avantatge financer a una empresa per compensar el cost de les obligacions de servei públic assumides per aquesta no afecta a la qualificació d'aquesta mesura com ajuda en el sentit de l'article 87.1 TCE (Sentències FFSA, de 27 de febrer de 1997 i SIC, de 10 de maig de 2000), encara que aquest aspecte pot valorar en considerar-se si l'ajut és compatible amb el Tractat exarticle 86.2 TCE.

L'article 86 TCE pot justificar la compatibilitat amb el Mercat Comú d'un ajut públic. En aquest sentit, del precepte anterior s'infereix que l'article 87 TCE engloba a totes les empreses, siguin públiques o privades, i també la totalitat de la producció de les esmentades empreses, amb l'excepció de l'apartat 2 de l'article 86⁴⁷. Sobre això, la jurisprudència del TJUE ha destacat la primacia de l'article 86.2 TCE per damunt de la prohibició de l'article 87 TCE. Això significa que si pot invocar-se l'article 86.2, una mesura estatal podrà considerar-se compatible amb el Mercat Comú, malgrat estar compresa en l'àmbit d'aplicació de l'article 87.1 TCE. En conseqüència, l'efecte de les normes sobre competència, són els articles 87 i 88.2 i 3 TCE, podrà restringir-se: no s'aplicaran i l'ajut s'escaparà de la prohibició de l'article 87 TCE. Per a això serà necessari que es compleixin cinc condicions:

- a) La concessió pels poders públics a l'empresa beneficiària de l'ajut de la gestió d'un servei econòmic d'interès general.
- b) Que l'aplicació de les normes sobre competència (art. 87 a 89 TCE) obstaculitzi el compliment de la missió específica confiada a l'empresa.
- c) Que l'interès de la Comunitat no resulti afectat.

⁴⁷ STJCE de 22 de març de 1977, Steinike i Weinlig/Alemanya, 78/76, Rec., pàg. 595, apartat 18; STJCE de 15 de març de 1994, Banc Exterior d'Espanya, C-387/92, Rec., pàg. I-877, apartat 14 i 15; STPI de 27 de febrer de 1997, Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) i altres/Comissió, T-106/92, Rec., p. II-229, apartats 165, 170, 172, 174 i 178.

d) Que la fi de l'ajut consisteixi a compensar exclusivament els costos addicionals generats pel compliment de l'esmentada missió específica.

e) Que la concessió de l'ajut resulti necessari perquè l'empresa pugui complir les seves obligacions de servei públic en condicions d'equilibri econòmic. Correspon a la Comissió apreciar si l'ajut és realment necessari. Per a això, la Comissió ha d'avaluar les condicions econòmiques en les quals l'empresa porta a terme les tasques incloses al sector reservat, sense tenir en compte els eventuais beneficis que pugui obtenir dels sectors oberts a la competència. És molt important que la Comissió vetlli perquè la concessió de l'ajut d'Estat no amagui una subvenció creuada en favor de les activitats competitives d'aquesta empresa.

Amb posterioritat a l'aprovació del TFUE la Comissió Europea ha adoptat tota una sèrie de disposicions normatives adreçades a revisar la regulació de les ajudes estatals als serveis d'interès econòmic general amb la finalitat de garantir les seves missions de servei públic universal, tot compensant els costos nets generats per aqueixes. El cost net ha de calcular-se basant-se en la diferència entre les despeses ocasionades per la prestació del servei tenint en compte els ingressos corresponents. Però aqueixes compensacions poden declarar-se contràries al Dret comunitari de la competència si la Comissió Europea considera que superen els costos i que el finançament públic otorgat constitueix un avantatge econòmic no justificat. El control té per objecte garantir que la compensació no supera el nivell necessari per a cobrir les despeses de l'empresa encarregada del servei, inclòs un "benefici raonable".

Per tal de clarificar la normativa aplicable, la Comissió ha adoptat un conjunt d'iniciatives: a) una Comunicació sobre l'aplicació de les normes de la Unió Europea en matèria d'ajudes estatals per la prestació de serveis d'interès econòmic general ⁴⁸; b) una Decisió relativa a l'aplicació de l'article 106 apartat 2, del TFUE a les ajudes estatals en forma de compensació per servei públic concedides a algunes empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès

⁴⁸ COM (2011) 9404 final, de 20 de desembre del 2011.

econòmic general ⁴⁹; c) una Comunicació relativa a un marc de la Unió Europea sobre ajudes estatals en forma de compensació per servei públic ⁵⁰ i d) un projecte de Reglament relatiu a l'aplicació dels articles 107 i 108 del TFUE a les ajudas de mínims concedides a empreses que prestin serveis d'interès econòmic general ⁵¹.

La Decisió explica quins requisits han complir-se per a que les compensacions per servei públic es considerin compatibles i restin exemptes de notificació prèvia a la Comissió. Es mantenen les exempcions que se apliquen als hospitals i als serveis públics que efectuen connexions marítimes o aèries així com a ports i aeroports sempre que respectin límits basats en un número mitjà anual de passatgers. Però la Comunicació amplia l'abast d'aqueixa exempció als serveis que responen "a necesidades sociales esenciales en lo referente a la asistencia sanitaria, asistencia a largo plazo, asistencia infantil, acceso al mercado laboral, viviendas sociales y protección y inclusión social de grupos vulnerables". Amb una condició restrictiva: l'exempció solament s'aplica als serveis que s'encarreguin per un període que no superi els deu anys. Els Estats estan obligats a fer controls cada tres anys per tal de comprovar l'absència de compensació excessiva. Pel que fa a altres serveis, l'import anual màxim que no pot superar la compensació per a que s'apliqui l'exempció de notificació prèvia es fixa en 15 milions d'euros.

La Comunicació relativa a un marc de la Unió Europea sobre ajudes estatals en forma de compensació per servei públic clarifica el mètode i precisa les condicions per les quals les compensacions superiors a 15 milions d'euros a l'any hauran de complir per apreciar la seva compatibilitat amb les normes comunitàries sobre ajudes estatals. Amb aqueixa finalitat, la Comissió utilitza el mètode segons el qual el cost necessari per executar les obligacions de servei públic es calcula per la diferència entre el cost net per al proveïdor per operar amb l'obligació de servei públic i el cost net sense aqueixa obligació.

⁴⁹ COM (2011) 9380 final, de 20 de desembre del 2011

⁵⁰ COM (2011) 9406 final, de 20 de desembre del 2011

⁵¹ COM (2001) 9381 final, de 20 de desembre del 2011

Cap Estat no podrà crear obligacions específiques de servei públic en serveis prestats per empreses que exerceixen la seva activitat en condicions normals de mercat si responen satisfactoriament (preu, qualitat, continuïtat i accesibilitat) a l'interès públic definit per l'Estat. Abans de l'atribució d'un SIEG els Estats hauran de procedir a efectuar una consulta pública amb la finalitat de provar que han pres en consideració els interessos dels usuaris i proveïdors i les necessitats de servei públic. La Comissió obliga als Estats que publiquin la llista de les ajudes vigents relatives a la compensació per servei públic abans del 31 de gener del 2013, que ajustin el seu regim abans del 31 de gener del 2014.

Finalment, el projecte de Reglament sobre ajudes de minimis concedides a les empreses que presten serveis d'interès econòmic general, que exclou del procediment de notificació prèvia a la Comissió les que no excedeixin d'un determinat import (200.000 euros per beneficiari durant un període de tres exercicis fiscals, segons el vigent Reglament *nº 1998/2006 de 15/12/2006*). Hom considera que aqueixes aventatges no són ajudes estatals en la mesura que el seu impacte en la competència transfronterera és inexistent. La Comissió proposa adoptar un Reglament de minimis específic pels SIEG fixant en 500 000 euros per beneficiari i durant un període de tres anys el límit de l'ajuda pública.

3. LA COMUNICACIÓ DE LA COMISSIÓ EUROPEA DE SOBRE ELS SERVEIS D'INTERÈS GENERAL

A l'ordre del dia de la Conferència Intergovernamental oberta a Torí el 29 de març de 1996 figurava entre els temes a debatre la revisió de la noció de servei públic a la llum del Tractat de Maastricht. Finalment, la qüestió no es va abordar ateses les dificultats per harmonitzar les tradicions jurídiques i polítiques dels diferents estats europeus referides a aquesta matèria. El Consell Europeu celebrat a Corfú el juny de 1994 havia acordat crear un Grup de Reflexió al qual es va encarregar la preparació de la Conferència prevista per dos anys més amb l'objectiu de revisar els continguts del Tractat constitutiu de la Unió Europea. Una dada significativa és que entre els integrants del Grup, a banda dels representants dels Estats membres, n'hi figuraven dos nomenats pel Parlament Europeu.

El Grup de Reflexió va consignar en el seu informe, "que la Conferència Intergovernamental hauria de procedir a l'estudi de la consolidació del concepte de serveis públics d'interès general, en tant que principi que complementi el de la llibertat de mercats. En aquest marc s'observa que en les economies modernes el subministrament d'alguns serveis (electricitat, aigua, telèfons, transports públics, correus, ensenyament) ha d'estar supeditat al compliment d'una sèrie de criteris, entre els quals destaca el de l'accessibilitat general a aquests serveis (que s'ha de garantir independentment del caràcter públic o privat del proveïdor). Altres principis que es podrien tenir en compte són els d'igualtat, continuïtat i qualitat"⁵².

La referida recomanació no es va traduir en disposicions normatives concretes, únicament va aparèixer, al setembre del 1996, una Comunicació de la Comissió Europea sobre "Els serveis públics d'interès general a Europa"⁵³ que té el mèrit

⁵² Veure el dossier "La reforma de l'Europa de Maastricht" elaborat pel Patronat Català Pro Europa, Barcelona, 1997, pàg. 98.

⁵³ COM (1996) 443, DOUE sèrie C 281/3, de 26 de setembre de 1996.

de clarificar les quatre definicions següents:

a) "Serveis d'interès general. Designen les activitats de servei, comercials o no, considerades d'interès general per les autoritats públiques i subjectes per això a obligacions específiques del servei públic.

b) Serveis d'interès econòmic general. Mencionats en el TCE en l'article 90 (avui art. 106 TFUE) designen les activitats de servei comercial que compleixen missions d'interès general, i estan per això sotmeses, per part dels Estats membres, a obligacions específiques de servei públic. Aquest és el cas dels serveis en xarxa de transports, energia i comunicació.

c) Servei públic. Aquesta expressió té un doble sentit: designa tant l'organisme de producció del servei com la missió d'interès general que se li confia.

Les obligacions de servei públic específiques poden ser imposades per l'autoritat pública a l'organisme de producció del servei, amb la finalitat d'afavorir o permetre la realització de la missió d'interès general, així, per exemple, en matèria de transport terrestre, aeri, per via fèrria o en matèria d'energia. Aquestes obligacions poden desenvolupar-se a escala nacional o regional. Cal assenyalar que de vegades es confon erròniament servei públic amb sector públic (incloent ací la funció pública), es a dir, missió i estatut, destinatari i propietari.

d) Servei universal. Desenvolupat per les institucions de la Comunitat, aquest concepte evolutiu defineix un conjunt d'exigències d'interès general a les que s'haurien de sotmetre a tota la Comunitat les activitats de telecomunicacions o de correus, per exemple. Les obligacions que deriven d'aquest servei tenen per objecte garantir l'accés de tothom a determinades prestacions essencials, de qualitat i a un preu assequible".

La Comissió Europea acaba propugnant la inclusió en l'article 3 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea d'una lletra u) redactada en la forma següent: "Una contribució a la promoció dels serveis d'interès general".

Així doncs, la comunicació estableix unes definicions, punts de vista i objectius en relació amb el paper d'aquests serveis en el context del mercat únic, que tot

i ser un instrument interpretatiu del capteniment de la Comissió sense caràcter vinculant, deixa patent el parer del màxim òrgan executiu comunitari. Per a la Comissió, els objectius fonamentals de la Unió Europea són la solidaritat i la igualtat de tracte, en el context d'una economia de mercat oberta i dinàmica, i a la consecució de tals objectius contribueixen, sens dubte, els serveis d'interès general⁵⁴, malgrat les diferents conceptualitzacions i maneres d'organització d'aquests en els diferents Estats membres, entitats subestats i als diferents sectors. En efecte, els serveis d'interès general poden ser prestats en règim de monopoli o de lliure competència i per empreses o organismes públics, empreses privades o d'economia mixta.

Els mandataris comunitaris tenen l'encàrrec de trobar les fórmules per fer compatibles la competència, com a principi rector de l'activitat econòmica, amb el nou-nat principi d'accés universal, entès com a estandarització d'unes obligacions mínimes. Com alguns analistes han dit, la lògica subjacent en la noció de servei universal respecte a la de servei públic és anàloga a la relaciona el salari mínim interprofessional amb el salari⁵⁵. El servei universal o accés universal als serveis essencials és un concepte imprecís hores d'ara, però sorgeix justament per cercar la compatibilitat amb l'ideari liberal que impregna actualment el procés de construcció europea, que supedita els costos socials i econòmics per la generalitat dels ciutadans a la marxa forçada de la Unió Europea cap a la moneda única i la integració dels mercats.

Per omplir el buit normatiu existent en aquest àmbit s'han alçat veus proposant l'aprovació d'un reglament general d'aplicació de l'article 90.2 TCE, seguint el precedent del Reglament comunitari nº 1191/69, de 26 de juny, publicat al DOCE el 28 de juny de 1969, que desenvolupava l'article 77 del Tractat de

⁵⁴ En aquest mateix sentit, vid. el Dictamen de la Comissió sobre la reforma dels Tractats europeus "Reforçar la unió política i preparar l'ampliació", COM (96) 90 final, de 28 de febrer de 1996, en el qual s'estableix que els serveis d'interès general estan en la base del model europeu de societat.

⁵⁵ Veure els articles de Cristhian Barrère, "Ciudadanos o necesitados" i Paul Marie Couteaux, "Defensa y ilustración de los servicios públicos", a Le Monde Diplomatique, edició en espanyol, nº 3, gener del 1996, referits, bàsicament, a l'autodenominada pomposament "gran rebelió francesa contra l'Europa liberal"

Roma en relació a la noció de servei públic en matèria de transports per ferrocarril, carretera i navegació. El Consell Europeu podria aprovar un reglament similar per definir l'actuació dels Estats membres en matèria de serveis d'interès econòmic general encarregats a empreses gestores⁵⁶.

En alguns estats, com França, el debat sobre el futur dels serveis públics és molt intens i és una de les principals preocupacions del govern de París. Així, el Comissariat General du Plan ha endegat una sèrie de treballs encarregats a comissions interdisciplinars d'experts que analitzen la compatibilitat de la tradició republicana, estatalista, de vocació igualitària dels serveis públics francesos i la nova hegemonia del principi de llibertat de mercat i competència en el context europeu⁵⁷. Fins i tot el govern de París va presentar, l'any 1993, un projecte propi de Carta Europea dels Serveis Públics, que no va prosperar⁵⁸.

Els serveis d'interès general responen a necessitats fonamentals dels ciutadans que, com hem assenyalat, desitgen serveis de qualitat a uns preus assequibles i competitius. El seu funcionament doncs, ha regir-se, per uns principis essencials: continuïtat, igualtat d'accés, universalitat i transparència. Per aconseguir una major eficàcia en la prestació de serveis sense excloure una part de la població dels seus beneficis, és a dir, per poder conciliar els imperatius del mercat únic europeu (lliure circulació, eficàcia, dinamisme) i la lliure competència amb les exigències de l'interès general, la Comissió es proposa actuar d'acord amb els següents principis⁵⁹:

⁵⁶ RODRIGUES Stéphane, "Comment intégrer les principes du service public dans le droit communautaire". En aquest treball del secretari general de l'ISUPE (Initiative pour des services d'utilité publique en Europe) aposta per l'aprovació d'un reglament general.

⁵⁷ Rapport de la "Commission Réseaux 2010", presidida per Christian Stoffaès, publicat per Editions Odile Jacob, Paris, 1995, amb el títol services publics: question d'avenir".

⁵⁸ Veure G. Meyronneinc, "La France demande un statut européen des services publics", a la Revue des Affaires Européennes, abril 1993.

⁵⁹ El Consell Europeu de Cannes (26 i 27 de juny de 1995) va subratllar la importància de combinar l'obertura als mercats amb els imperatius de l'interès general en els següents termes: "El Consell Europeu reitera el seu desig que la introducció d'una major competència a nombrosos sectors amb vista a culminar la realització del mercat interior, sigui compatible amb les missions d'interès econòmic general que s'imposen a Europa, i que es refereixen, en particular, a l'ordenació equilibrada del territori, la igualtat de tracte entre els ciutadans -inclosa la igualtat de drets i la igualtat d'oportunitats entre homes i dones-, la qualitat i la permanència del servei prestat al consumidor i a la defensa d'interessos estratègics a llarg termini"

1. Respecte a la diversitat de les opcions nacionals en relació amb la situació i organització dels serveis d'interès general. D'acord amb aquest principi, la comunitat es mostra neutral davant l'estatut públic o privat de les empreses encarregades de missions d'interès general, sense forçar la privatització. Això no obsta, tanmateix, que els comportaments distorsionadors de la competència siguin objecte de vigilància per part de les institucions europees, tant pel que fa a les empreses públiques com privades. En la mateixa línia, es reconeix als Estats la llibertat de definir les missions d'interès general, atorgar drets especials o exclusius necessaris per exercir aquestes missions a les empreses responsables, ordenar la seva gestió i encarregar-se, en el seu cas, del seu finançament.

2. Aconseguir una interacció equilibrada entre l'interès general i el mercat únic. La dificultat per aconseguir aquest equilibri és perquè el mercat s'amplia i les missions de serveis públics han de respondre a noves exigències. Respecte de l'aplicació de les normes que s'ha dotat la Unió Europea per a la creació d'un mercat interior, els serveis d'interès general de caràcter econòmic se subjecten en principi a aquestes, inclosos els monopolis que podrien perjudicar el bon funcionament del mercat⁶⁰. Els prestataris de serveis d'interès general es beneficien de l'exempció d'aquestes disposicions en la mesura que això obstaculitzi la realització de les missions d'interès general confiades a aquests.

Tanmateix, l'exempció queda subjecte a condicions de proporcionalitat, garantint-se que els mitjans emprats per satisfer les exigències d'interès general no pertorbin desproporcionadament el bon funcionament del mercat europeu. En aquesta recerca de l'equilibri, el Tribunal de Justícia ha reconegut que poden constituir justificacions legítimes per a l'aplicació de les normes la rendibilitat financera global del servei d'interès general o la protecció del medi ambient⁶¹.

(conclusions de la presidència, SN 211/95, punt A.I.1.7).

⁶⁰ Sempre que l'aplicació d'aquestes normes sigui compatible amb les missions d'interès general.

⁶¹ En són un exemple les sentències Corbeau, de 19 de maig de 1993 (assumpte C-320/91,

3. Promoure l'interès general europeu. La integració econòmica d'Europa, basada en el gran mercat i en la política de cohesió econòmica i social dels Estats, ha portat a l'adopció de l'interès general en forma de servei universal (garantint un servei de qualitat a un preu assequible) o d'altres obligacions de servei públic, contribuint als objectius de solidaritat i igualtat de tracte.

Quant als objectius per al futur, la Comissió es mostra favorable a mantenir la competitivitat de l'economia europea, garantint al consumidor una major possibilitat d'eleccions, més qualitat i millors preus. Els serveis d'interès general constitueixen a aquests efectes un factor de cohesió econòmica i social i d'eficàcia econòmica. És per això que, la Comissió pretén fomentar serveis d'interès general a nivell europeu en tres aspectes:

- Aprofitar al màxim les accions engegades cap al mercat interior i la competitivitat europea. La Comissió advoca per continuar amb les polítiques d'obertura dels mercats iniciada en l'àmbit dels serveis econòmics (i, en especial, els serveis en xarxa) i la introducció d'exigències de servei universal ja que han llançat resultats molt positius tant per a les missions d'interès general com per a la competitivitat de l'economia europea en el pla mundial. Aquestes iniciatives han contribuït a la modernització dels serveis, permetent a la Unió Europea aprofitar els avantatges competitius als sectors en els quals s'han implementat les polítiques d'obertura de mercats i a les empreses usuàries obtenir millors serveis a preus més baixos. L'acció continuista de la Comissió es desenvoluparà en virtut de: a) la creació d'instruments d'avaluació del funcionament i resultats i la competitivitat dels serveis d'interès general (sector per sector); b) enfocament gradual i concertat amb els diferents actors, amb inclusió dels consumidors; c) enfocament transparent en base a una comunicació sobre l'aplicació dels procediments de l'article 90.

recopilació I pàg. 2565) i Almelo, de 27 de març de 1994 (assumpte C-392/92, recopilació I, pàg. 1509) i la sentència del Tribunal de Primera Instància de la Comunitat Europea, Ladbroke/Comisión, de 27 d'octubre (assumpte T-32/93, recopilació II, pàg. 1015).

- Reforçar la solidaritat i la coordinació europea. Ja que alguns sectors presenten una dimensió transnacional (per la qual cosa la satisfacció de l'interès general no pot garantir-se de manera òptima a nivell nacional) i que d'altres depenen d'interessos a nivell europeu (per exemple, l'ordenació del territori o la protecció del medi ambient), es proposa l'adopció, per la Unió Europea i en virtut de les seves competències, d'iniciatives que facilitaran la coordinació dels organismes nacionals d'interès econòmic general, per exemple, en matèria de condicions de finançament públic i de sistemes de control.
- Mobilitzar els instruments europeus per potenciar la consecució dels objectius d'interès comú a Europa.

Finalment, la Comissió plantejava introduir al Tractat constitutiu de la Comunitat Europea una referència als serveis d'interès general (afegir una lletra o) a l'article 3, que fos de la següent manera: "Una contribució a la promoció dels serveis d'interès general") com a valor i element clau a tenir en compte en la definició de les accions de la comunitat i en l'elaboració de les seves polítiques.

Les pressions dels sectors polítics, econòmics i intel·lectuals favorables a la preservació d'un àmbit competencial reservat a l'administració pública per la gestió dels serveis públics passen per revisar el Tractat de Maastricht per introduir aquestes nocions, que havien estat expressament apartades en el moment de la seva redacció. Segons les propostes del grup d'experts anomenat "Initiative pour des services d'utilité publique en Europe"⁶². Es tractava, segons els promotors d'aquesta iniciativa, de fer una lectura global dels objectius comunitaris per resituar el dret de la concurrència al mateix nivell que els altres instruments de realització d'aquests objectius comuns. La concurrència no és en si mateixa una finalitat, sinó una eina més de la Unió Europea.

⁶² STOFFAËS, Christian, director de l'obra col·lectiva "L'Europe a l'épreuve de l'intérêt général", elaborada per l'ISUPE i publicada per Éditions ASPE Europe, Paris, gener del 1995.

A partir d'aquests postulats, la tècnica del servei públic passa a ser considerada com un mitjà de regulació més de les activitats econòmiques al si de la Unió, contribuint en peu d'igualtat a l'impuls de les polítiques públiques dissenyades en els Tractats: la cohesió econòmica i social, la protecció dels consumidors, el desplegament de xarxes transeuropees, la protecció del medi ambient, la competitivitat de la indústria europea, entre d'altres. Mentre això no arriba, l'estratègia de defensa dels serveis públics pivota sobre l'aplicació, en aquest àmbit, del principi de subsidiarietat en favor de la normativa estatal, molt més favorable a la defensa del sector empresarial públic i la intervenció estatal en les empreses de serveis, que no pas la sorgida de Brussel·les o bé, fer intervenir el Parlament Europeu en base al procediment de codecisió, quan la Comissió vulgui exercir les potestats de l'article 90.3 TCE.

Podem concloure que del Tractat de Maastricht se'n deriven dues tendències aparentment contraposades: d'una banda, el reforçament de la funció de direcció política dels estats, i d'altra banda, la disminució de la seva capacitat d'intervenció en el terreny econòmic. El buit que deixen els estats se'l reparteixen, per un costat, els òrgans supraestats de nova creació (el Banc Central Europeu entre d'altres), i per altre costat, el sector privat que es veu afavorit per la consagració del principi de la lliure competència.

4. EL TRACTAT D'AMSTERDAM I LA RECERCA DE FÓRMULES DE COMPLEMENTARIETAT ENTRE SERVEIS PÚBLICS I LLIURE COMPETÈNCIA

El Tractat d'Amsterdam, signat el 17 de juny de 1997, tot i que es va aprovar enmig d'un clima favorable al desenvolupament de polítiques públiques capaces de garantir un nivell de benestar mig apte per promoure l'adhesió de la població europea a la nova Europa en construcció, finalment, no va abordar la reforma del Tractat de Maastricht en la línia d'un reconeixement explícit del paper dels serveis públics tal i com es plantejava en els treballs de la Conferència Intergovernamental preparatòria de la revisió del Tractat de Maastricht⁶³.

El Grup de Reflexió creat expressament per a preparar la CIG de 1996 en el seu informe final pel que respecta als serveis públics d'interés general es manifestava d'aquesta manera: "Una majoria preconitza que la CIG examini el reforçament de la noció de servei públic d'interés general, en tant que principi complementari dels criteris de mercat. Cal indicar que en les economies modernes, la prestació de determinats serveis (tals com l'abastament d'electricitat i aigua, els serveis postals, l'ensenyament, la telefonia i algunes formes de transport públic) han de respondre a criteris com la disponibilitat universal, que han de ser garantits en tota circumstància, ja sigui el prestador del sector públic o del privat. Es tracta doncs de protegir l'accés del consumidor i no la naturalesa del prestador"⁶⁴.

Segons alguns membres, el Tractat hauria de contenir disposicions més precises i més completes en relació al rol dels serveis públics i els serveis d'interés general a fi de garantir que la concurrència no afecti a la disponibilitat, la qualitat i la universalitat dels serveis oferts al ciutadà. D'altres estimen que el millor mitjà de servir a l'interés general es mantenir les disposicions existents

⁶³ Veure el dossier "La reforma de l'Europa de Maastricht" elaborat pel patronat Català pro-Europa, Barcelona, 1996.

⁶⁴ "Informe del grupo de reflexión. Otras referencias documentales". Bruselas, diciembre 1995. Coinferencia Intergovernamental, 1996.

del Tractat, que segons ells, asseguruen un equilibri suficient entre la política de concurrència i les necessitats del servei públic⁶⁵. Al seu torn el Parlament Europeu va aprovar, en data 17 de maig de 1995, una "Resolució sobre el funcionament del Tractat sobre la Unió europea en la perspectiva de la Congerència Intergovernamental de 1996" a partir del Rapport Bourlanges - Martin que als efectes que ens interessen deia el següent: "El lloc del servei públic en el marc d'actuació de la Unió Europea hauria d'estar afermat per la introducció de nous articles que definissin la noció i l'àmbit d'aplicació del servei universal garantint a cada ciutadà el dret a un accés igual als serveis d'interés general, així com per disposicions "ad hoc" que tindrien en compte la especificitat de les empreses de servei públic⁶⁶.

En concret proposaven: "L'article 90 CE, així com els articles B TUE, 3G, 100^a CE haurien de ser objecte d'una adaptació adequada cara a preveure derogacions de les regles del tractat i especialment les de la concurrència, degudament justificades per la persecució d'objectius d'interés general tenint en compte singularment el reforçament de la cohesió econòmica i social, el desenvolupament sostenible i la protecció del medi ambient, així com la protecció dels consumidors i dels usuaris. És indispensable inserir en el tractat unes obligacions fonamentals aplicables als serveis públics, i en particular els principis d'accessibilitat, d'universalitat, d'igualtat, de continuïtat, de qualitat, de transparència i de participació. S'hauria d'aprovar una Carta Europea de serveis públics precisant les disposicions incorporades als tractats i preveient la creació d'un observatori europeu encarregat de l'evaluació de les polítiques nacionals i comunitàries en matèria de satisfacció de les necessitats dels ciutadans europeus pels serveis d'interés econòmic general."

Per la seva part, el grup parlamentari dels socialistes europeus va redactar una proposta de Carta europea de serveis públics⁶⁷ que no va arribar a ésser

⁶⁵ Extret de "Service public et droit communautaire", KOVAR, Robert i SIMON, Denys, coordinadors, La Documentation Française, Paris, 1996, pag. 369.

⁶⁶ Veure Service public et droit communautaire p. 365

⁶⁷ Veure "Service public et droit communautaire", p.367.

aprovada. No obstant això, hi ha algunes referències en el Tractat d'Amsterdam que mereixen ser retingudes. El text adoptat a la capital holandesa introdueix en el TCE explícitament la referència a "un alt grau de competitivitat" entre les noves missions de la Comunitat (art. 2 TCE). És una innovació que té el seu origen en una proposició alemanya que volia remarcar el lligam existent entre la competitivitat i "el progrés econòmic i social equilibrat i durador" que figura entre els nous objectius de la Unió (nou article 2, paràgraf primer del TUE)⁶⁸. Així, una dimensió pròpia del dinamisme industrial s'adjunta a la preocupació per l'equilibri econòmic i social segons estima Ricardo Gosalbo⁶⁹.

Dintre del sistema comunitari de protecció de la concurrència, aquesta malgrat el rol fonamental que li és reconegut, no és pas concebuda com un bé absolut, sinó com un mitjà que ha de ser interpretat conjuntament amb la resta d'interessos capitals que donen sentit a la Comunitat. És per aquest motiu que l'obligació de promoure un alt grau de competitivitat es combina a partir d'Amsterdam amb el reconeixement de la importància que tenen atribuïda els serveis d'interès econòmic general dins de la política de la UE. Així, un nou article, el 7D TCE (actualment art.16 d'acord amb la versió consolidada posterior al Tractat d'Amsterdam), ha estat inserit entre els principis comunitaris preveient que: "Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido".

⁶⁸ Aquest estableix que la Unió tindrà com a objecte, entre d'altres: "Promoure el progrés econòmic i social i un alt nivell d'ocupació i aconseguir un desenvolupament equilibrat i sostenible principalment mitjançant la creació d'un espai sense fronteres interiors, l'enfortiment de la cohesió econòmica i social i l'establiment d'una unió econòmica i monetària que implicarà, en el seu moment, una moneda única, conforme a les disposicions del present Tractat".

⁶⁹ GOSALBO BONO, Ricardo, "Les politiques et actions communautaires", Revue Trimestrelle de Droit Européen n° 4, 1997, p. 63.

Es tracta d'una disposició que reflecteix en el seu contingut el compromís al qual van arribar les dues tendències oposades que ja es varen manifestar al si de la Conferència Intergovernamental que precedí la redacció del Tractat. D'una banda, França⁷⁰ recolzada per Bèlgica, amb la coneguda postura de criticar l'excessiu decantament de les regles comunitàries cap al costat del dret de la concurrència i la presumpta postergació dels altres interessos comunitaris en joc, especialment els de caràcter social general a la satisfacció dels quals responen els serveis públics. Aquests estats defensaven el reconeixement d'aquesta tradició jurídica i la conseqüent reforma de l'article 90 TCE per fer del servei públic un principi fonamental del mercat interior, al mateix nivell dels altres elements constitutius de la Unió Europea. D'altra banda, Alemanya amb el suport incondicional d'Holanda, encapçala l'altre grup d'estats que consideren que el text del Tractat ja està bé com està, defensant la postura que la plena interacció entre liberalisme i interès general ha donat, i pot donar encara més en el futur, uns resultats benèfics evidents.

Així doncs, l'article 16 TCE ha esdevingut un principi fonamental del dret comunitari, com reclamaven els francesos, atès que es troba encaixat en la primera part del Tractat i, molt important, hi consta la referència al servei d'interès econòmic general. A tall de recapitulació els principis generals d'ordenació dels serveis públics en un règim de lliure competència queden establerts a partir del Tractat d'Amsterdam de la manera que resumeix Santiago Muñoz Machado ⁷¹:

- a) La regulació continguda al Tractat CE en matèria de competència no s'aplica als serveis d'autoritat i de solidaritat.
- b) Aquests serveis, a més, es corresponen amb àrees d'activitat que estan fora de les atribucions de les institucions comunitàries.

⁷⁰ Veure: el memorandum del govern francès de 17 de març de 1993, el rapport de la Delegació per la Unió Europea de l'Assemblea nacional francesa d'octubre de 1995, la Resolució de l'Assemblea Nacional de França sobre les proposicions i el projecte de directiva comunitaria relativa als serveis públics de desembre de 1995, el Rapport al Primer ministre sobre el servei públic elaborat per la Comissió Denoix de Saint Marc de març de 1996, i les recomanacions del Comissariat General del Pla, op. Cit Service public et droit communautaire pàg. 371 a 382.

⁷¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Servicio público y mercado. Los fundamentos", Editorial Civitas, Madrid, 1998.

- c) Les regles de la competència establertes a l'article 81 i següents s'apliquen a les empreses públiques i als serveis públics de caràcter econòmic, establint-se en l'article 86 la noció de serveis econòmics d'interès general.
- d) El dret comunitari no exclou que les empreses encarregades dels serveis econòmics d'interès general actuïn al mercat dotades d' prerrogatives que les situïn en una situació preferent en relació amb les empreses privades i fora de les regles de la competència.
- e) Aquestes excepcions al principi d'igualtat i les regles de la lliure competència només es justifiquen en la mesura que sigui precís per al compliment de missions d'interès general que les empreses públiques stenen assignades. La classificació d'una activitat com d'interès general i el grau de derogació de les regles de la lliure competència són controlats pels organismes estatals de defensa de la competència i els tribunals de justícia.
- f) Aquest sotmetiment de les empreses públiques a les regles de la competència es correspon també amb els principis constitucionals dels diversos estats membres dins d'una àmplia discrecionalitat.
- g) El dret comunitari, en relació amb els serveis públics econòmics, més que prevenir declaracions generals d'exempció d'activitats del règim comú de la competència per part dels estats, procura l'efectivitat de les missions d'interès general que justifiquen les seves excepcions concretes.
- h) Aquestes missions de serveis públics poden ésser atribuïdes tant a empreses públiques com privades.
- i) Les dues característiques més significatives del règim dels serveis públics establertes pel dret comunitari són la ruptura amb la concepció orgànica del servei i el sotmetiment dels serveis econòmics a les regles de la lliure competència.

5. APROXIMACIÓ A LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA EN RELACIÓ ALS SERVEIS PÚBLICS

La jurisprudència del TJUE ha anat precisant i modulant els conceptes bàsics de la normativa comunitària en relació en tres matèries essencials que han condicionat les activitats gestores i les fórmules organitzatives dels serveis locals: els ajuts d'estat (ja ressenyada anteriormet), als contractes i als serveis econòmics d'interès general. Especialment, en aqueix darrer àmbit, sobre el joc d'interrelacions entre els tres preceptes continguts a l'article 90 del TCE. En concret, l'abast que calia donar a la previsió de l'article 90.2 relatiu a les excepcions de la regla general de la lliure competència en benefici de les empreses públiques per mor del compliment de les missions d'interès general a elles confiades ha estat al centre de nombroses sentències. La interpretació inicial per part del Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha estat molt restrictiva tant a l'hora d'apreciar el reconeixement de la qualificació del "servei econòmic d'interès general", com de les circumstàncies en les que les regles de la competència impedeixen, "de fet o de dret, el compliment de la missió" de servei públic.

A la sentència de 21 de març de 1974, continuada posteriorment per la de 14 de juliol de 1981, exigien expressament un acte enamat de l'autoritat pública per a confirmar l'existència d'una "missió especial". Rebla el clau la sentència d'11 d'abril de 1989 (cas Ahmed Saeed) quan afegeix que no n'hi ha prou amb que existeixi aquesta atribució formal sinó que la mateixa ha de respondre a necessitats efectivament contrastables: "para que con arreglo al apartado segundo del artículo 86 pueda restringirse la aplicabilidad de las normas sobre competencia será preciso que tanto las autoridades nacionales competentes para aprobar las tarifas como los organos jurisdiccionales que conozcan de los litigios relativos a los mismos puedan dterminar cuál es la naturaleza exacta de las necesidades de cumplimiento de una misión general y cuál es su repercusión sobre la estructura de las tarifas aplicadas por las compañías aéreas de que se trata". En la sentencia de 10 de diciembre de 1991 (Puerto de

Génova) se precisa además que de estos requisitos es imprescindible "que el interés de la Comunidad no se vea afectado".

Una primera senyal de flexibilitat i evolució de la seva jurisprudència la trobem en l'afer Bodson, que s'origina arran de la iniciativa del Tribunal de Cassació francès quan va plantejar d'acord amb l'article 177 del Tractat CEE, diverses qüestions prejudicials sobre la interpretació dels articles 37, 85, 86 i 90 del Tractat, amb objecte de determinar la compatibilitat amb dites disposicions d'una regulació nacional de concessió exclusiva de monopolis municipals en matèria de determinats serveis de pompes fúnebres.

Les esmentades qüestions es van suscitar en el marc d'un litigi entre, per una banda, la societat de Pompes fúnebres des régions libérées, filial de la societat Pompes Fúnebres Générales, a qui la ciutat de Charleville-Mézières havia adjudicat a partir de 1972, i amb caràcter exclusiu, la concessió dels serveis exteriors de pompes fúnebres i, per un altre banda, la Sra. Corinne Bodson, que havia efectuat activitats en matèria de serveis exteriors de pompes fúnebres dintre del termini de l'esmentat municipi.

El Tribunal de Justícia considera que correspon a l'òrgan jurisdiccional estatal, francès en aquest cas, efectuar la valoració sobre si existeixen els supòsits de fet que permeten qualificar la situació d'una empresa com de posició dominant, raó per la qual el Tribunal facilita una sèrie de paràmetres a tenir en compte pel tribunal francès que ha de resoldre definitivament la qüestió litigiosa. El TJUE declara també que les entitats públiques. Ja siguin estatals o locals, no poden adoptar mesures contraries a les normes del Tractat previstes en els articles 85 i 86, prohibint expressament que obliguin a les empreses concessionàries a mantenir preus no equitatius imposant aquests preus en virtut d'una clausula del contracte de concessió de servei públic.

Pronunciant-se sobre les qüestions plantejades el Tribunal de Cassació francès, declara en la sentència de 4 de maig de 1988 que:

1) L'article 85 del Tractat no s'aplica als contractes de concessió celebrats entre els municipis, que actuen en qualitat d'Administracions públiques, i les empreses encarregades de la gestió d'un servei públic.

2) L'article 86 del Tractat s'aplica en el supòsit d'un conjunt de monopolis municipals atribuïts mitjançant concessió a un mateix grup d'empreses, de la qual la línia d'acció en el mercat sigui decidida per la societat matriu, en una situació en la que els esmentats monopolis abarquen determinada part del territori nacional i tinguin per objecte els serveis exteriors de pompes fúnebres,

- quan les activitats del grup i la situació de monopoli que les empreses de que es tracti ocupen sobre una part del territori d'un Estat membre tinguin efectes sobre la importació de mercaderies procedents de altres Estats membres o sobre la possibilitat, per a les empreses competidores establertes en aquests Estats membres, de portar a terme prestacions de serveis en el primer Estat membre;

- quan el grup d'empreses ocupi una posició dominant, caracteritzada per una situació de poder econòmic que l'hi faciliti la possibilitat d'obstaculitzar la competència efectiva en el mercat de pompes fúnebres;

- i quan el referit grup d'empreses practiqui preus no equitatius, fins i tot quan el nivell dels esmentats preus vingui fixat per un plec de clàusules administratives i prescripcions tècniques que formi part de les condicions del contracte de concessió.

3) L'apartat 1 de l'article 90 haurà d'interpretar-se en el sentit de que prohibeix que les autoritats públiques imposin a les empreses a les que hi hagi concedit drets exclusius, tals com el monopoli dels serveis exteriors de pompes fúnebres, condicions de preus contraries al disposat per els articles 85 i 86.

Posteriorment, dues Sentències recaigudes en els assumptes "Paul Corbeau", (C-320/91), de 19 de maig de 1993 i "Comuna d'Almelo", (C-393/92), de 27 d'abril de 1994, han obert el camí a una nova lectura dels preceptes de l'article 90 del Tractat (avui art. 106 TFUE) admetent la possibilitat de derogar o restringir les regles de la concurrència en la mesura necessària per permetre el compliment de la missió concreta de servei públic prestat, bé per una empresa,

bé per una administració pública. També s'ha notat en aquestes sentències una aproximació a la concepció del que ha de ser el servei públic d'interès general bastant propera a la noció francesa de servei públic que es basa en els principis d'igualtat, continuïtat, adaptació. En ambdues s'accepta la financiació privilegiada d'un servei públic quan està justificada per la necessitat que les prestacions que s'ofereixen arribin al conjunt dels usuaris.

En la Sentència recaiguda en l'afer "Paul Corbeau" es qüestionava el monopoli legal del servei de correus exercit per la "Règie Royale des Postes Belges" i es plantejava si les presumptes violacions de les regles de la competència per part de la "Règie Royale" estaven legitimades per l'article 90.2 del Tractat. S'analitza, doncs, la compatibilitat d'una reserva monopolista a favor del servei públic de correus amb l'activitat que presta un particular que fa la recollida domiciliària i la distribució de cartes a Liege. Paul Corbeau posseïa una empresa que tenia per objecte la prestació del servei de recollida domiciliària de correu i el seu lliurament al destinatari abans de la una del migdia de l'endemà si un i altre radicaven dins del perímetre de la seva activitat que es limitava a la ciutat belga de Liege i els seus voltants. Es tractava doncs, d'un servei específic, diferent i de més qualitat, que el que oferia el correu ordinari.

El Tribunal de la ciutat va plantejar al TJUE si el monopoli del servei de Correus belga s'havia de sotmetre o no a les normes comunitàries reguladores del dret de la concurrència ja que l'empresa estatal defensava el manteniment d'un gestor únic del servei públic de correus a tot Bèlgica en exclusiva, preservant així la igualtat de tractament de tots els usuaris. El jutge comunitari afronta el problema i parteix del principi d'autofinançament del servei, suposant que les zones rurals seran sempre deficitaries, recorda que el manteniment de la prestació universal i continua haurà de recaure sobre els usuaris de les àrees on hi ha negoci. Constatant que realment la companyia de correus belga tenia al seu càrrec un servei d'interès econòmic general, n'avança una definició: consisteixen " en la obligación de asegurar la recolección, el transporte y la distribución del correo, en beneficio de todos los usuarios, sobre el conjunto del

territorio del Estado miembro, a unas tarifas uniformes y a unas condiciones de calidad similares, sin consideración a situaciones particulares y al grado de rentabilidad económica de cada operación individual”⁷².

En segon lloc es planteja si l’obertura a la competència en algunes zones impediria, de fet o de dret, la missió específica del servei confiada a l’empresa pública : “A los efectos de este examen, hay que partir de la premisa de que la obligación, para el titular de esta misión, de asegurar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación de sectores de actividades rentables a sectores menos rentables y justifica, por ende, una limitación de la concurrencia, por parte de empresarios particulares, al nivel de los sectores económicamente rentables” i en conclou que el compliment d’aquesta finalitat per part de la Règie Royale en justifica l’exclusió de les regles de la competència en aquest marc.

Per fonamentar aquesta conclusió el TJUE afirma que s’ha de demostrar, també, que l’aplicació de les regles de la competència impedien el compliment de la missió d’interès general així identificada. El Tribunal destacà llavors que la competència pot ser restringida si l’equilibri econòmic de l’empresa gestora pot perillar. Així mateix la Sentència explícitament afirma que les empreses hauran de compensar aquells sectors vinculats a obligacions de servei públic, normalment de baixa rendibilitat, amb els beneficis que obtenen en altres camps. En conseqüència, el Tribunal de Justícia estima que aquestes obligacions justifiquen l’exclusió de tota concurrència a fi de permetre a l’operador, titular del dret exclusiu, d’acomplir la seva missió d’interès general amb unes condicions econòmiques acceptables.

Per contra l’exclusió de la competència no es justifica quan es tracta de serveis específics dissociats del servei d’interès general, es a dir complementaris i que no posen en perill l’equilibri econòmic i la continuïtat del primer. El mateix

⁷² JIMENEZ-BLANCO, Antonio, “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)”, Civitas, número 84, octubre-diciembre del 1994.

Tribunal considera que són separables del monopoli del servei postal tradicional algunes prestacions suplementaries que la Régie no ofereix, com per exemple la recollida a domicili, els serveis urgents, els que es poden variar de destinació sobre la marxa, ja que responen a necessitats particulars dels operadors econòmics que van més enllà del servei postal ordinari. En virtut d'aquest posicionament l'empresa del Sr. Paul Corbeau podia continuar prestant el servei de recollida i distribució domiciliària de correu a Liege ja que no afectava el servei d'interès personal que tenia encarregat la Règie Roial des Postes Belges. El Tribunal va remetre al tribunal de Liege la tasca de quantificar i delimitar on comença el servei públic i on les prestacions de superior qualitat susceptibles de ser prestades en règim de lliure concurrència.

L'impacte d'aquesta sentència va ser notori, tal com assenyalen diversos autors que analitzen les conseqüències que se'n deriven. Així, entre nosaltres, Carlos Padrós considera que "s'estableix en definitiva una separació entre serveis essencials i serveis d'interès general. Per aquests últims, no s'admet la reserva monopolista excepte que es pugui demostrar que la prestació privada d'aquest servei posaria en perill l'equilibri econòmic del servei essencial del que es fa càrrec el titular del dret exclusiu".⁷³

Entre el juristes espanyols, cal destacar la conclusió que n'extrau Santiago Muñoz Machado: "Lo más importante de la muy destacada Sentencia Corbeau no es, naturalmente, su conclusión de que en el caso concreto que examinaba el servicio postal complementario no afectaba a la misión de interés general que tenía confiada la Régie de Postes. Lo importante es que el Tribunal de Justicia acepta que las entidades de gestión de servicios públicos que disfrutaban de prerrogativas pueden extender éstas, incluso en sus aspectos económicos y financieros, a sectores complementarios, restringiendo la entrada de empresarios privados, reduciendo por tanto las posibilidades de la

⁷³ PADRÓS REIG, Carlos, "L'activitat econòmica dels ens locals", dins "Règim jurídic dels governs locals de Catalunya", Judit Gifeu i Josep Ramon Fuentes (directors), Editorial Tirant Lo Blanc, 2009, València, pàgina 660.

competència”⁷⁴.

Un any més tard, en la Sentència recaiguda en el recurs nº C. 393/92, de data 27 d’abril de 1994, el mateix Tribunal confirma en relació a la distribució pública d’energia elèctrica, que l’execució d’un servei d’interès econòmic general pot prevaler sobre les regles de la concurrència. El contenciós tractava sobre la distribució d’electricitat, especialment sobre una clàusula de compra exclusiva, de la que es beneficiava una companyia holandesa d’àmbit regional. L’Ajuntament d’Almelo i altres distribuïdors locals d’energia elèctrica s’oposaven a determinades condicions imposades per l’empresa regional encarregada en règim de monopoli del subministrament d’electricitat. L’empresa IJM era la que subministrava l’electricitat al municipi d’Almelo alhora que també ho feia als usuaris de zones rurals veïnes. Els distribuïdors locals, com a contrapartida, quedaven lligats a l’empresa regional mitjançant un contracte exclusiu que els prohibia l’importació d’electricitat altrament. Una de les clàusules que s’impugnava per part de l’ajuntament d’Almelo també era el cànon suplementari que compensava les pèrdues que l’empresa suportava en les àrees rurals.

Aplicant al cas els criteris extrets de la Sentència “Paul Corbeau” el Tribunal conclou que la referida empresa té al seu càrrec un servei d’interès econòmic general en la mesura que “ha de assegurar el suministro ininterrumpido de electricidad en el territorio de la concesión para cuantos lo soliciten, empresas locales de electricidad o consumidores finales, en las cantidades requeridas en cada momento, con tarifas unitarias y en condiciones que solo pueden diferenciarse por razones objetivas”.

En aquestes condicions doncs, les restriccions a la concurrència han de ser admeses, en la mesura que esdevenen necessàries per a permetre a l’empresa encarregada d’aquest servei públic d’interès general poder prestar-lo adequadament. El Tribunal remet a la jurisdicció de cada estat en concret per determinar si la clàusula restrictiva de la competència és necessària pel

⁷⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago, op cit., pàgina 199.

compliment de la missió d'interès general que l'empresa gestora té encarregada. La restricció es admissible si es demostra que l'equilibri econòmic del servei perilla tenint en compte els costos mediambientals, de seguretat i d'altres que ha de suportar el gestor del servei.

“Pero lo que más interesa – assenyala Muñoz Machado⁷⁵- a efectos de este análisis es que, reiterando la doctrina Corbeau, alude al artículo 86.2, y se remite al órgano jurisdiccional nacional para que examine si la restricción a la libre competencia es necesaria para ganatizar la misión de interés general. A los efectos de esta valoración, ofrece la sentencia un criterio: “es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costers que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentre sometida”.

De la lectura d'aquestes dues sentències es desprèn una aproximació als principis fonamentals de la concepció francesa de servei públic: universalitat, continuïtat, igualtat dels usuaris i un pas endavant en la direcció d'establir un servei mínim capaç de donar prestacions conforme a uns criteris comuns definits amb anticipació. En resum, a partir de la interpretació jurisprudencial de l'article 90, el TJUE n'ha extret tres conclusions bàsiques:

- a) la submissió, d'entrada, dels serveis públics a les regles de la concurrència comunitària.
- b) les úniques excepcions a les regles de la concurrència en favor dels serveis d'interès econòmic general són les estrictament delimitades pel Tribunal.
- c) la confirmació de les facultats de supervisió de la Comissió Europea exercides en virtut de l'article 86.3 TCE.

⁷⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago, op cit, pàgins 200.

En paraules de Carlos Padrós: "Així, s'especifica que el monopoli o les restriccions anticompetitives sols són justificables si es demostra que econòmicament és imprescindible organitzar el servei de manera exclusiva i excloent, per tal de poder garantir l'interès general que es persegueix. Després del sedàs del TJCE, doncs, la monopolització de serveis locals es pot produir sols en els casos on un estudi econòmic demostrï la impossibilitat d'un marc competitiu per la provisió dels ervei. També cal posar èmfasi en el fet que aquesta jurisprudència ha obert la porta a l'anomenada deagregació dels erveis públics o el que és el mateix, a la fragmentació del contingut de les prestacions en diferents unitats d enegoci, per tal d'aïllar aquelles essencials dins el que passa a ser el servei universal. El servei universal pot considerar-se com el nucli dur de la prestació, resistent al mercat competitiu. En canvi, tot allò que quedi fora d'aquest nucli essencial, no admetrà restriccions injustificades als mecanismes de lliure mercat.

Per tant, queda clar des de la perspectiva de la Comissió Europea que la definició d'un servei d'interès general no implica sempre la titularitat pública de la gestió del mateix. Tot i que per definició el mercat per si sol no s'encarregaria de subministrar aquestes prestacions, això no vol dir que s'hagi d'eliminar qualsevol mecanisme de mercat per l'organització del servei. Al final, la pluralitat d'operadors o el finançament dels serveis d'interès general poden ser la millor manera de garantir la qualitat i el preu assequible. En definitiva, es demostra com el respecte a les normes d ela competència i les llibertats inherents al mercat únic són plenament compatibles amb la garantia de la prestació de serveis públics.

Tal com recull la comunicació esmentada, els Estats membres són responsables de definir allò que considerin com serveis d'interès general. Aquesta definició sols pot estar sotmesa al control dels errors manifestos. En àrees que no estiguin cobertes especialment per una normativa comunitària, els Estats membres gaudeixen d'un ampli marge per a definir les seves polítiques. Si s'ha de considerar que un servei és d'interès general i la manera en què ha de

prestar-se són aspectes que es decideixen sobretot a nivell local. El paper de la Comissió és el de vetllar perquè els mitjans utilitzats siguin compatibles i coherents amb el dret comunitari. En altres paraules, la decisió de l'establiment d'un servei i la seva forma de gestió queda en mans de les autoritats locals, però s'ha de poder justificar que la concessió de drets exclusius o especials no excedeixen d'allò necessari per garantir la prestació del servei.⁷⁶

A partir d'aquests principis bàsics, el TJUE exerceix un control creixent sobre les empreses i els serveis públics que abasta els següents camps:

- a) el control dels actes d'aplicació del dret de la concurrència als serveis públics,
- b) el control dels actes d'atribució de drets especials o exclusius a les empreses,
- c) el control de l'eventual abús de posició dominant per part de les empreses gestores,
- d) el control de la "vis expansiva" dels monopolis,
- e) la distinció entre les activitats de reglamentació i les d'explotació,
- f) la consagració d'un poder normatiu autònom en favor de la Comissió Europea.

Aquest conjunt jurisprudencial ha condicionat el desenvolupament de les potestats d'autoorganització de les administracions públiques i la normativa de contractes del sector públic han incidit sobre les formes organitzatives que les entitats locals poden adoptar a l'hora de prestar els serveis públics que tenen encomanats.

La consolidada jurisprudència del TJUE, coneguda com a jurisprudència *Teckal S.r.l.*,⁷⁶ entenia que per tal que la relació entre una administració i un altre ens fos considerada una relació "house-in" o interna era necessari que concorreguessin essencialment dos requisits, és a dir, que (i) l'ens administratiu que encomana una prestació a un altre ens administratiu exerceixi sobre aquest un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i (ii) que l'ens a qui s'encarrega la prestació realitzi part essencial de la seva activitat amb l'ens

⁷⁶ PADRÓS REIG, Carlos, op. cit, pàgina 662

que la controla.

Amb posterioritat, la jurisprudència del TJUE ha continuat, amb caràcter general, la línia iniciada per l'Assumpte *Teckal, S.r.l.* i per valorar si una relació podia ser considerada interna o "*house-in*", ha mantingut l'exigència dels dos requisits previstos al referit Assumpte. L'única precisió innovadora de la jurisprudència del TJUE i que cal remarcar s'ha produït entorn al concepte de control, concepte que les seves Sentències en els Assumpes C-458/03, C-410/04 i C-340/043, entre d'altres, s'han encarregat de precisar i restringir.

En l'assumpte c-340/043 (Carbotermo SpA i Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio) relatiu a una petició de qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Administratiu Regional de la Lombardia (Itàlia) que versa sobre quins requisits ha de complir l'adjudicació d'un contracte públic per ser considerada una adjudicació "cuasi interna", i d'aquesta forma no quedar compresa en la Directiva 93/36. Es tracta d'un nou procediment centrat en l'interpretació i aplicació dels criteris desenvolupats en la sentència *Teckal* i parcialment ampliat en la sentència *Stadt Halle i RPL Lochau* dictada l'onze de gener de 2005. Els fets es remunten a l'any 2003 quan el municipi de Busto Arsizio va convocar la licitació relativa al subministrament d'energia, així com la gestió i manteniment de les instal·lacions tèrmiques municipals. Posteriorment el municipi va decidir suspendre el procediment de licitació per adjudicar-lo directament a AGESP, una empresa controlada al 100% per AGESP Holding SpA, la qual al seu torn és una societat anònima el capital de la qual pertany al 99,98 % al municipi i la resta a d'altres ajuntaments de la mateixa província. Així les coses l'òrgan jurisdiccional va plantejar al TJCE dues qüestions prejudicials:

- 1) Resulta compatible amb la Directiva 93/36/CEE l'adjudicació directa del contracte relatiu al subministrament de combustible per a les instal·lacions tèrmiques d'edificis que són propietat del municipi o sobre els que aquest té competència, així com la corresponent gestió, conducció i manteniment a una societat anònima el capital de la qual pertany en la seva totalitat a una

altra societat anònima, de la qual el municipi adjudicador és, a la vegada, soci majoritari o bé a una societat (AGESP) que no està participada directament per l'entitat pública, sinó per una altra societat (AGESP Holding) el capital de la qual posseeix actualment l'administració pública en en 99,98 % ?.

- 2) Ha de comprovar-se, aplicant l'article 13 de la Directiva 93/38/CEE el requisit que l'empresa a la qual s'hagi adjudicat directament el contracte de subministrament realitzi la part essencial de les seves activitats amb l'entitat pública que la controla, i pot considerar-se que es compleix aquest requisit en el supòsit que la referida empresa obtingui la major part dels seus ingressos de l'entitat controladora, o en cas alternatiu, en el territori de la propia entitat ?.

Aqueixa determinació emanada de les directives comunitàries va quedar confirmada per la Sentència 11 de gener 2005 del Tribunal de Justícia. El cas en concret va venir originat pel fet que una mancomunitat de municipis de la "Reggio Emilia" italiana denominada "Azienda Gas-Acqua Consorziale" (AGAC) constituïda per a la prestació de serveis relacionats amb l'energia i el medi ambient, va rebre l'encarrec per part d'un dels municipis mancomunats (el de Viano, amb un percentatge de participació del 0'9 % en l'assemblea, els beneficis i les pèrdues de la mancomunitat) de gestionar les instal·lacions de calefacció dels edificis municipals sense cap procediment de licitació. Davant aquesta situació una empresa privada denominada Teckal dedicada al manteniment i subministre d'instal·lacions de calefacció interposa un recurs davant el Tribunal Administratiu Regional corresponent contra el municipi de Viano i l'AGAC per mor de l'acord subscrit entre ambdues entitats, al·legant que el municipi hauria d'haver utilitzat els procediments d'adjudicació de contractes públics previstos en la normativa comunitària. L'òrgan jurisdiccional italià va entendre que la solució del litigi sotmés a la seva consideració exigia interpretar amb caràcter prejudicial l'article 6 d'ela Directiva 92/50, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis, que exclou del seu àmbit d'aplicació els contractes públics adjudicats, en determinades

condicions, a entitats adjudicatadores. I així ho va plantejar davant el TJUE.

El Tribunal considera que és precís interpretar les disposicions de la Directiva 93/36, relativa a la coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes públics de subministrament, que no conté cap mena d'excepció, enlloc de la Directiva 92/50. A la vista de l'article 1, lletra a) de la Directiva 93/36 existeix contracte de subministrament si es formalitza per escrit, a títol onerós, i té per objecte la compra de productes convinguda entre un ens territorial i una persona jurídica distinta d'aquest. L'apartat 50 de la sentència especifica que només pot ser d'una altra manera en el supòsit de que, a la vegada l'ens territorial exerceixi sobre la persona de que es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i aquest persona exerceixi la part essencial de la seva activitat amb l'ens que la controla.

Ara bé, en la mateixa Sentència d'11 gener de 2005, i fent-se ressò de la doctrina sobre els denominats contractes interns o *in house providing* continguda en sentències anteriors, el TJUE admet que una autoritat pública que és alhora entitat adjudicadora té la possibilitat de realitzar les tasques d'interès públic que li corresponen amb els seus propis mitjans administratius, tècnics i de qualsevol altre tipus, sense veure's obligada a recórrer a entitats externes i alienes als seus serveis i que, en aquest cas, no existirà un contracte a títol onerós i, per tant, no s'hauran d'aplicar les normes comunitàries en matèria de contractes públics. A aquests efectes, afegeix el Tribunal que les circumstàncies que justifiquen l'exclusió de la normativa de contractes són que l'encàrrec es formalitzi entre un poder adjudicador i una entitat formalment diferent però sobre la que exerceixi un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i, a més, que l'entitat vinculada realitzi la part essencial de la seva activitat amb l'autoritat o les autoritats públiques que la controlen.

Adicionalment, el Tribunal recorda que, d'acord amb l'objectiu principal de les normes comunitàries en matèria de contractes públics –això és, la lliure circulació de béns i de serveis i la seva obertura a la competència no falsejada

en tots els estats membres-, qualsevol excepció a l'obligació d'aplicar les normes comunitàries de contractes –com és la qualificació d'una relació onerosa com a contracte intern o *in house* providing- ha d'interpretar-se de manera estricta. Finalment, el Tribunal precisa que la participació, encara que sigui minoritària, d'una empresa privada en el capital d'una societat en la qual participa també l'entitat adjudicadora exclou, en qualsevol cas, que aquesta entitat adjudicadora pugui exercir sobre la societat participada un control anàleg al que exerceix sobre els seus serveis.

Aquesta mateixa doctrina es torna a recollir en la més recent Sentència del TJCE de 10 de novembre de 2005 (Assumpte C-29/2004, comissió Europea contra la República d'Àustria), on es declara l'incompliment de la República d'Àustria per haver adjudicat un contracte públic de serveis sense seguir el procediment de licitació pública previst en la normativa comunitària de contractes. Concretament, el TJUE considera en aquest cas que, tot i que en el moment en què s'adjudica el contracte es donen els requisits que permeten excloure l'aplicació de la normativa comunitària (és a dir, que l'entitat pública exerceix sobre l'empresa pública un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i que l'empresa realitza la part essencial de la seva activitat amb l'autoritat pública que la controla), del fet que poc després de l'adjudicació es cedeixi el 49% del capital social de l'empresa adjudicatària a una empresa privada i que l'empresa adjudicatària passi a ser operacional només després de dita cessió, se'n dedueix que el que realment s'ha produït és una construcció artificial que dona com a resultat l'adjudicació a una empresa d'economia mixta d'un contracte públic sense licitació prèvia.

El Tribunal torna a declarar en aquesta Sentència que la participació, encara que sigui minoritària, d'una empresa privada en el capital social d'una societat en la que participa també l'entitat adjudicadora exclou en qualsevol cas que dita entitat pugui exercir sobre aquesta societat un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i, en conseqüència, la possibilitat de realitzar un contracte intern exclòs de l'aplicació de la normativa comunitària. Considera en

aquest sentit el Tribunal que l'adjudicació d'un contracte a una empresa d'economia mixta sense haver-se seguit el procediment de licitació pública *"perjudica l'objectiu de què existeixi una competència lliure i no falsejada i el principi d'igualtat de tracte dels interessats ja que aquest procediment atorgaria a una empresa privada que participa en el capital de l'esmentada empresa una avantatge en relació amb els seus competidors"*.

6. EL PROJECTE DE CONSTITUCIÓ EUROPEA I LA PROPOSTA DE DIRECTIVA BOLKESTEIN

1. Arran d'un mandat del Consell Europeu reunit a Laeken els dies 14 i 15 de gener del 2001 es va convocar una Convenció sobre el futur d'Europa, presidida per Valery Giscard d'Estaing, amb l'encàrrec de redactar un projecte de tractat pel qual s'estableix una Constitució per Europa. El text de la proposta fou lliurat a Roma el 18 de juliol del 2003 després d'un llarg i participatiu debat en el qual varen intervenir nombrosos agents socials, econòmics i polítics, també des de Catalunya⁷⁷. El fet que se superposessin en el temps la controvèrsia generada⁷⁸ arran dels treballs de l'anomenada "*Directiva Bolkestein*" amb la tramitació del Tractat pel qual s'establí una Constitució per a Europa⁷⁹ va afectar de manera determinant el projecte constitucional que incorporava la regulació de la llibertat d'establiment (art. III-137 a 143) i de la llibertat de prestació de serveis (art. III-144 a 150). L'argumentació contra l'espantall del "*lampista polonès*"⁸⁰ va ser un dels elements determinants perquè la República francesa rebutgés, en referèndum celebrat el 29 de maig de 2005, ratificar el projecte constitucional (com també va succeir a Holanda en el referèndum de 1 de juny del mateix any, bé que per motius diferents a la barreja de proteccionisme jacobí i demagògia antiliberal que van donar la victòria al "no" francès).

En síntesi, el projecte de Constitució millorava la naturalesa democràtica de la Unió Europea, ampliava les competències del Parlament Europeu (generalitzant la fórmula de la codecisió amb la Comissió Europea), simplificava els procediments administratius i legislatius i clarificava els papers respectius de la UE i els Estats membres. Significativament especificava un sistema integrat

⁷⁷ La convenció catalana per al debat del futur de la UE va presentar 80 propostes recollides en un llibre editat pel Patronat Català proeuropa, Barcelona 2003.

⁷⁸ Al diari *Le Monde* del 16 de gener DEL 2004, només tres dies després de fer-se pública la proposta de Directiva de Serveis, Rafaële Rivais iniciava la línia argumental antiBolkestein amb un article titulat "*Le Parlement européen dit non aux services publics à la française*".

⁷⁹ Tractat de Lisboa pel que es modifiquen el Tractat de la UE i el Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea

⁸⁰ El lampista polonès o "*le plombier polonais*" http://fr.wikipedia.org/plombier_polonais és una expressió popular que va sintetitzar a França el rebuig al projecte polític constitucional europeu la primavera de 2005.

d'actes jurídics de les diverses institucions regulades en el Tractat: la llei europea, la llei marc europea, el reglament europeu, les recomanacions i els dictàmens.

Aparentment només incloïa uns quants articles directament relacionats amb els serveis públics i la lliure competència, però realment eren una de les qüestions subjacents al conjunt del projecte, això sí, sota denominacions diverses. Específicament, només hi ha un article, (el III-238 relatiu als transports, (amb un redactat que subsisteix provinent del Tractat fundacional), que empra literalment l'expressió serveis públics per a autoritzar els Estats a aportar les ajudes que responguin a les necessitats de coordinació dels transports "o que corresponguen al reemborsament de certes obligacions inherents a la noció de servei públic". A la resta del text la terminologia utilitzada és la referida als serveis d'interès econòmic general. Així, cal parar compte a la redacció adoptada en els següents preceptes:

A la Part I, dins el Títol I, de la definició i els objectius de la Unió, l'article I-3.2, que tracta específicament dels objectius estableix: "La Unió oferirà als seus ciutadans un espai de llibertat, seguretat i justícia sense fronteres interiors i un mercat en què la competència sigui lliure i no estigui falsejada".

Dins el Títol III, de les competències de la Unió, l'article I-13 enumera els àmbits de competència exclusiva entre els quals destaca l'apartat 1.b) que reserva a la UE "l'establiment de les normes sobre competència necessàries per al funcionament del mercat interior". I l'article I-14, dedicat als àmbits de competència compartida entre la UE i els Estats membres n'assenyala dues: 2.a) "el mercat interior", i 2.c) "la cohesió econòmica, social i territorial".

A la Part II, que incorpora la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió, inclou dins del Títol IV, dedicat a la solidaritat, l'article II-96 relatiu a l'accés als serveis d'interès econòmic general: "La Unió reconeix i respecta l'accés als serveis d'interès econòmic general, tal com disposen les legislacions i pràctiques

nacionals, de conformitat amb la Constitució, a fi de promoure la cohesió social i territorial de la Unió". La consagració d'un precepte amb aquest contingut demostrava la voluntat de donar rang constitucional als serveis d'interès econòmic general considerant l'accés als mateixos com un dret fonamental per a tots els ciutadans comunitaris respectant, però, la diversa configuració que cada Estat membre els atorgui en el seu ordenament intern.

Pel que fa a la Part III, relativa a les polítiques i el funcionament de la Unió, l'article III-122 estableix: "Sense perjudici dels articles I-5, III-166, III-167 i III-238, i atès el lloc que ocupen els serveis d'interès econòmic general com a serveis als quals tots concedeixen valor en la Unió, així com el seu paper en la promoció de la cohesió social i territorial d'aquesta, la Unió i els Estats membres, dins de les seves competències respectives i en l'àmbit d'aplicació de la Constitució, vetllaran perquè aquests serveis funcionin d'acord amb els principis i en condicions, econòmiques i financeres en particular, que els permeten complir la seua comesa. Aquests principis i condicions s'establiran mitjançant una llei europea, sense perjudici de la competència dels Estats membres, dins del respecte a la Constitució, per a prestar, encarregar i finançar aquests serveis."

Aquest precepte conté una de les novetats més importants de tot el projecte constitucional, ja que si bé té com a precedent l'article 16 del Tractat de la Comunitat Europea, en aquest article hom pretenia introduir dues innovacions: pel que fa al funcionament dels serveis d'interès econòmic general s'afegeix la precisió d'esmentar específicament les condicions econòmiques i financeres dels mateixos, i a més es preveu l'aprovació d'una llei europea relativa als serveis d'interès econòmic general.

Al Títol III d'aquesta Part, dedicat a les polítiques i accions internes hi ha el Capítol I dedicat al mercat interior. Doncs, a la Secció 2, relativa a la lliure circulació de persones i serveis hi figura la subsecció 3 íntegrament dedicada a la llibertat de prestació dels serveis que comprèn els articles III-144 a III-150.

L'article III-144 diu textualment: En el marc de la present subsecció, quedaran prohibides les restriccions a la lliure prestació de serveis dins de la Unió per als nacionals dels Estats membres establerts en un Estat membre diferent del destinatari.

La llei o la llei marc europea podrà estendre el benefici de les disposicions de la present subsecció als prestadors de serveis que siguin nacionals d'un tercer Estat i estiguin establerts en la Unió."

Per la seva part, l'article III-145: "Als efectes de la Constitució, es consideraran com a serveis les prestacions realitzades normalment a canvi d'una remuneració, en la mesura que no es regeixin per les disposicions relatives a la lliure circulació de persones, mercaderies i capitals.

Els serveis comprendran, en particular:

- a) activitats de caràcter industrial,
- b) activitats de caràcter mercantil,
- c) activitats artesanals,
- d) activitats pròpies de les professions liberals.

Sense perjudici de la subsecció 2 relativa a la llibertat d'establiment, per realitzar la prestació d'un servei al prestador podrà exercir temporalment la seva activitat en l'Estat membre en què es realitzi la prestació, en les mateixes condicions que imposi aquest Estat als seus propis ciutadans."

Aquest precepte es completava amb la previsió continguda a l'article III-148 segons el qual: "Els Estats membres s'esforçaran per procedir a una liberalització dels serveis més àmplia que l'exigida en virtut de la llei marc europea adoptada en aplicació de l'apartat 1 de l'article III-147, si la seva situació econòmica general i la del sector afectat li ho permeten. La Comissió dirigirà recomanacions a aquest efecte als Estats membres."

I finalment, a la Secció 5 dedicada a les normes sobre la competència, s'hi inclouen dues Subseccions: la 1, relativa a les disposicions aplicables a les empreses (articles III-161 a III-166) i la 2, relativa a les ajudes atorgades pels

Estats mebres (articles III-167 a III-169), que consolidaven la normativa i la jurisprudència profusament i detalladament elaborada al llarg de les dues dècades precedents. Tot reforçant les potestats inspectores de la Comissió per investigar els casos de suposada infracció d'aqueixos principis.

L'article III-161.1 estableix: "Seran incompatibles amb el mercat interior i quedaran prohibits tots els acords entre empreses, les decisions d'associacions d'empreses i les pràctiques concertades que puguin afectar el comerç entre els Estats membres i que tinguin com a objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència dins del mercat interior i, en particular, els que consisteixin a:

- a) fixar directament o indirectament els preus de compra o de venda o altres condicions de transacció;
- b) limitar o controlar la producció, el mercat, el desenvolupament tècnic o les inversions;
- c) repartir-se els mercats o les fonts d'abastiment;
- d) aplicar a tercers contractants condicions desiguals per a prestacions equivalents, que els ocasionin un desavantatge competitiu;
- e) subordinar la celebració de contractes a l'acceptació, pels altres contractants, de prestacions suplementàries que, per la seva naturalesa o segons els usos mercantils, no guardin cap relació amb l'objecte d'aquests contractes."

L'article III-162: "Serà incompatible amb el mercat interior i quedarà prohibida, en la mesura que pugui afectar el comerç entre els Estats membres, l'explotació abusiva, per part d'una o més empreses, d'una posició dominant en el mercat interior o en una part substancial d'aquesta.

Aquestes pràctiques abusives podran consistir, particularment, a:

- a) imposar directament o indirectament preus de compra, de venda o altres condicions de transacció no equitatives;
- b) limitar la producció, el mercat o el desenvolupament tècnic en perjudici dels consumidors;

- c) aplicar a tercers contractants condicions desiguals per a prestacions equivalents, que els ocasionen un desavantatge competitiu;
- d) subordinar la celebració de contractes a l'acceptació, pels altres contractants, de prestacions suplementàries que, per la seva naturalesa o segons els usos mercantils, no guarden cap relació amb l'objecte d'aquests contractes."

L'article III-166.1: "Els Estats membres no prendran ni mantindran, respecte de les empreses públiques i de les empreses a què concedeixin drets especials o exclusius, cap mesura contrària a la Constitució, en particular a l'apartat 2 de l'article I-4 i als articles III-161 a III-169.

2. Les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general o que tinguin el caràcter de monopoli fiscal estaran subjectes a les disposicions de la Constitució, en particular a les normes sobre competència, en la mesura que l'aplicació d'aquestes disposicions no impedeixi, de fet o de dret, el compliment de la missió específica que se'ls confia. El desenvolupament del comerç no haurà de veure's afectat de forma contrària a l'interès de la Unió.

3. La Comissió vetllarà per l'aplicació del present article i adoptarà, segons sigui necessari, els reglaments o les decisions europeus apropiats."

Aquest precepte, tot i no ésser estrictament una novetat sinó que més aviat reflecteix la jurisprudència del TJCE sobre la possibilitat, justificada i excepcional, segons la qual els serveis econòmics d'interès general poden escapar a la regla general de la lliure competència. Constitucionalitzant aquesta solució hom pretenia donar un pas decisiu per a establir una fórmula d'equilibri entre les prioritats consubstancials als serveis d'interès econòmic general que poden justificar la seva prioritat i el principi constitucional de llibertat de mercat.

Tot recapitulant allò apuntat fins ara sobre aquest nonat text constitucional hom pot concloure que reflecteix el punt d'evolució al qual ha arribat la dialèctica que ha acompanyat des del mateix moment de creació de l'Europa comunitària, l'any 1958, entre serveis públics i lliure competència. I que no és un projecte inclinat

arbitràriament cap a postulats ultraliberals com se'l va qualificar durant la campanya a escala continental que els sectors contraris a la seva promulgació van menar fins a assolir el bloqueig de la iniciativa. Ans al contrari, al llarg del text constitucional a més dels articles específicament ressenyats amb anterioritat hom tracta profusament dels serveis públics no estrictament de caràcter mercantil, com el dret a l'educació (article II-74), el dret a l'accés als serveis socials (article II-94) o l'accés a l'atenció sanitària (article II-95). Aquesta constitució frustrada de fet era un marc general prou flexible com per encabir-hi els diferents ordenaments jurídics estatals d'una manera no contradictòria. Certament, consolida la preeminència de l'economia de lliure mercat però aquesta confirmació no deroga els serveis públics sinó que obliga a que s'adequïn a les regles de la competència dins d'un sistema global de cohesió social i territorial.

2. Amb posterioritat al Tractat d'Amsterdam el capteniment de les institucions comunitàries respecte dels serveis públics ha anat evolucionant. El Consell Europeu de Lisboa, celebrat els dies 23 i 24 de març del 2000, va aprovar una estratègia de reformes orientades a convertir l'economia europea en una de les més competitives del món. Amb aquesta finalitat hom va considerar fonamental que, al mercat interior, es prenguin efectivament en consideració les normes del Tractat relatives als serveis d'interès econòmic general i a les empreses encarregades de la prestació dels esmentats serveis. En conseqüència, el Consell va sol·licitar a la Comissió que actualitzés la seva Comunicació de 1996 sobre aquesta mateixa qüestió. La Comunicació sobre els serveis d'interès econòmic general a Europa de l'any 2000⁸¹ es fa ressò de la importància adquirida per aquests entre els valors comuns de la Unió Europea, amb la introducció pel Tractat d'Amsterdam del nou article 16 del Tractat CE, una pretensió per la qual advocava la Comunicació anterior, així com el seu paper en la promoció de la cohesió econòmica, social i territorial. A més a més tals serveis contribueixen a la competitivitat general de l'economia europea i són prestats en un context de mercats i tecnologies en contínua evolució, la qual

⁸¹ Comunicació de 20 de setembre del 2000, COM (2000), 580 final, DOCE de 19 de gener de 2001

cosa fa que les necessitats dels usuaris també s'hagin desenvolupat a ritme accelerat.

Aquesta nova Comunicació considera que les definicions, els punts de vista i els objectius fixats en la Comunicació de 1996 continuen essent vàlids, reiterant que la definició concreta de quins són els serveis d'interès general i la seva forma de prestació correspon a les autoritats competents (a nivell local, regional o nacional)⁸² i que la Comunitat ha de vetllar perquè el rendiment d'aquests serveis (en relació amb qualitat i preu) satisfaci el millor possible les necessitats dels usuaris i els ciutadans en general. Amb aquesta finalitat, els poders públics han d'actuar amb transparència, establint amb certa precisió quines són les necessitats dels destinataris dels serveis d'interès general, qui és responsable de determinar i fer complir les obligacions corresponents. A criteri de la Comissió, els serveis d'interès econòmic general es distingeixen dels serveis ordinaris en què els poders públics consideren que s'han de prestar fins i tot quan el mercat no tingui suficients incentius per fer-ho. En aquests casos, els poders públics poden establir prestacions de serveis en forma d'obligacions de servei d'interès general concedint, en contraprestació a la imposició d'aquestes obligacions, drets especials o exclusius o instaurant mecanismes específics de finançament.

Pel que fa als sectors en els quals ja s'havien adoptat mesures a escala comunitària, la Comunicació conté informació sobre la repercussió positiva que aquestes han tingut sobre la disponibilitat, qualitat i assequibilitat dels serveis d'interès general. Els resultats obtinguts mostren que la normativa sobre competència i mercat interior són totalment compatibles amb un elevat nivell de prestació de serveis d'interès general. Encara així, pot ocórrer que les forces del mercat no siguin suficients per prestar satisfactòriament els serveis en qüestió. En aquest supòsit, les autoritats podran encomanar a determinats operadors de serveis unes obligacions d'interès general concedint-los, quan

⁸² L'elecció de diversos mitjans per a un mateix servei no pot considerar-se una contradicció, sino una característica bàsica de l'eficiència. Aquesta elecció es farà tenint en compte les característiques tècniques i econòmiques del servei, les necessitats específiques dels usuaris i l'especialitat cultural i històrica de cada Estat membre.

sigui necessari, drets especials o exclusius i/o establint un mecanisme de finançament per a la prestació d'aquells serveis. Així doncs, malgrat els aspectes positius de la liberalització, s'ha plantejat certa inquietud sobre la possibilitat d'una disminució de la qualitat dels serveis d'interès general: "Partiendo de esta inquietud, los proveedores tradicionales y los poderes públicos que los apoyan reivindican que la aplicación del derecho comunitario podría poner en peligro las estructuras de prestación de tales servicios, que han probado su valía durante mucho tiempo, y con ellas la calidad de los servicios prestados al público. En cambio, los proveedores del sector privado competidores afirman que la situación actual confiere una ventaja injusta a la organización encargada por los poderes públicos de prestar tales servicios e infringe el derecho comunitario⁸³".

En aquest context, la Comunicació pretén aportar una major clarificació de les respectives funcions dels poders públics (en els seus diferents nivells) i de les normes sobre competència i mercat interior. La seva finalitat és, doncs, la de proporcionar major seguretat jurídica per als operadors, clarificant l'abast i els criteris d'aplicació de les disposicions sobre competència i mercat interior aplicades als serveis d'interès general: aquestes normes seran d'aplicació sempre que les activitats de les quals es tracti siguin de caràcter econòmic i afectin el comerç entre Estats membres.

La Comunicació dedica la Secció Tercera a clarificar l'aplicació de les normes de competència i del mercat únic als serveis d'interès general. D'acord amb la Comissió, els serveis d'interès econòmic general es distingeixen dels serveis ordinaris en què els poders públics consideren que s'han de prestar fins i tot quan el mercat no tingui suficients incentius per fer-ho. En aquests casos, els poders públics poden establir prestacions de serveis en forma d'obligacions de servei d'interès general concedint (encara que no necessàriament), en contraprestació a la imposició d'aquestes obligacions, drets especials o exclusius

⁸³ Comunicació de 20 de setembre del 2000, COM (2000), 580 final, DOCE 19 gener del 2001, Introducció, paràgraf 5, final.

o instaurant mecanismes específics de finançament.

Per permetre el compliment satisfactori de la missió d'interès general, els poders públics poden valer-se de diverses opcions o alternatives: a) les obligacions d'interès general poden ser imposades pels poders públics a tots els operadors d'un mercat, o bé a un número limitat d'ells o a un de sol, sense que els poders públics els concedeixin drets especials o exclusius, a fi de facilitar una major competitivitat i aconseguir que els usuaris mantinguin la màxima llibertat en l'elecció del prestador dels serveis; b) alguns serveis d'interès general, tanmateix, no poden ser prestats per una pluralitat (per exemple, per no ser econòmicament viable). En aquest cas, els poders públics atribueixen drets exclusius i especials de prestació del servei, atorgant concessions per temps limitat a través de procediments de licitació; c) els poders públics poden combinar l'atribució d'una missió concreta de servei públic a un sol operador o a un número limitat d'operadors amb la concessió o el manteniment de drets especials o exclusius a favor d'aquest o aquests.

La Comissió considera que el compliment de les disposicions del Tractat CE, especialment les de competència i mercat interior, és totalment compatible amb la garantia de la prestació de serveis d'interès general. L'article 86 del Tractat, en particular l'apartat 2n, es considera la norma fonamental per compaginar els objectius comunitaris (entre els quals s'inclouen la llibertat de competència i de mercat interior) amb el compliment efectiu de la missió d'interès econòmic general encomanada pels poders públics. L'aplicació d'aquest precepte es basa en els següents principis:

- Posició neutral davant la propietat pública/privada de les empreses (garantida per l'art. 295 del TCE), el que implica que la Comissió no es planteja si la propietat de les empreses que deixen els serveis d'interès general han de ser públiques o privades. En tot cas, les normes del Tractat s'aplicaran amb independència de la propietat pública o privada de l'empresa.

- Llibertat per definir el que es consideren serveis d'interès general (subjecte al control dels errors manifestos) per part dels Estats membres. En aquest sentit, els Estats podran concedir els drets especials o exclusius necessaris a les empreses prestadores, regular les seves activitats i, si és el cas, finançar-les.

Però per poder aplicar l'excepció prevista a l'apartat 2n de l'article 86 TCE (no aplicació de les normes del Tractat, en especial les normes sobre competència, quan aquesta aplicació impedeixi el compliment de la missió particular confiada a les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general), és necessari definir clarament la missió de servei públic i aquesta ha d'encomanar-se en forma explícita a través d'un acte del poder públic, inclòs un contracte.

- Proporcionalitat, en el sentit que les restriccions de la competència i les limitacions de les llibertats del mercat únic no hauran de superar el necessari per garantir el compliment eficaç de la missió. Aquest principi implica que les empreses prestadores del servei d'interès econòmic general han de poder suportar la càrrega específica i els costos addicionals nets de la missió específica assignada.

La Comunicació dedica una part del seu contingut a valorar la compatibilitat amb el Tractat dels ajuts atorgats pels Estats a les empreses per la realització d'obligacions d'interès general. D'entrada, i recollint la posició del Tribunal de Primera Instància en els assumptes T-106/95: FFSA, 1997; T-46/97: SIC, 2000; i C-174/97: FFSA, 1998, es considera que la compensació concedida per l'Estat constitueix "ajuda estatal" als efectes de l'article 87.1 TCE. Aquesta ajuda, tanmateix, pot ser compatible amb el Tractat d'acord amb l'article 86.2 TCE si es presenten dos requisits:

- En primer lloc, el compliment de les condicions imposades a l'article 86 TCE.
- Connectat amb el primer punt, que la compensació no superi els costos

addicionals nets de la missió assignada a l'empresa.

Però per poder parlar d'aplicar l'excepció recollida a l'article 86.2 a les normes de competència i mercat interior, hem de preguntar-nos quines són les condicions imposades per l'article 86 del TCE per a l'aplicació de la normativa sobre competència?

a) D'una part, s'ha de tractar de serveis d'interès econòmic general. Les normes de competència i mercat interior no s'apliquen a les activitats no econòmiques, de manera que no afecten els serveis d'interès general en constituir activitats no econòmiques. D'això es dedueix que queden fora d'aquesta aplicació aquelles activitats que suposen prerrogatives que corresponen a l'Estat (defensa, administració de justícia i altres exercicis del poder públic) i també, per considerar-ho així el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, serveis com l'educació⁸⁴ i els règims bàsics obligatoris de seguretat social⁸⁵. En general, quedaran excloses les activitats dutes a terme per organitzacions que exerceixen funcions socials, que no es dediquen a activitats industrials o comercials i que no busquen obtenir beneficis (per exemple, sindicats, partits polítics, esglésies i societats religioses, organitzacions de beneficiència, etc.).

b) D'una altra banda, perquè sigui aplicable la normativa sobre competència (art. 81 i 82), s'ha de tractar d'activitats que puguin afectar el comerç entre Estats membres⁸⁶. Normalment quedaran excloses totes aquelles activitats que afectin el mercat de forma insignificant, per exemple, molts serveis d'interès general de caràcter local. Pel que fa als ajuts estatals, la Comissió considera que encara que l'import relativament petit de l'empresa que el rep no pot fer

⁸⁴ Perquè la voluntat de l'Estat en establir i mantenir aquest sistema no és la de dedicar-se a una activitat lucrativa, sino complir amb el seu deure en els camps social, cultural i educatiu (assumpte 263/86: Humbel, 1988).

⁸⁵ Per complir una funció exclusivament social i no econòmica (assumpte C-159/91: Poucet, 1993).

⁸⁶ Per a que es produeixi aquesta afectació, el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, considera que s'ha de poder presumir amb un grau de probabilitat suficient que l'activitat en qüestió pot influir sobre els corrents d'intercanvi entre Estats membres en el sentit de perjudicar a la realització dels objectius d'un mercat únic entre tots els Estats membres (assumpes C-215/96 y 216/96: Bagnasco, 1999).

excloure la possibilitat d'afectar el comerç en l'interior de la Unió Europea, una jurisprudència reiterada sosté que l'afectació del comerç només es produeix quan el beneficiari de l'ajuda desenvolupa una activitat econòmica que concerneix al comerç entre Estats membres. Així, la Comissió examina si el finançament públic de serveis d'interès econòmic general que poden afectar al comerç està permès. En aquest sentit, existeixen diverses excepcions a la prohibició de concedir ajuda estatal. Les condicions per a la compatibilitat, d'acord amb l'article 87.3, s'estableixen en diferents directrius que afecten sectors o activitats diverses (petites i mitjanes empreses, ajuts a l'ocupació i la formació, etc.).

La present Comunicació dedica així mateix un apartat a examinar els efectes de la liberalització de certs serveis d'interès general en termes de qualitat, preu i disponibilitat de serveis (telecomunicacions, transport, energia). La Comissió considera que la liberalització dels serveis conforme al programa del mercat únic ha tingut un impacte positiu, encara que això no significa que aquests serveis funcionin de manera satisfactòria. Finalment, en l'apartat titulat "una perspectiva europea", la Comissió advoca per un major desenvolupament del marc europeu relatiu al bon funcionament dels serveis d'interès general, d'acord amb l'article 86 del Tractat CE, que reconeix en forma explícita el paper de promoció de la cohesió econòmica, social i territorial dels serveis d'interès econòmic general i estableix l'obligació comunitària de facilitar el compliment de la seva comesa. Referent a això, el Consell Europeu de Lisboa (23 i 24 de març de 2000) va considerar fonamental que, al mercat del mercat interior, es prenguin plenament en consideració les normes del Tractat relatives als serveis d'interès econòmic general i a les empreses encarregades de la gestió dels esmentats serveis (conclusions de la presidència SN 100/00, punt 19). És per això que, la Comunicació descriu també la forma en la qual la Comunitat pot desenvolupar, en col·laboració amb les autoritats nacionals, regionals i locals, una política activa a escala comunitària per garantir l'accés als serveis de tots els ciutadans d'Europa. A la Comissió li sembla que s'ha de seguir una política continuïsta d'obertura dels mercats de serveis econòmics, amb la consegüent

introducció d'obligacions de servei universal o públic, i amb aquesta finalitat hauran d'utilitzar-se instruments d'avaluació pel que fa al funcionament, rendiment i competitivitat dels serveis d'interès general; mantenir-se un enfocament gradual basat en l'avaluació de la reforma i la consulta amb les parts afectades, consumidors inclosos; i fer-se complir la transparència de les activitats dutes a terme pels prestadors de serveis d'interès econòmic general, en especial pel que fa a possibles falsejaments de la competència⁸⁷.

El 17 d'octubre de 2001, el Parlament Europeu va presentar un informe relatiu a aquesta Comunicació⁸⁸. Hom partia de la idea que els serveis d'interès general⁸⁹ són part del model social europeu i que la política de liberalitzacions que s'està duent a terme pot tenir conseqüències tant positives com negatives per a l'usuari per la qual cosa es requereix una avaluació detallada i comparativa de la qualitat dels serveis abans d'emprendre noves etapes de liberalització. A més, afegeix, la liberalització progressiva del sector dels serveis a l'UE ha d'anar acompanyada del manteniment d'un servei universal, particularment, la definició de les obligacions de servei universal. L'informe coincideix amb la Comissió en la defensa d'uns serveis d'interès general de la major amplitud possible i en la llibertat d'actuació dels Estats per definir i controlar aquests serveis. I recorda que les autoritats locals han de poder elegir lliurement la manera de gestió dels serveis d'interès general de la seva competència, podent optar per una gestió directa⁹⁰ o per una gestió delegada.

⁸⁷ Així, l'aplicació de les normes sobre separació de comptes a les empreses que gaudeixen d'un dret especial o exclusiu concedit per un Estat membre ex article 86.1 del Tractat o a les empreses que tinguin encomanat un servei d'interès econòmic general ex article 86.2 i rebin ajuda estatal de qualsevol tipus (subvenció, compensació) en relació amb el servei, i que desenvolupin altres activitats. Vid la Directiva de la Comissió 2000/52/CE (DO L 193, de 29 de juliol de 2000, p. 75) que modifica la Directiva sobre transparència 80/723/CEE.

⁸⁸ Parlament Europeu, informe sobre la Comunicació de la Comissió "els serveis d'interès general a Europa" COM (2000) 580 C5-0399/2001; 2001/2157/COS; final A5/0361) 2001, ponent: W. Langen, 17 d'octubre de 2001. El Parlament ja havia emès diverses resolucions sobre els serveis d'interès general, en especial, les de 17 de desembre de 1997 (DO C 14, de 19 de gener de 1998, p. 53-74) i de 18 de maig de 2000 relativa a la transparència de les relacions financeres entre els Estats membres i les empreses públiques (DO C 59, de 23 de febrer de 1991, p. 130-238).

⁸⁹ Veure també el Document de Treball del Parlament Europeu, *Public undertakings and public service activities in the European Union*, Economic Affairs Series W-21, 1997.

⁹⁰ Les entitats que gestionen serveis d'interès general de forma directa no poden conquerir mercats exteriors aliens a la seva esfera territorial d'activitat (p. 9).

El Parlament Europeu sol·licitava a la Comissió que efectués una avaluació amb la major brevetat possible de les conseqüències reals de la política de liberalització de serveis d'interès general i que presentés una proposta de directiva marc sobre els objectius d'aquests serveis, basada en l'article 95 del Tractat CE, amb el qual crear un marc jurídic que garanteixi la prestació d'aquests. Així, a escala europea, sol·licitava a la Comissió que necessités la distinció entre les activitats econòmiques i les no econòmiques (a les quals no se'ls apliquen les regles de competència) i el que s'havia d'entendre per "control dels errors manifestos" en el pla conceptual, en relació amb el "control de la proporcionalitat" en el pla operatiu.

Es destaca la responsabilitat de l'UE pel que fa a la política de competència, encara que seria necessari un ampli debat polític sobre els límits d'aquesta quan entra en conflicte amb altres polítiques bàsiques tant a nivell europeu com a nacional, regional o local. Així mateix, es considera necessari que la Comissió exerceixi un control addicional sobre els abusos. Pel que fa al finançament dels serveis per part dels Estats membres, opina que, en la mesura que aquests imposen obligacions de servei públic a les empreses i concedeixen compensacions econòmiques per a la imposició d'aquelles, aquestes compensacions no es consideren avantatges en tant no superin la compensació de les càrregues exigides.

Una qüestió que el Parlament considera especialment problemàtica és la de la subvenció creuada en el cas dels proveïdors de serveis d'interès general, ja que amb aquestes els serveis prestats no poden presentar-se de forma adequada, regida per l'oferta i adequada a les necessitats reals. Encara que és raonable que els costos addicionals de les prestacions que s'ofereixen als ciutadans en condicions especialment avantatjoses poden compensar-se, s'ha de garantir la transparència d'un finançament d'aquest tipus. En aquest sentit, la Directiva europea sobre transparència de 2000 és la peça idònia per fer comprensibles als ciutadans el problema de la subvenció creuada en empreses que presten

serveis tant al mercat lliure com en virtut d'obligacions de servei públic, aconseguint una major claredat pel que fa a la utilització d'ingressos públics així com d'altres ajuts.

En termes de política de la competència, el Parlament entén que qualsevol tracte preferencial a empreses públiques és considerat injustificat i contrari al Dret de la Unió Europea, així els ajuts o mesures fiscals en el context d'activitats econòmiques exercides en règim de competència amb empreses privades. Especialment incompatible amb el principi de neutralitat competitiva és el fet que, en els àmbits en els quals operen empreses públiques i privades, les primeres estan exemptes del pagament de l'impost sobre el volum de negocis en certes activitats (subministrament d'aigua, gas, electricitat, etc.).

El Consell Europeu celebrat a Niça els dies 7, 8 i 9 de desembre de 2000, assabentat que la Comissió es proposava estudiar els mitjans per aconseguir una major previsibilitat i seguretat jurídica en aplicació del dret de competència relatiu als serveis d'interès general, va aprovar la Declaració de 28 de desembre de 2000, sobre els serveis econòmics d'interès general. A la qual, s'establia que: a) l'aplicació de les normes de mercat interior i competència ha de permetre que els serveis d'interès econòmic i general puguin prestar-se en condicions de seguretat jurídica i viabilitat econòmica, de manera que es garanteixin els principis d'igualtat de tracte, qualitat i continuïtat en els serveis. En aquest sentit, es postulava el reconeixement de la compatibilitat dels ajuts destinats a compensar els costos afegits resultants d'exercir una comesa d'interès econòmic general, dins del ple respecte a l'article 86.2 del Tractat; i b) s'ha de realitzar una avaluació periòdica dels serveis d'interès econòmic general, en particular, en termes de qualitat del servei, accessibilitat, seguretat i preu, de manera que sigui equitatiu i transparent.

En aquest marc, el Consell Europeu va sol·licitar a la Comissió que l'informés dels serveis d'interès general amb vista al Consell Europeu de Laeken de desembre de 2001. L'informe es va presentar, doncs, en el Consell de Laeken,

celebrat els dies 14 i 15 de desembre d'aquell any⁹¹. L'objectiu de l'informe de la Comissió no és, segons apunta aquesta, el de reemplaçar les Comunicacions de 1996 i 2000, que continuen sent vàlides, sinó de completar-les, prenent en consideració les reflexions que es contenen en la Declaració del Consell Europeu sobre els serveis d'interès econòmic general de 28 desembre del 2000.

La Comissió destaca la importància que les polítiques de l'UE dediquen al manteniment i desenvolupament dels serveis d'interès general. En aquest context, el Tractat d'Amsterdam va introduir un precepte (art. 16) que, com ja hem apuntat anteriorment, reconeix explícitament el paper dels serveis d'interès econòmic general. Així mateix, l'accés a aquests serveis s'ha consagrat com un dels drets fonamentals de l'UE: l'article 36 de la Carta dels Drets Fonamentals de l'UE, proclamada en el Consell Europeu de Niça, estableix que:

"La Unió reconeix i respecta l'accés als serveis d'interès econòmic general, tal com disposen les legislacions i pràctiques nacionals, de conformitat amb el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, a fi de promoure la cohesió social i territorial de la Unió".

L'Informe apunta que els Estats membres són lliures per escollir la forma de gestionar els serveis públics (prestació per ells mateixos o altres organismes públics, o bé per un tercer)⁹² i s'articula al voltant de dues finalitats:

a) Garantir la viabilitat econòmica dels serveis d'interès general en el mercat interior. Hom parteix del principi que els serveis d'interès general han de complir la seva missió en condicions d'equilibri financer. En alguns casos, aquests serveis poden ser prestats d'acord amb les condicions de mercat, sense requerir ajuda. En altres casos, és necessari es financiïn per ser econòmicament

91 COM (2001) 598 final, de 17 d'octubre de 2001, (no publicada al DOCE)

92 Si la gestió del servei la realitza un tercer, han de respectar-se les normes aplicables a la selecció del proveïdor. El contracte en virtut del qual es confia la gestió d'aquest tercer, ha de complir les condicions previstes a les directives comunitàries sobre contractes públics: 92/50/CEE; 93/37/CEE; 93/36/CEE i 93/38/CEE.

viables. Referent a això, i encara que els fons comunitaris (com, per exemple, els Fons Estructurals) poden contribuir al seu finançament, són els Estats membres els qui han de garantir l'estabilitat financera d'aquests serveis. Tot i així, el Tractat autoritza els Estats membres a concedir ajuts als serveis d'interès general per garantir la seva viabilitat, si això no és possible de cap altra manera⁹³. L'abast d'aquests ajuts era un dels temes ja tractats en la Comunicació de 2000. Per a la Comissió, les compensacions econòmiques estatals concedides a l'empresa prestadora de serveis d'interès general es preveu avantatge econòmic als efectes de l'article 87.1 TCE, encara que, d'acord amb l'article 86.2 TCE, seran compatibles amb el Tractat si són necessàries per al compliment de les obligacions de servei públic i no superen l'import dels costos addicionals.

Segons la Comissió, en ocasions s'han plantejat qüestions relatives a les subvencions creuades entre les activitats de servei públic i les activitats de servei no públic, així com la quantia de les compensacions. En aquests casos, és precís respectar els requisits que estableix la Directiva 80/723/CEE de la Comissió, de 25 de juny de 1980, relativa a la transparència de les relacions financeres entre els Estats membres i les empreses públiques⁹⁴, així com a la transparència financera de determinades empreses. Referent a això, els Estats han de prendre les mesures necessàries per evitar que una ajuda atorgada per a la prestació d'un servei d'interès econòmic general s'utilitzi, ni que sigui parcialment, per subvencionar activitats exercides en àmbits oberts a la competència.

⁹³ La Comissió no pot autoritzar els ajuts estatals contraris a altres disposicions de la legislació comunitària (TPI, sentència de 27 de setembre, assumpte T-148/97, BP Chemicals/Comissió, Rec. 2000, p. II-3145). En tot cas, les que es consideren ajuts han de ser notificades a la Comissió abans de ser concedides, amb dues excepcions: d'una part, quan es tracti d'un "ajut de minimis" que compleixi les condicions del Reglament (CE) núm. 69/2001 de la Comissió, de 12 de gener de 2001 (DO L 10, de 13 de gener de 2001) i, d'altra banda, les compensacions que s'adequen al Reglament (CEE) núm. 1191/69 del Consell, de 26 de juny de 1969, relatiu a l'acció dels Estats membres en matèria d'obligacions inherents a la noció de servei públic en el sector dels transports per ferrocarril, per carretera i per via navegable (DO L 156, de 28 de juny de 1969).

⁹⁴ A l'actualitat aquesta Directiva ha estat modificada per la Directiva 2000/52/CE de la Comissió, de 26 de juliol de 2000.

L'Informe es fa així mateix ressò de la reunió celebrada per la Comissió el 7 de juliol de 2001 amb representants dels Estats membres per valorar les dificultats que aquests han de superar a l'hora de finançar els serveis d'interès general. Amb la finalitat de reforçar la seguretat jurídica d'aquests serveis i de vetllar per l'aplicació eficaç de la normativa relativa als ajuts estatals, la Comissió es proposa establir l'any 2002 un marc comunitari per als ajuts estatals a les empreses prestadores de serveis d'interès econòmic general, de manera que Estats i empreses puguin conèixer les condicions sota les quals la Comissió autoritzarà aquests ajuts a títol de compensació per la realització d'obligacions de servei públic. En una segona fase, la Comissió avaluarà els resultats d'aquest marc comunitari i, si procedeix, adoptarà un reglament pel qual certs ajuts en l'àmbit dels serveis d'interès econòmic general quedaran exempts de l'obligació de notificació prèvia.

Una altra qüestió abordada a l'Informe és determinar quins són els serveis d'interès general de naturalesa no econòmica (ja que, d'acord amb la Comunicació de la Comissió de 2000, tots els serveis d'interès general que no constitueixen una activitat econòmica no se subjecten a les normes sobre competència i mercat interior). Pel que fa a aquest punt, el Tribunal de Justícia ha sostingut que "qualsevol activitat consistent a oferir béns o serveis en un determinat mercat" s'ha de considerar activitat econòmica⁹⁵. Segons la Comissió, es tracta d'una definició complexa si això ho afegim al fet que el conjunt de serveis que pot oferir-se al mercat va evolucionant amb el temps i queda condicionat pels canvis tecnològics, econòmics i socials, fa que la Comissió consideri impossible elaborar *a priori* una llista definitiva de tots els serveis d'interès general no econòmics.

b) Garantir un elevat nivell de rendiment dels serveis d'interès general. Correspon als Estats, en virtut del principi de subsidiarietat, definir les exigències de rendiment dels serveis d'interès general i vetllar pel seu

⁹⁵ Sentència del Tribunal de Justícia en els assumptes acumulats C-180-184/98, Pavel Pavlov i altres/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Rec. 2000, p. I-6451.

compliment. Al parer de la Comissió, la realització del mercat interior i la introducció de la competència en el nivell comunitari han contribuït a millorar el rendiment d'alguns serveis. Per avaluar eficaçment el rendiment d'aquests serveis, tant respecte als resultats econòmics com respecte a altres objectius d'ordre públics, i amb independència de les avaluacions que realitzin les autoritats competents al nivell apropiat (nacional, regional, local), la Comissió proposa bàsicament dues mesures. En primer lloc, l'elaboració d'informes sectorials (ja previstos i utilitzats a determinats sectors: energia, telecomunicacions, sector postal, etc.). En segon lloc, una avaluació horitzontal anual en el marc del procés de Cardiff⁹⁶, basada en tres àmbits diferents (el control de les estructures i el rendiment del mercat; l'avaluació econòmica i social de les obligacions de servei públic; l'opinió dels ciutadans en relació amb l'impacte de la liberalització dels serveis d'interès econòmic general).

L'Informe conclou amb la voluntat de la Comissió d'adoptar una sèrie de mesures concretes:

1. Amb l'objectiu de reforçar la seguretat jurídica i la transparència en l'aplicació de les normes sobre ajuts estatals envers els serveis d'interès general i en l'aplicació de les normes comunitàries a la selecció dels proveïdors d'aquests serveis, la Comissió procedirà a:

a) Establir un marc comunitari per als ajuts estatals concedits el 2002 als serveis d'interès econòmic. Posteriorment, podrà adoptar-se un Reglament d'exempció "per categories" en aquest àmbit (en aquest sentit, presentarà una proposta de modificació del Reglament CE núm. 994/1998 del Consell.

b) Afegir a l'informe anual sobre la competència una secció en la qual es descriurà l'aplicació de les normes de competència als serveis d'interès general.

⁹⁶ Informe "Reforma econòmica: sobre el funcionamiento de los mercados comunitarios de productos y capitales", presentat per la Comissió Europea en resposta a les Conclusions del Consell Europeu celebrat a Cardiff els dies 15 i 16 de juny del 1998, publicat a COM/2000/0881 final.

c) Identificar en el seu registre d'ajuts estatals casos relacionats amb els serveis d'interès general.

d) Estudiar la possible adopció de mesures addicionals per clarificar les normes i els principis comunitaris aplicables a la selecció dels proveïdors de serveis d'interès general.

2. Amb l'objectiu de garantir una avaluació dels serveis d'interès general a escala comunitària, la Comissió procedirà a:

a) Millorar els seus informes sectorials, aprofundint en els serveis d'interès general.

b) Instaurar una avaluació horitzontal anual en el marc del procés de Cardiff sobre la reforma econòmica⁹⁷.

c) Preparar, en col·laboració amb els Estats membres i altres autoritats públiques, un sistema d'avaluació comparativa envers els serveis d'interès general no coberts per les mesures anteriorment apuntades (informes

⁹⁷ En desenvolupar aquesta estratègia per a l'avaluació eficaç dels serveis d'interès general, el 7 de desembre de 2001, la Comissió va presentar el document "Resultats en el mercat de les indústries de xarxa que presten serveis d'interès general: primera avaluació horitzontal", SEC (2001) 1998, que s'adjuntava a l'informe sobre el funcionament dels mercats comunitaris de productes i capitala COM (2001) 736 final.

El Consell Europeu de Laeken, el Consell de Mercat Interior, Consumidors i Turisme, el Consell Europeu de Barcelona i el Parlament Europeu van sol·licitar a la Comissió una metodologia d'avaluació dels serveis d'interès general i van convidar-la a avaluar periòdicament aquests serveis. Fruit d'això és la *Nota metodològica per a l'avaluació horitzontal de serveis d'interès econòmic general* COM (2002), del qual s'exclouen els serveis no econòmics d'interès general. En una primera etapa, les avaluacions cobriran els serveis de transport aeri, transport públic regional i local, electricitat, gas, serveis postals, transport ferroviari i telecomunicacions.

D'acord amb els seus objectius, la Comunicació "vol ser una contribució positiva al procés de presa de decisions en tots els àmbits de polítiques relacionades amb indústries de xarxa que presten serveis d'interès general en presentar una metodologia que permet produir avaluacions exactes, completes i comparatives del funcionament d'aquestes indústries de xarxa i dels serveis que presten. Les avaluacions rigoroses i periòdiques orientaran la presa de decisions, sobretot en el context del futur del procés de reforma i obertura del mercat, i contribuiran a determinar si els resultats de l'actuació del mercat són compatibles amb els objectius socials i econòmics de la Unió Europea" (p. 3).

En preparar la metodologia, la Comissió ha tingut en compte els principis següents: a) naturalesa evolutiva dels serveis d'interès general, tal i com ja va constatar en la seva Comunicació de 2000; b) metodologia integral, això és, la presa en consideració de les dimensions econòmiques, ambientals i socials del funcionament del mercat de les indústries en xarxa que presten serveis d'interès general; c) aplicació plena del principi de subsidiarietat; d) metodologia transparent i pluralista, en atenció a la clara dimensió d'aquests serveis.

sectorials, avaluació horitzontal).

En les seves conclusions de la presidència, el Consell Europeu de Laeken va establir que (paràgraf 26):

"El Consell Europeu pren nota amb satisfacció de les conclusions del Consell i de l'informe conjunt del Consell i la Comissió sobre els serveis d'interès general, que seran objecte d'una avaluació a nivell comunitari pel qual es refereix al seu acompliment i als seus efectes sobre la competència. El Consell Europeu anima a la Comissió a establir un marc orientatiu per als ajuts estatals a les empreses encarregades de missions de serveis d'interès general"⁹⁸.

L'Informe presentat en el Consell Europeu de Laeken per la Comissió advocava, com hem vist, establir un marc comunitari per als ajuts estatals i, posteriorment, si això quedava justificat, adoptar un reglament pel que s'eximiria a certs ajuts en l'àmbit dels serveis d'interès econòmic general de l'obligació de notificació prèvia (paràgrafs 28 i 29). Referent a això, en el Consell Europeu de Barcelona de 15 i 16 de març de 2002 es va sol·licitar a la Comissió que, en el Consell Europeu de Sevilla, previst pels dies 21 i 22 de juny del mateix any, informés sobre els progressos referents a les línies directrius relatives als ajuts estatals i presentés una proposta de reglament d'exempció per categories en aquest àmbit. En efecte, sota l'apartat "Serveis públics de qualitat", la presidència va concloure el següent (paràgraf 42):

"La integració de les xarxes transeuropees i l'obertura de mercats de serveis públics haurien de tenir plenament en compte la importància d'uns serveis públics de qualitat. Pel que fa a això, el Consell Europeu subratlla la importància que revesteix per als ciutadans i per a la cohesió territorial i social l'accés als serveis d'interès econòmic general. En aquest context, el Consell Europeu sol·licita a la Comissió que:

⁹⁸ Conclusions de la Presidència, SN 300/1/01 REV 1, p. 8.

- presenti la seva Comunicació sobre la metodologia de l'avaluació en el Consell de maig i informe al Consell Europeu de Sevilla sobre l'estat dels treballs pel que fa a les directrius per als ajuts estatals i, en cas necessari, proposi una reglament sobre una exempció global en aquest àmbit.

- continui el seu examen amb vista a consolidar i especificar els principis dels serveis d'interès econòmic general, subjacents a l'article 16 del Tractat, en una proposta de Directiva marc, respectant alhora les especificitats dels diferents sectors involucrats, i tenint en compte el que disposa a l'article 86 del Tractat. La Comissió presentarà un informe a finals d'any⁹⁹.

La Comissió comença abordant la naturalesa legal de les compensacions dels serveis, per passar als efectes que l'evolució jurisprudencial ha tingut sobre els treballs de la Comissió en aquest camp i finalitza amb l'estat d'aquests i les previsions per al futur. Durant molt temps, la Comissió considerava que l'assistència financera per part dels Estats membres a les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general no constituïa cap ajuda estatal pel que fa a l'article 87.1 del Tractat, quan aquesta assistència no feia més que compensar els costos addicionals imposats per l'Estat per raó dels serveis públics¹⁰⁰. En les sentències FFSA¹⁰¹, de 27 de febrer

⁹⁹ Conclusions de la presidència, SN 100/2/02 REV 2 (es), pàg. 18.

¹⁰⁰ Recordem que, d'acord amb les comunicacions (1996, 2000) de la Comissió, només es consideraven ajuts estatals en l'art. 87 el finançament públic per a serveis que constitueixen activitats econòmiques i poden afectar el comerç entre Estats membres.

¹⁰¹ Assumpte T-106/95, (1997) ECR II-209. França havia concedit una ajuda al servei de Correus, consistent en un avantatge fiscal valorat en 1.196 milions de francs francesos. La Llei 90-568, de 2 de juliol de 1990, relativa a l'organització del Servei Públic de Correus i Telecomunicacions va autoritzar a Correus a exercir activitats asseguradores tant a França com a l'estranger, per la qual cosa certes empreses del sector assegurador van denunciar l'Estat francès davant de la justícia comunitària. El Tribunal de Primera Instància va declarar que era una ajuda estatal absolutament necessària perquè el Servei de Correus pogués suportar, en condicions d'equilibri econòmic, les missions d'interès general que tenia atribuïdes (per exemple, assegurar la distribució del correu per tot el territori nacional. Va subratllar, a més, que no podia tractar-se d'una subvenció creuada en benefici de les activitats competitives del Servei de Correus ja que l'ajuda era inferior als costos estimats mínims generats pel compliment de la missió econòmica d'interès general.

de 1997 i SIC¹⁰² de 10 de maig de 2000, el Tribunal de Primera Instància va sostenir que "el fet que les autoritats públiques atorguin un avantatge financer a una empresa en ordre a compensar el cost de les obligacions de servei públic assumides per aquella no té res a veure amb la qualificació d'aquesta mesura com a ajuda pel que fa a l'article 87 (1) del Tractat, encara que aquest aspecte pot ser pres en compte en considerar si l'ajuda en qüestió és compatible amb el mercat comú sota l'article 86 (2) del Tractat".

Tanmateix, el Tribunal de Primera Instància va subratllar que l'article 86 (2) TCE conté una derogació a favor de les empreses gestores dels serveis d'interès econòmic general "els ajuts estatals poden escapar de la prohibició establerta a l'article 87 del Tractat, amb la condició que aquesta ajuda només serveixi per compensar els costos addicionals produïts pel compliment de la missió particular assignada a l'empresa encarregada de la gestió d'un servei d'interès econòmic general i que l'atorgament de l'ajuda sigui necessària perquè l'empresa pugui assegurar les seves obligacions de servei públic en condicions d'equilibri econòmic". El Tribunal de Justícia va desestimar l'apel·lació contra la sentència del Tribunal de Primera Instància en l'assumpte FFSA (Ordre de 25 de març de 1998). Així mateix, a la sentència de 22 de juny de 2000 (assumpte CELF)¹⁰³, el Tribunal ha assenyalat que l'article 86.2 no permet derogar l'aplicació de l'article 88.3, que preveu la notificació prèvia i la suspensió del pagament de l'ajuda¹⁰⁴.

La Comissió va modificar la seva pràctica decisional a partir de la sentència Ferring, de 22 de novembre de 2001¹⁰⁵, relativa a la distribució de medicaments a França. En aquesta, el Tribunal de Justícia va indicar que quan una exoneració fiscal atorgada a una empresa a qui se li confia un servei públic

¹⁰² Assumpte T-46/97, (2000) ECR II-2125.

¹⁰³ Assumpte C-332/98

¹⁰⁴ I apartat 3 de l'art. 88 del Tractat fa així: "La Comissió serà informada dels projectes dirigits a concedir o modificar ajuts amb la suficient antelació per poder presentar les seves observacions. Si es considera que un projecte no és compatible amb el mercat comú d'acord amb l'art. 87, la Comissió iniciarà sense demora el procediment previst en l'apartat anterior. L'Estat membre interessat no podrà executar les mesures projectades abans que en l'esmentat procediment hagi recaigut decisió definitiva".

¹⁰⁵ Assumpte C-53/00

es limita a compensar els costos addicionals del servei públic, les empreses beneficiàries no gaudeixen d'un pel que fa a l'article 87.1 i, per tant, la mesura en qüestió no constitueix cap ajuda estatal. Efectivament, les obligacions de servei públic poden comportar uns costos addicionals que els competidors no tenen perquè suportar. En aquestes condicions, la compensació permet col·locar l'empresa beneficiària en la mateixa situació que els seus competidors. Al contrari, l'import de l'exoneració que excedeix del que és necessari per exercir la tasca de servei públic sí constitueix una ajuda estatal, podent ser desautoritzada d'acord amb les previsions de l'article 86.2 del Tractat.

S'han de destacar les conclusions presentades el 19 de març de 2002 per l'advocat general M. Leger en l'assumpte *Altmark Trans*¹⁰⁶. L'assumpte fa referència a les condicions en les quals un Estat membre pot atorgar ajuts a empreses dedicades a l'explotació del servei públic de transport local de viatgers. En les seves conclusions, Leger proposa al Tribunal rectificar la seva sentència en el cas *Ferring* i tornar a la jurisprudència del Tribunal de Primera Instància en els assumptes *FFSA* i *SIC*, segons la qual les compensacions de servei públic són ajuts estatals.

Així mateix s'han de tenir en compte les conclusions presentades el 30 d'abril de 2002 per l'advocat general M. Jacobs a l'assumpte *GEMOSA*¹⁰⁷, que fa referència al servei públic de recollida i eliminació d'animals morts i deixalles d'escorxador. L'advocat general proposa realitzar una distinció entre dues categories, basat en la naturalesa de la relació entre el finançament concedit i les càrregues i els deures d'interès general imposats, i la claredat amb què aquests deures o càrregues són definits. En els casos en els quals el nexa entre, per una banda, el finançament estatal acordat i, per una altra, les obligacions d'interès general clarament definides és directa i manifesta i han de ser analitzats d'acord amb el criteri de la compensació, com va passar en l'assumpte *Ferring*. Aquest seria el cas en el qual les obligacions i la

¹⁰⁶ Assumpte C-280/00

¹⁰⁷ Assumpte C-126/01

compensació són atribuïdes seguint un procediment obert, transparent i no discriminatori per a la concessió d'un contracte de servei públic. Al contrari, els casos en els quals no quedi clar que el finançament estatal s'atorga com a contrapartida per la imposició d'obligacions d'interès general clarament definides hauran de ser vistos com a supòsits d'ajuda estatal.

L'Informe que la Comissió va presentar al Consell Europeu de Laeken va ser elaborat tenint en compte la jurisprudència que considera la compensació com una ajuda estatal. Tanmateix, aquesta jurisprudència ha anat evolucionant i la Comissió recomana esperar els pronunciaments del Tribunal en els assumptes Altmark i GEMO abans de prendre una posició. Com ha incidit el canvi de rumb jurisprudencial en la posició adoptada per la Comissió en matèria de compensació? Segons aquesta, si en les seves pròximes sentències el Tribunal de Justícia no confirma la posició adoptada en l'assumpte Ferring sinó que considera que la concessió d'una compensació per la gestió de serveis públics constitueix una ajuda pública, llavors podrà donar-se continuïtat al procediment bifàsic proposat a l'Informe presentat en el Consell Europeu de Laeken (preparació d'un marc comunitari / proposta de reglamentació exceptuant algunes formes d'ajuda per serveis d'interès econòmic general de l'obligació de notificació prèvia). Si al contrari, el Tribunal de Justícia confirma amb posterioritat la decisió presa en l'assumpte Ferring, les compensacions de servei públic hauran de ser considerades com a no constitutives d'ajuda estatal als efectes de l'article 87.1 del Tractat, en la mesura que no excedeixin de l'import necessari per permetre que els serveis d'interès públic puguin ser prestats. En aquest cas, les compensacions no s'haurien de sotmetre a l'obligació de notificació prèvia prevista a l'article 88.3 del Tractat. En el cas, doncs, d'una confirmació de la sentència Ferring, la Comissió opina que s'hauria de redactar un text que augmentés la seguretat jurídica, en particular pel que fa als mètodes per calcular la compensació i les condicions per a la selecció de les empreses prestadores dels serveis d'interès econòmic general. La Comissió ho resumeix així:

"S'ha de tenir en compte, en qualsevol cas, que el debat legal sobre la definició de la compensació per servei públic pel que fa a l'article 87 del Tractat no afecta el bon funcionament dels serveis d'interès econòmic general ja que, si la jurisprudència Ferring és confirmada, una compensació calculada correctament no suposa cap ajuda estatal. Si Ferring no és confirmada, una compensació calculada correctament constituirà una ajuda estatal, però serà compatible amb l'article 86 (2) del Tractat en la mesura que el desenvolupament del comerç no es vegi afectat amb una mesura contrària als interessos de la comunitat. S'ha de recordar que si la compensació constitueix una ajuda estatal a l'article 87 (1) del Tractat, ha de ser prèviament notificada a la Comissió, d'acord amb la previsió continguda a l'article 88 (3). En canvi, si la compensació no constitueix cap ajuda estatal, no s'ha d'aplicar la notificació de l'article 88 (3)"¹⁰⁸. A les seves conclusions, la presidència del Consell Europeu de Sevilla convidava a la Comissió a informar al Consell Europeu de Copenhaguen "sobre la marxa dels treballs sobre les línies directrius per als ajuts estatals i, en el seu cas, per categories un reglament d'exempció en aquest àmbit.

Amb la pretensió d'estimular el debat sobre el paper de la UE en la promoció dels serveis d'interès general, en la definició dels objectius perseguits per aquests serveis i sobre la menra com s'organitzen, financen i evaluen, la Comissió Europea va aprovar el 21 de maig del 2003 el denominat Llibre Verd sobre els serveis d'interès general ¹⁰⁹. Es tracta d'un document de reflexió que planteja un ampli ventall de preguntes al voltant d'una qüestió clau: el paper que pertoca a les autoritats públiques en una economia de mercat: d'una banda vetllar pel bon funcionament del mercat mateix i pel respecte de les regles de la lliure concurrència per part de tothom i per altra banda, garantir l'interès general. El Llibre parteix d'una constatació: l'extensa gama d'activitats compreses en una noció tan genèrica com és la de serveis d'interès general, que inclou des de les grans indústries en xarxa (energia, serveis postals,

¹⁰⁸ Comissió Europea. *Report to the Seville European Council on the estatus of work on the guidelines for state aids and services of general economic interest*, 30 de maig de 2002, pàg. 4.

¹⁰⁹ Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general COM (2003) 270, final, DOCE C76, de 25 de marzo de 2004.

transport i telecomunicacions) fins a la salut, l'educació i els serveis socials. De la mateixa manera són molt diverses les tradicions jurídiques i polítiques que regulen aquestes activitats en els diferents estats comunitaris.

Els redactors defugen d'entrada de la conveniència de crear un marc jurídic general per tota la UE i preferix aprofundir en uns quants punts a la recerca d'acord:

a) abast de l'acció comunitària en matèria de serveis d'interés general i el respecte al principi de subsidiarietat.

Pel que fa a la intensitat de l'acció comunitària i el paper dels estats membres els serveis d'interés general poden classificar-se en tres categories:

- els serveis prestats per les grans indústries en xarxa (telecomunicacions, serveis postals, electricitat, gas i transports) en els quals la UE ha intervingut activament per afavorir l'obertura progressiva del mercat i ha aprovat directives a través de les quals ha estructurat un marc regulador global.
- Altres serveis d'interés econòmic general (gestió de residus, abastament d'aigua o serveis de radiodifusió) en els quals no hi ha un marc regulador global a nivell comunitari, només excepcionalment algunes normes especifiquen determinats aspectes de la prestació del servei.
- Serveis de naturalesa no econòmica i serveis sense efecte en el comerç entre estats no estan subjectes a normes específiques comunitàries només a principis com el de no discriminació.

Es dona un divers grau d'acció de les institucions comunitàries i a través d'instruments diferents, circumstància que permet a les autoritats estatals especificar i completar les normes comunitàries. Els redactors del Llibre verd es plantejen si no ha arribat el moment de dotar a la UE d'un instrument general Basat en els elements comuns de les directives comunitàries que fins ara han regulat sectorialment els serveis d'interés general.

b) Principis per a una regulació comunitària dels serveis d'interés general.

c) Bona governança en matèria d'organització, normativa, finançament i avaluació dels serveis amb la finalitat de millorar la competitivitat de

l'economia i la garantia de l'accés efectiu, equitatiu i de qualitat als serveis.

d) Mesures de coordinació entre el manteniment dels serveis d'interés general de qualitat i l'aplicació de les normes de competència al mercat interior.

El 12 de maig del 2004, la Comissió va presentar al Parlament Europeu una Comunicació titulada "*Libro Blanco sobre los servicios de interés general*",¹¹⁰ redactat a partir del resultat de les consultes realitzades als agents econòmics i socials sobre la base del *Libro Verde*¹¹¹, amb l'objectiu de trobar una combinació harmoniosa entre la llibertat de mercat i els serveis públics¹¹².

A començaments del 2004, concretament el 13 de gener, es va presentar per part de la Comissió Europea una Proposta de Directiva de serveis al mercat interior¹¹³ que s'ha conegut públicament identificant-la pel nom del seu autor, el comissari holandès Frits Bolkestein. L'objectiu de la proposta era fer efectiu un veritable mercat interior de serveis i crear un marc jurídic que suprimeixi els impediments que dificulten la llibertat d'establiment dels prestadors de serveis i la lliure circulació dels mateixos entre els estats membres. El fonament jurídic de la directiva són els articles 47.2 i 55 del Tractat, així com els articles 71 i 80.2 del mateix Tractat pel que fa a les matèries relatives a transports no regulades per altres instruments comunitaris. Tenint en compte el principi de subsidiarietat s'ha procurat limitar les interferències amb les particularitats dels règims estatals i recorrent al principi de país d'origen permet realitzar l'objectiu de garantir la lliure circulació de serveis al temps que es manté la coexistència pluralista dels distints ordenaments jurídics dels estats membres amb les seves particularitats, però sense que aquestes puguin utilitzar-se per imposar restriccions als serveis d'un prestador establert en un altre Estat membre.

¹¹⁰ Comunicació de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, COM (2004) 374 final (no publicat al Diari Oficial)

¹¹¹ Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general, COM (2003) 270 final. DOCE C76 de 25 marzo 2004.

¹¹² Casimiro López García, "Los servicios de interés general y el principio de competencia: el Tratado CEE de 1957 al Tratado de Lisboa de la Unión Europea de 2007". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 306, 2008, pàgina 237-278.

¹¹³ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, de 13 de enero de 2004, COM (2004) 2 final.

Així per tal de suprimir els obstacles que s'oposen a la llibertat d'establiment, la Proposta de Directiva preveia: mesures de simplificació administrativa (finestretes úniques, tramitació per via electrònica), l'establiment de principis que han de respectar els règims d'autorització de les activitats de servei, la prohibició de requisits jurídics restrictius en els ordenaments estatals. Pel que fa a la supressió d'obstacles que s'oposin a la lliure circulació dels serveis, la directiva preveia: l'establiment del principi del país d'origen, pel qual el prestador està subjecte únicament a la llei del país en el qual està establert alhora que els estats membres no poden d'imposar restriccions. Allò que es vol protegir és el dret dels destinataris a utilitzar serveis per gestors radicats a d'altres estats sense comportaments discriminatoris per part de les autoritats públiques del països on resideixen els usuaris.

Per tal d'establir entre els estats membres la confiança recíproca necessària per a suprimir aquests obstacles, la proposta de directiva preveu: l'harmonització de la legislació per a garantir una protecció equivalent de l'interés general en qüestions essencials, (com la protecció dels consumidors), el reforçament de l'assistència recíproca entre les diverses autoritats estatals per tal de garantir un control eficaç de les activitats de servei, mesures de foment de la qualitat dels serveis, (com la certificació d'activitats, les cartes de qualitat etc..) i el foment dels codis de conducta especialment sobre les comunicacions comercials de les professions regulades. Es pretenia establir una directiva marc amb la finalitat que sigui aplicable a totes les activitats econòmiques de servei, atès el seu caràcter transversal no inclou normes detallades o l'harmonització de la totalitat de les normes dels estats membres, es limita a incloure només les qüestions essencials pel bon funcionament del mercat interior de serveis, sense perjudicar les tècniques jurídiques de realització.

La controvèrsia generada arran de la proposta de la directiva Bolkestein va coincidir amb la tramitació del Tractat pel qual s'establí una Constitució per a

Europa, i el bloqueig del procés constitucional va implicar, de retruc, també momentàniament el del projecte de Directiva de serveis, atesa l'oposició que es va fer patent entre un bon nombre d'europarlamentaris.¹¹⁴ L'estratègia de Lisboa es rellança amb la comunicació de la Comissió que duu per títol *Treballant plegats pel creixement i l'ocupació*, de 2 de febrer de 2005, destinada a promoure la simplificació del marc reglamentari en el qual operen les empreses i la plena realització del mercat interior, entre altres objectius.

El Comitè Econòmic i Social, en data 10 de febrer de 2005, emet un dictamen assenyalant la necessitat de precisar millor l'àmbit d'aplicació de la Directiva de serveis i qüestiona l'afectació dels serveis d'interès econòmic general i el principi del país d'origen. Per la seva part, el Comitè de les Regions, en data 18 de febrer de 2005, publica el dictamen emès el 30 de setembre de 2004, en el qual no s'oposa al principi del país d'origen, i per contra, adverteix de la necessitat de respectar les competències de les diverses administracions subestats en els estats complexos, en vistes a les seves responsabilitats a l'hora d'aplicar la nova Directiva de serveis.

Al Consell Europeu celebrat a Brussel·les els dies 22 i 23 de març de 2005 es va tractar de la revisió de l'estratègia de Lisboa i, atesa l'oposició francesa a la proposta de conclusions, el Consell va adoptar un pronunciament explícit sobre la proposta de Directiva de serveis, va excloure del seu àmbit d'aplicació els serveis d'interès econòmic general i va afirmar que per fomentar el creixement i l'ocupació i reforçar la competitivitat, el mercat interior dels serveis haurà de ser plenament operatiu conservant al mateix temps el model social europeu. Arran de la pressió francesa, dels sindicats europeus i dels grups polítics antiliberalitzadors, el 26 d'abril de 2006 la Comissió aprova una Comunicació que duu per títol *Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*.¹¹⁵ En aquest document, la Comissió assumeix la distinció entre serveis econòmics

¹¹⁴ Entre els eurodiputats catalans va sobresortir Raül Romeva Rueda, electe per ICV i adscrit al Grup Verds-Aliança Lliure Europea, com ell mateix va deixar patent en l'article "Alternativas a la Directiva de servicios Bolkestein", publicat a *El País*, el 15 de maig de 2005, en què proposava la retirada del projecte perquè el considerava una amenaça per a l'Estat del benestar europeu.

¹¹⁵ COM (2006) 177 final (no publicada al Diari Oficial).

d'interès general i serveis socials i sanitaris, imposada pel Parlament Europeu, i la necessitat de compatibilitzar el mercat interior de serveis amb el model social europeu. També s'hi reformula la proposta de Directiva de serveis i s'hi elimina el principi de país d'origen i se substitueix per la noció de lliure prestació de serveis. Així mateix, s'hi exclou un bon nombre de serveis afectats, s'hi incrementa les salvaguardes dels drets laborals i dels consumidors i s'hi emfatitza el poder de les autoritats estatals per valorar i aplicar les limitacions que considerin proporcionades i compatibles amb el dret comunitari.

El maig de 2006, el consell europeu celebrat a Brussel·les va donar el vistiplau a la proposta definitiva de Directiva de serveis, que va ser sotmesa a debat i aprovació del Parlament Europeu el novembre de 2006 i aprovada pel Consell el 12 de desembre. La dita proposta definitiva entrà en vigor el 28 de novembre de 2006 i va haver d'ésser transposada pels estats membres, com a màxim, en complir-se els tres anys de la seva publicació, això és, el 28 de desembre de 2009.

7. LA DIRECTIVA DE SERVEIS 2006/123/CE, DE 12 DE DESEMBRE, RELATIVA ALS SERVEIS EN EL MERCAT INTERIOR

La Directiva de Serveis 2006/123/CE, del Parlament i del Consell, de 12 de desembre¹¹⁶, relativa als serveis en el mercat interior, (coneguda de forma abreujada com a Directiva de Serveis), té uns antecedents que convé tenir en compte per poder-ne avaluar precisament l'abast¹¹⁷. La Directiva de Serveis té per objecte (art.1.1) apropar-se a l'efectivitat d'un autèntic mercat interior europeu mitjançant la superació dels obstacles legals i administratius, que ara com ara, posen topalls a la llibertat d'establiment dels prestadors i a la lliure circulació de serveis (art. 43 a 55 del TCE), sempre que aquests obstacles no responguin a una necessitat imperiosa d'interès general o siguin innecessaris per assolir aquestes finalitats. També s'han de suprimir els requisits discriminatoris o desproporcionats. Els mitjans per a donar compliment a aquests objectius són: la simplificació administrativa, l'harmonització normativa, la protecció dels consumidors i la cooperació interadministrativa. Queden fora del seu l'àmbit d'aplicació: la liberalització de serveis d'interès econòmic general, la privatització de les entitats públiques que en són prestadores i la supressió dels monopolis i les ajudes públiques compatibles amb les normes de la competència (art. 1, apartats 2 i 3).

Cal fer una observació preliminar: malgrat la seva denominació, el concepte de servei que empra la Directiva de Serveis no coincideix amb allò que des de la perspectiva de la tradició jurídica municipalista, catalana i espanyola, s'entén com a servei públic, ja que la noció que consta a l'article 4.1 fa referència a "cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado". A la

¹¹⁶ Diari Oficial Unió Europea (DOUE) Sèrie L, núm. 376, de 27 de desembre de 2006.

¹¹⁷ Pel que fa als antecedents de la Directiva de Serveis, veure: de Ricardo Rivero Ortega "Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: problemas de su transposición en España" de la *Revista de Estudios Locales* núm. 122, de juliol-agost 2009. També, de Daniel Entrena Ruiz, "La génesis de la Directiva de Servicios sobre liberalización de servicios", dins l'obra col·lectiva *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, dirigida per Tomás de la Quadra-Salcedo, Marcial Pons, Madrid, 2009.

vista de l'exposició de motius (considerant 33) i l'articulat (art. 2.2), en resulten exclosos¹¹⁸ els serveis no econòmics d'interès general – és a dir, aquells serveis essencials el règim jurídic dels quals no primen pas l'eficiència econòmica, sinó els objectius de cohesió social i solidaritat, com és el cas de la sanitat, l'educació i l'assistència social- i alguns serveis econòmics d'interès general - com els serveis financers i els serveis i xarxes de comunicació electrònica, a més dels serveis de transport i portuaris; dels que presten les empreses de treball temporal; dels serveis sanitaris amb independència que es tracti d'un servei públic o privat; dels serveis audiovisuals; dels directament relacionats amb les activitats de joc i juguesques en jocs d'atzar, que impliquin un valor monetari; de les activitats vinculades a l'exercici del poder públic; dels serveis socials; dels serveis privats de seguretat; i finalment dels serveis prestats per notaris i agents judicials.

En segon terme, pel que fa a la transposició d'aquesta Directiva de Serveis al dret intern, cal advertir també que hi concorren diverses circumstàncies que poden suposar una dificultat afegida: d'una banda, l'existència de diferents àmbits competencials que han d'ésser respectats ja que s'han "de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias"; "por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario" (STC 8 de març i 22 d'abril del 1993). Segons el parer de Luciano Parejo,¹¹⁹ la Directiva de Serveis comporta una veritable desregulació dels serveis per a la qual no existeix competència comunitària per a formular una política econòmica pròpia, i que de retruc implicarà la "comunitarització" d'una part apreciable –de difícil

¹¹⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, 'Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado exterior', dins l'obra col·lectiva *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid 2009.

¹¹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, "La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva de Servicios Bolkestein", *El Cronista, del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 6, juny 2009.

precisió a hores d'ara- de les economies estatals, afectant per tant les competències de les administracions subestatal i locals.

D'altra banda, l'habilitació competencial en base a la qual les Corts espanyoles han aprovat la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (d'ara en endavant, Llei 17/2009) és l'article 149.1.1^a, 13^a i 18^a de la Constitució. Així doncs, la llei té caràcter de legislació bàsica. D'aquí se'n deriva una clàusula general de derogació tàcita de "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta ley", segons la disposició derogatòria de la mateixa llei. I, a més, la disposició final tercera conté un mandat-habilitació a les Administracions públiques competents, "en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta ley". De tot plegat se'n deriva la conclusió que correspon a cada Administració, en l'àmbit de les seves competències, la modificació de la normativa per adequar-la a les prescripcions de la Directiva de Serveis.

Gairebé simultàniament, el Govern estatal també va presentar a les Corts, en data 19 de juny, un altre Projecte de Llei "de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio" que modifica quaranta-set lleis estatals, que ha estat aprovat i ha esdevingut la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (d'ara en endavant, Llei 25/2009). Entre les que destaquen l'addició d'un art. 39 bis a la Llei 30/1992, de 26 de novembre, que duu per títol, "Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad", que en el seu primer apartat estableix el següent:

"Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva,

motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”.

El segon apartat afegeix:

“Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.”

8. EL TRACTAT DE LISBOA

Intercalada entre la Directiva 2006/123/CE, a la qual ve a complementar, i el Tractat de Lisboa es produeix l'aprovació de la Directiva 2006/111/CE de la Comissió, de 16 de novembre¹²⁰, relativa a la transparència de les relacions financeres entre els Estats membres i les empreses públiques que dona compliment a una de les recomanacions contingudes al Llibre Blanc tot modificant el contingut de la Directiva 80/723/CEE de la Comissió, de 25 de juny, que regulava aqueixa mateixa matèria. L'objectiu manifest era racionalitzar el sistema d'ajudes públiques a favor dels erveis d'interès general i les empreses amb drets exclusius, conèixer la seva facturació i el seu percentatge sobre el PIB dels Estats per tal de determinar la seva influència real sobre la lliure competència.

Aqueixa directiva té la virut de definir i sistematitzar les nocions jurídiques ressenyades a l'article 86 del TCE: drets exclusius, drets especials, empreses obligades a portar comptes separats, empreses manufactureres, clarificant les relacions financeres entre poders públics –estatals, autonòmics i locals- i les empreses incloses al seu àmbit d'aplicació (en resten excloses les relacions que no afectin de forma apreciable al comerç entre els Estats membres). Aqueixa directiva ha tingut un impacte directe a l'ordenament jurídic intern estatal espanyol, arran d'una controvertida transposició mitjançant l'efímera Ley 3/2007, de 3 d'abril, que duu el mateix títol que la directiva, com veurem més endavant en tractar la normativa sobre liberalització de les activitats econòmiques i la reordenació del sector públic.

Així, doncs, tot i haver-se estroncat momentàniament el procés d'integració constitucional a escala europea, per la via d'aqueixes directives se'n van assolint els objectius parcials. Després dels referèndums celebrats a la República francesa i el Regne d'Holanda, amb uns resultats contraris a la ratificació del projecte constitucional, aqueix va ser formalment abandonat i en

¹²⁰ DOCE del 17 de novembre del 2006.

el Consell Europeu celebrat els dies 21 i 22 de juny del 2007, a Brussel·les, els estats membres van arribar a un consens sobre els continguts que hauria de tenir un nou tractat que a partir d'un esborrany presentat per la presidència alemana que fou aprovat per la conferència intergovernamental celebrada a Lisboa els dies 23 i 24 de juliol del mateix any.

El 13 de desembre del 2007 es va signar a Lisboa el Tractat pel qual es crea una nova organització internacional denominada "Unió Europea", que substueix la Comunitat Europea, a través de la modificació del Tractat de la UE i del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea que passa a denominar-se Tractat de Funcionament de la Unió Europea, a partir de la seva entrada en vigor l'1 de desembre del 2009 després d'un ràpid procés de ratificació per part dels estats membres. En aqueix cas l'entrebanc fou Irlanda que va haver de convocar dos referèndums per ratificar definitivament el seu vist i plau el 2 d'octubre del 2009.

El Tractat de Lisboa escull en essència allò ja previst al projecte constitucional amb lleugeres modificacions, però de profunda significació com és el cas de la bandera, el lema i l'himne de la Unió Europea que passen a no tenir caràcter jurídic vinculant pels Estats membres. També en lloc d'un text de refundació de la Unió Europea s'esmena el TUE, s'incorpora la Carta de Drets Fonamentals de la UE, es modifica i canvia la denominació del TCE per passar a denominar-se Tractat de Funcionament de la UE i tots tres textos tenen igual valor jurídic formant el conjunt constitucional bàsic de la UE. Hom n'estructura les competències en tres categories: exclusives, compartides amb els Estats membres i de suport a aqueixos. Entre les primeres destaquen les normes de competència pel funcionament del mercat interior i la política monetària pels estats que tenen l'euro com a moneda, incorporant-se el BCE com a institució de la Unió Europea.

Al TFUE tampoc no hi consta com a objectiu el foment de la lliure competència sense distorsions atesa la pressió exercida per la República francesa sempre

amament a preservar la intervenció i el proteccionisme estatal en la vida econòmica. En positiu els canvis són perceptibles en dos articles, el 14 i el 16 i l'article 36 de la Carta de Drets Fonamentals de la UE.

L'article 14¹²¹ subratlla la responsabilitat conjunta de la UE i els Estats membres pel que fa als serveis d'interès econòmic general, amb la novetat rellevant que a partir del Tractat de Lisboa s'introdueix per primer cop un fonament jurídic diferent en aqueixa matèria fins ara desenvolupat en directives relatives a la liberalització del mercat interior. Així, aqueix article concentra la seva atenció en les condicions econòmiques i financeres necessàries per a la bona fi dels serveis d'interès econòmic general demanant al Consell i al Parlament Europeu que legislin sobre la matèria mitjançant reglaments.

Per la seva part, l'article 16 integra els serveis d'interès general en els valors comuns de la UE, tot destacant la seva importància en la promoció de la cohesió social i territorial, encomanant a les institucions de la Unió Europea i als Estats membres que vetllin perquè aqueixos serveis actuïn de conformitat amb els principis i les condicions que els permetin complir amb la seva comesa.

L'article 36 de la Carta de Drets Fonamentals de la UE consagra el dret d'accés als serveis d'interès econòmic general en aqueixos termes: *"La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión"*.

¹²¹ *Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular, económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y de financiar dichos servicios*

La resta d'articles del TFUE relatius als serveis públics que ja figuraven al Tractat CEE/TCE, així l'article 93, relatiu als transports i els articles 101 a 109 reiteren el contingut dels articles 81 a 89 en la versió atorgada pel Tractat d'Amsterdam, en relació a la lliure competència, la interdicció d'ajudes que la falsegin i l'objectiu comunitari del mercat únic.

A més, complementàriament, el Protocol nº 26, relatiu als serveis d'interès general, estableix uns valors comuns (reflectits a l'article 16 TFUE) que inclouen segon l'article 1 :

- el paper essencial i l'àmplia capacitat discrecionals de les autoritats estatals, subestats i locals per tal de prestar, encarregar i organitzar aqueixa mena de serveis de la forma més propera a les necessitats dels usuaris,
- la diversitat dels serveis d'interès general i la disparitat de les necessitats i preferències dels usuaris que poden resultar de les diferents situacions geogràfiques, socials i culturals,
- l'alt nivell de qualitat, seguretat i igualtat econòmica, la igualtat de tracte i la promoció de l'accés universal i dels drets dels usuaris.

Aqueix Protocol té el mateix valor que els Tractats, fet que significa l'efectiu reconeixement dels serveis d'interès general com a objectiu de la UE, això permetrà que els ciutadans puguin al·legar el seu contingut a l'hora d'impugnar els acords dels poders públics relatius a l'establiment i modificació de les prestacions dels serveis econòmics d'interès general per tal de fer efectius els principis d'igualtat, qualitat, diversitat i universalitat que inspiren l'ordenament comunitari i que primeri són vinculants pels ordenaments interns dels Estats membres.

El Protocol assumeix també les propostes del Llibre Blanc en matèria de subsidiarietat en favor dels governs locals que enllacen amb l'article 3 de la Carta Europea d'Autonomia Local que garantitza la seva participació en la

gestió dels serveis públics de caràcter general.

L'altra novetat significativa és que segons l'article 2 del Protocol, les disposicions dels Tractats no afectaran de cap manera la competència dels Estats membres per a prestar, encarregar i organitzar els serveis d'interès general que no tinguin caràcter econòmic. Amb aqueixa última referència, s'introdueix per primera vegada la distinció entre les diferents categories de serveis d'interès general i es distingeix entre els de contingut econòmic (SIEG) i els que n'estan mancats (SIGNE). El Protocol, no obstant, no precisa expressament la distinció entre els uns i els altres, una qüestió de gran transcendència ja que els serveis d'interès econòmic genera (SIEG) estan sotmesos a les normes comunitàries sobre mercat interior i competència, mentre que els serveis d'interès general sense caràcter econòmic (SIGNE) no hi estan subjectes. Fins a l'actualitat ha estat la jurisprudència del TJUE la que ha anat clarificant cas per cas els assumptes sotmesos a la seva decisió havent-se arribat a la convenció segons la qual perquè un servei determinat sigui considerat activitat econòmica, cal que es presti a canvi d'una remuneració, però que no han de satisfer necessàriament els usuaris. Així doncs, la naturalesa econòmica d'un servei no depèn de la personalitat jurídica de l'organisme o ens que el presta o de la naturalesa del servei, sinó de la forma en què es materialitza, s'organitza i es finança. Moltes activitats dels serveis socials d'interès general poden ésser qualificades com de caràcter econòmic, susceptibles per tant de veure's afectades per la normativa sobre el dret a la competència, ja que no es tenen en compte criteris com l'absència d'ànim de lucre per part de les entitats que desenvolupen aqueixa mena de serveis.

Per aqueix motiu el Comitè Econòmic i Social Europeu va aprovar el 4 de novembre del 2009 el dictàmen "Los servicios de interés económico general: ¿qué reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros?", amb la pretensió de contribuir a esclarir aqueixes qüestions:

- ¿Quién define los servicios de interés general, sus objetivos, cometidos y

responsabilidades?

- ¿Qué formas puede tomar esta definición?
- ¿En qué ámbitos los SIG comunitarios podrían ser necesarios para aplicar los objetivos de la Unión?

Segons aqueix dictàmen, existeix pel que fa al conjunt dels SIG i SIEG una doble inseguretats en relació a les competències i responsabilitats respectives de la UE i els Estats membres i demès ens sub-estats i en relació al caràcter econòmic o no dels serveis, fet que hauria d'edeterminar el corpus de normes jurídiques que els hi ha de ser aplicables. Hores d'ara, el silenci de la Comissió en no definir els serveis d'interès general a nivell comunitari (sanitat, educació...) ni les circumstàncies que els poden ecloure de l'aplicació de les normes de la competència fa que de retruc siguin els Estats membres els que ha hagin de fer. Per sortir de la incertesa, el CESE demana que una o vàries iniciatives legislatives aportin certesa i garanties a la definició dels diferents tipus de serveis d'interès econòmic general.

Responent a aqueixes inquietuds la Comissió va aprovar una Guia relativa a l'aplicació als serveis d'interès econòmic general i, en particular, als serveis socials d'interès general, de les normes de la UE en matèria d'ajudes estatals, de contractes públics i de mercat interior.¹²² Però les respostes que aporta no són sempre prou clarificadores. Així, per exemple, a a pregunta sobre si els centres municipals d'acció social estan sotmesos o no a les normativa del dret de la competència sobre ajudes públiques, hom afirma que " no puede valorarse en términos generales, sino que depende de las actividades que desarrollen. En efecto, si un centro de este tipo gestiona, por ejemplo, un servicio de comida a domicilio o un servicio de cuidados a domicilio, cuando tales actividades pueden ser ejercidas por otros prestadores de servicios, públicos o privados, ofrece servicios en un mercado y, por lo tanto, ejerce una actividad económica con arreglo a las normas de competencia. No obstante, eso no significa que todas las actividades de dicho centro deban considerarse

¹²² SEC (2010) 1545 final, de 7 de desembre del 2010.

como económicas; pues cabe imaginar que ejerza también una actividad de pura protección social, como la distribución de ayudas públicas a sus beneficiarios, que, en este caso, no constituiría una actividad económica ».

Una resolució votada el 15 de novembre del 2011 pel Parlament Europeu fa seves aqueixes crítiques i demana que la Comissió "ele por que el método de cálculo del beneficio razonable sea suficientemente claro y adecuado teniendo en cuenta la diversidad de los SIEG », que "no se limite simplemente a reiterar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, sino que proporcione criterios pertinentes para ayudar a comprender y aplicar estos los conceptos utilizados ", que la Comisión « elabore su concepto de unos SIEG genuinos », que » facilite la comprensión de las normas y prevea las obligaciones relativas a las compensaciones públicas por SIEG para lograr así una mayor seguridad jurídica tanto para las autoridades públicas como para los prestadores de servicios ». La resolució tambien « manifiesta su inquietud por los requisitos adicionales que quiere introducir la Comisión » y recuerda que « los Estados miembros y sus autoridades públicas son los mejor situados para servir a sus ciudadanos y, por ello, son responsables de determinar el alcance exacto y la manera en que se prestan los SIEG".¹²³

La darrera actuació de la Comissió Europea ha estat la Comunicació de 20 de desembre del 2011 que duu per títol, "Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa"¹²⁴. Atesa la gravetat de la crisi econòmica i financera que travessa el conjunt de la UE, el paper dels serveis educatius, de formació i d'ocupació s'han revaloritzat als ulls de les institucions comunitàries que han assumit la prioritat de preservar la seguretat i la cohesió socials en aqueixa època de maltempsades.

La Comissió explica que el marc europeu per als SIG preten acabar amb les incerteses jurídiques i promoure l'accés dels ciutadans als serveis essencials

¹²³ Resolució del Parlament Europeu, de 15 de novembre del 2001, sobre la reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general.

¹²⁴ COM (2011) 900 final, de 20 d edesembre del 2011

gràcies a un "*entorno reglamentario*" que reforçi "*la dimensión social del mercado único*" i tingui en compte "*las peculiaridades de dichos servicios cada vez que se toman nuevas iniciativas*". El marc abarca tres aspectes:

Primer: augmentar la claretat i la seguretat jurídica per tal que la legislació de la UE que té impacte sobre la forma en que els serveis europeus d'interès general són organitzats, finançats i prestats no solsament no obstaculitzin les seves missions de servei públic sinó que les permeti. A tal efecte, la Comissió anuncia una revisió de les normes comunitàries relatives a les ajudes públiques pels SIEG i una reforma de les normes relatives a la contractació pública.

En aqueix punt, aqueixa Comunicació conscient de la falta de claretat terminològica que afecta els serveis públics en la normativa comunitària i per tal d'evitar que els conceptes s'utilitzin de forma errònia inclou el quadre explicatiu següent:

Servicio de interés general (SIG): los servicios de interés general son aquellos que las autoridades públicas de los Estados miembros clasifican como de interés general y que, por lo tanto, están sujetos a obligaciones específicas de servicio público (OSP). El término engloba tanto las actividades económicas (véase más adelante la definición de SIEG) como los servicios no económicos. Estos últimos no están sujetos a una legislación específica de la UE y no están cubiertos por el mercado interior ni por las normas sobre competencia del Tratado. Algunos aspectos de la forma en que estos servicios están organizados, tales como el principio de no discriminación, pueden estar cubiertos por otras normas generales del Tratado.

Servicio de interés económico general (SIEG): los SIEG son actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública. La OSP se impone al prestador mediante una

atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permiten desempeñar su misión.

Servicios sociales de interés general (SSIG): incluyen los regímenes de seguridad social que cubren los riesgos principales de vida y una gama de otros servicios esenciales prestados directamente a las personas que desempeñan un cometido preventivo y de cohesión e inclusión social⁶. Si bien el Tribunal de Justicia considera que algunos servicios sociales no son actividades económicas (tales como los regímenes legales de seguridad social), la jurisprudencia establece claramente que el carácter social de un servicio no es suficiente en sí mismo para clasificarlo como no económico⁷. Por consiguiente, el término «servicios sociales de interés general» abarca actividades tanto económicas como no económicas.

Obligación de servicio universal (OSU): es un tipo de OSP que establece requisitos que garantizan que determinados servicios están a disposición de todos los consumidores y usuarios de un Estado miembro, independientemente de su situación geográfica, con una calidad determinada y, habida cuenta de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible. La definición de las OSU concretas se determina a nivel europeo ya que es un elemento esencial de la liberalización del mercado de los sectores de servicios, como las comunicaciones electrónicas, los servicios postales y el transporte.

Servicio público: este concepto se utiliza en el artículo 93 del TFUE en el ámbito del transporte. No obstante, fuera de este campo, el término a veces se utiliza de manera ambigua: puede referirse a la oferta de un servicio al público en general y/o en interés del público, o puede utilizarse para la actividad de entidades de titularidad pública. Para evitar la ambigüedad, la presente Comunicación no utiliza este término, sino que emplea la terminología “servicio de interés general” y “servicios de interés económico general”.

Segon: Garantitzar als ciutadans l'accés als serveis essencials, per això la Comissió anuncia que basant-se en l'experiència de la legislació sectorial adoptada a nivell europeu per a liberalitzar els sectors de telecomunicacions, serveis postals, energia i transports, preten garantir que tots els ciutadans tinguin accés als serveis essencials d'alta qualitat a preus assequibles, obrint a la competència sectors encara no liberalitzats del tot (serveis bancaris bàsics, transport de viatgers, energia i telecomunicacions).

Tercer: Promoure la qualitat dels serveis socials, tot i que l'única mesura "operativa" és el compromís assumit per la Comissió de proposar en 2012 la creació d'un estatut de les fundacions europees que prestin serveis socials d'interès general, con caràcter addicional i optatiu, es regiría principalment per la legislació comunitària i complementaría les lleis estatals per tal de facilitar les activitats transfrontereres d'aqueixes entitats.

II.- EL RÈGIM JURÍDIC DELS SERVEIS PÚBLICS LOCALS I LES SEVES FORMES DE GESTIÓ A L'ESTAT ESPANYOL

1. CONSIDERACIONS PRELIMINARS SOBRE L'ORIGEN I EVOLUCIÓ DEL CONCEPTE DE SERVEI PÚBLIC I LES SEVES MODIFICACIONS

A) Tota aproximació a les formes de gestió dels serveis públics requereix la consideració prèvia de la noció mateixa de servei públic. Segons Fernando Albi : "su origen hay que buscarlo en una jurisprudencia de tipo pretoriano, lenta y cautelosamente elaborada por el Consejo de Estado francés, la cual ha sido recogida y sistematizada por los grandes juristas del país vecino en una maravillosa y fecunda labor de síntesis, que ha llevado a establecer una construcción unitaria del Derecho administrativo, concebido como un cuerpo de reglas autónomas en torno de una idea señera que lo preside todo: la noción del servicio público"¹²⁵.

La definició de servei públic que ha esdevingut clàssica l'estableix León Duguit a començament de segle XX: "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante"¹²⁶. Aqueixa concepció ha sostingut a la França contemporània un model d'Estat i d'administració que ha afaïçonat allò que genèricament hom coneix com "l'excepció francesa" que tant s'ha fet notar en el procés de construcció de la Europa comunitària posterior a la Segona Guerra Mundial.

No ha sigut el mateix cas a l'Estat espanyol on la influència francesa¹²⁷ ha estat

¹²⁵ ALBI, Fernando. "Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales", Aguilar, Madrid, 1960, pàgina 5.

¹²⁶ ALBI, Fernando, Op. Cit, pàgina 7.

¹²⁷ La influència francesa en l'elaboració del règim jurídic dels serveis públics locals a l'Estat espanyol està ressenyada per Juan Francisco Mestre Delgado, a la seva col·laboració "Las Formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la Concesión", dins del

patent a partir de la Constitució de Cadiz (1812) però que no s'ha traduït en un model propi. José Luis Meilán Gil fa aqueixa reflexió històrica: "Hay en la historia del concepto de servicio público en España como una esquizofrenia. Por un lado van las regulaciones generales o sectoriales que aluden a los servicios públicos y por otro van teoría y doctrina"¹²⁸. El mateix autor fonamenta la seva aseveració en un seguit d'antecedents:

- a) Inicialment, servei públic és sinònim d'activitat administrativa. Així consta a la Ley de Bases de la Contabilidad general, provincial y municipal de 20 de febrer del 1850 i a la llei de desamortització general de 3 de maig del 1855.
- b) En una segona etapa, el servei públic va lligat a la noció d'obra pública (ferroviària, especialment) per tal de justificar un règim jurídic específic, exorbitant del dret privat (així resulta de la Ley de Obras Públicas de 3 de juny del 1855, i del Codi de Comerç del 1869).
- c) Posteriorment, arran de la implantació del servei de tramvies a les grans ciutats hom vincula el servei públic al domini públic per a justificar la intervenció dels municipis.
- d) Ja entrat el segle XX, amb el desenvolupament de les activitats municipals el servei públic no constituïa tan un títol habilitant per a la intervenció dels ens locals sinó que s'exercia de fet enmig "de un caos de sentencias y disposiciones dispersas donde se atorga la calificación de servicio público a las actividades más diversas"¹²⁹.

De la influència francesa n'ha resultat una experiència política, de govern i administració amb dos segles de trajectòria oscil·lant, de la qual en deriven les quatre principis essencials que han caracteritzat la concepció espanyola del servei públic que ha estat vigent fins a l'actualitat: règim jurídic especial,

Tratado "de derecho municipal" dirigit per Santiago Muñoz Machado Tom II editorial Civitas Madrid 2003 pag. 1451-1455.

¹²⁸ MEILAN GIL, José Luis, "El servicio público en el contexto constitucional y comunitario", Revista Andaluza de Administración Pública, número 60, octubre-desembre del 2005, pàgina 12.

¹²⁹ VILLAR EZCURRA, José Luis, "Servicio público y tecnicas de conexión", CEC, Madrid, 1980, pàgina 46.

modificació unilateral, continuïtat i regularitat que s'han mantingut vigents tot i les modificacions que ha experimentat aquesta noció durant la seva llarga i controvertida evolució ¹³⁰ fins arribar als nostres dies, quan la controvèrsia està centrada en les fórmules de compatibilitat entre servei públic i lliure competència.

La qualificació legal d'una activitat com a servei públic serveix a la finalitat de donar cobertura a l'activitat prestacional directa de l'Administració, compatible – en major o menor grau- o excloent la dels particulars en el mateix camp d'activitat. Com assenyala Tomás-Ramón Fernández : “No ha habido nunca, en una palabra, un criterio fijo, un patrón y, mucho menos, una regla, ni expresa ni tácita, para determinar ni el “quid”, ni el “quando”, ni el “quomodo” en esta materia. Aquí y fuera de aquí los gobernantes han ido encontrando el camino por tanteos sucesivos, lidiando en cada caso con las concretas –y cambiantes- circunstancias de tiempo y de lugar en función de los apoyos con que contaban y de las resistencias a las que habían de enfrentarse. El problema a resolver ha sido, ciertamente, y sigue siendo siempre el mismo: garantizar a todos la satisfacción regular y continua, esto es, sin interrupciones y con un nivel de calidad determinado, de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida. La forma de hacerlo, la técnica a emplear para conseguirlo, ha sido y es otra cuestión. Su elección ha dependido (y depende) de condicionantes ideológicos, económicos y tecnológicos. Cuando estas fuerzas han resultado convergentes en un momento dado se ha producido la “publicatio” de la actividad y, si esa convergencia ha sido máxima, la “publicatio” se ha traducido en un monopolio “de iure”, comprensivo incluso de la propia gestión material; cuando no, se ha excluido ésta”¹³¹.

El mateix autor continua més endavant: “El servicio público ha sido y es una técnica más, una técnica que pretende dar respuesta a una idea política que

¹³⁰ SANTAMARÍA, Juan Alfonso, “Fundamentos de Derecho Administrativo”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

¹³¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, Revista de Administración pública, número 150, setembre-desembre de 1999, pàgina 61.

también denominamos, por cierto, con esa misma expresión. En otros lugares, ahora bien próximos, a esa misma idea se la denomina de forma diferente y se la da respuesta con una técnica también distinta (las "public utilities", por ejemplo, del derecho anglosajón). Eso es lo que acabamos de "descubrir", lo que el Derecho Comunitario y el proceso de liberalización que en este escenario se ha puesto en marcha a favor de una nueva convergencia de los factores ideológicos, económicos y tecnológicos antes aludidos han puesto delante de nuestros ojos"¹³².

Per complementar aqueixes reflexions sobre la noció de servei públic i després de repassar les bases històrico-materials sobre les quals s'ha sustentat el professor Luis Minguez arriba a una definició desideologitzada i pragmàtica que en reflecteix encertadament el capteniment contemporani: "El servicio público aparece así caracterizado como una técnica jurídica dirigida a garantizar a los individuos prestaciones de carácter económico y social que son consideradas esenciales por el Poder público en un momento histórico dado"¹³³.

El serveis públics locals tenen un configuració actual que és hereva de la tradició castellana¹³⁴ (atès que la producció de dret públic català s'estroncà amb els Decrets de Nova Planta de 16 de setembre del 1714). "El apogeo del servicio público como categoría ubicua corresponde al siglo 1850-1950. Si nos fijamos en las características sociales de este lapso veremos la ruralización de la sociedad, las capitales escasas, la ausencia de suministros de agua, o de gas, o en general de energía. Con una sanidad y educación entecas, sin haber caído mientes en lo trascendental de estas rúbricas. Con un nacionalismo en pugna y un sistema administrativo doble. Porque, en efecto, y a resultas de un milenio de lucha entre el poder central y los pueblos, coexistieron dos derechos administrativos: el del estado y el de los Municipios. Quizás éste más avanzado categorialmente que el estatal, pero en todo caso perviviendo el conflicto de ellos

¹³² FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op.cit, pàgina 62.

¹³³ MINGUEZ MACHO, Luis, "Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios", CEDECS, Rubí, 1999, pàgina 106.

¹³⁴ ORDUÑA REBOLLO, Enrique, "Los servicios públicos locales. Su configuración histórica en España", Revista de Estudios Locales, número extraordinari, juliol del 2007, pàgines 25-48.

fueros con el Estado”¹³⁵.

B) La configuració de les formes de gestió dels servis públics locals a l'Estat espanyol no ha estat objecte d'un debat tan prolífic com el referit anteriorment, però té substantivitat pròpia i una evolució històrica paralel·la però independent de la noció matriu de servei públic. Si a nivell estatal el concepte de servei públic es fonamenta en la connexió entre titularitat i servei, (de la qual se'n deriva que les activitats prestacionals de titularitat estatal queden reservades al seu favor), a nivell local el concepte de servei públic es basa en la connexió entre competència i servei, (ja que el fet de qualificar una determinada activitat com a servei públic local no converteix els ens locals en titulars de l'activitat). Així ho explicita Francisco Javier González: “La titularidad dominical sobre un determinado servicio habilita o legitima al “dominus” del mismo a excluir de su prestación a la iniciativa privada o a la iniciativa pública que pretendan llevar a efecto otras administraciones, lo que no ocurre cuando se habla de titularidad municipal, en puridad, se está haciendo referencia a la titularidad sobre las competencias que ostenta el Municipio en relación con esos servicios, y no a la titularidad sobre la propia actividad o servicio”¹³⁶.

A aqueixa distinció conceptual encara vigent en l'ordenament actual s'hi arriba seguint un llarg recorregut d'un segle de durada que s'inicia enllà de les fronteres del Regne d'Espanya. Després de les malvestats causades per la primera guerra mundial (1914-1918) els estats europeus han d'assumir l'esforç de reconstrucció i adopten un ventall de modalitats d'organització i funcionament dels serveis públics sorgits de l'experiència pràctica de la seva implantació durant la dècada d'entreguerres. Finalitzada la segona guerra mundial, atès que els danys causats són encara més grans i els canvis econòmics i ideològics que afecten les administracions són més profunds, el desenvolupament de les modalitats gestores coneix un desenvolupament

¹³⁵ ARIÑO, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Jose Miguel i MARTINEZ, Jose Luis, “El nuevo servicio público”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹³⁶ FERNANDEZ GONZALEZ, Francisco Javier, “El contrato de gestión de servicios públicos”, Revista Estudios Locales, número extraordinari, juliol 1996, pàgina 81.

exponencial. Del comú denominador de les fórmules de gestió adoptades la doctrina francesa en fa una teorització que anomena sistema de gestió dels serveis públics.

El primer jurista que va introduir la construcció intel·lectual francesa a l'ordenament espanyol fou Adolfo Posada que va escriure l'entrada "servicio público" a l'Enciclopedia Jurídica Española que l'any 1910 va publicar a Barcelona l'editor Francesc Seix. A la dècada dels anys vint, durant la dictadura del general Primo de Rivera, l'obra reguladora del règim local espanyol engegada per Calvo Sotelo s'hi va inspirar positivament, iniciant un sistema normatiu que ha subsistit essencialment fins arribar als nostres dies. L'Estatuto Municipal de 8 de març del 1924, promogut pel dissortat polític gallec quan fou nomenat directot general d'administració local, suposà un meritori esforç de sistematització i modernització del règim local espanyol que fou desenvolupat pel Reglamento de Obras, Servicios y Bienes municipales de 14 de juliol del mateix any. Aqueix Reglamento de Obras ja contenia una idea general dels serveis públics locals i aplegava un conjunt de disposicions específiques relatives a alguns serveis concrets (abastament d'aigua, mercats.....) que han esdevinguts uns referents vàlids per a la regulació vigent als nostres dies.

Després del trasbals derivat de la guerra del 1936-1939, el jurista valencià Fernando Albi fou un dels precursors (només avançat en el temps pel professor de la Universitat de Lieja, André Buttgenbach que al 1942 va publicar "Les modes de gestion des services publics en Belgique) del tractament específic d'aquesta matèria publicant l'any 1947 (i sense conèixer l'obra de Buttgenbach) l'article: "El servicio público municipal y sus modos de gestión"¹³⁷. El mateix Albi aporta aquesta reflexió uns anys més tard: "Nosotros entendemos la organización como una ordenación racional de medios para la más eficaz

¹³⁷ ALBI, Fernando, "El servicio público municipal y sus modos de gestión", Revista de Estudios de la Vida Local, número 35 i 36, 1947.

realización de fines, con arreglo a directrices predeterminadas. El aparato gestor es, desde luego, esencial, pero no lo es menos la adecuación al mismo de los necesarios elementos financieros, y su encuadramiento en fórmulas jurídicas de acción ajustadas a cada circunstancia, para el logro de la plena eficacia funcional, llevándonos la coordinación de todos los elementos indicados dentro de un sistema de equilibrio, a la noción del modo gestor, hasta poder afirmar que el derecho de la organización es el derecho de los modos gestores”¹³⁸.

Albi assenyalarà l'element nuclear de la noció de formes de gestió d'aquesta manera: “El objetivo de las modalidades gestoras habrá que relacionarlo con la idea de “prestación”, tal como la entienden los juristas italianos, es decir, que estará constituido por aquellos fines directos e inmediatos que, con exclusión de cualquier situación general e impersonal, produzcan contacto entre el gestor y los miembros de la comunidad considerados individualmente –“uti singuli”- mediante el suministro de aquél a éstos de beneficios materiales, de ventajas tangibles, encaminadas a cubrir necesidades o a determinar comodidades de los mencionados individuos” ¹³⁹. En síntesi, les formes de gestió signifiquen, primordialment, divisió del treball, necessitat de distribuir en sectors especialitzats les complexes activitats de les administracions públiques legalment prefigurades.

Finalment, la definició de formes de gestió que formula Albi ha esdevingut clàssica i és encara útil: “ serie sistemática de fórmulas legales, de carácter orgánico, funcional y financiero, a las cuales ha de ajustarse la actividad de la Administración pública para realizar sus fines peculiares, mediante la localización de porciones de competencia en estructuras adecuadas, sometidas a un régimen jurídico especial” ¹⁴⁰. Segons aquest autor les nocions generals que integren les fórmules gestores específiques són:

¹³⁸ ALBI, Fernando, “Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales”, Aguilar, Madrid, 1960, pàgina 24.

¹³⁹ ALBI, Fernando, op.cit, pàgina 27.

¹⁴⁰ ALBI, Fernando, op. Cit, pàgina 52.

- a) La localització de la competència. Les formes de gestió assumeixen una porció concreta de la competència general de l'entitat que les ha creat, de tal manera que aquesta competència no passa a convertir-se en pròpia de l'organisme gestor, sinó que atesa la seva condició irrenunciable, manté la seva atribució jurídica inicial, qualsevolga que sigui la localització tàctica que ocasionalment es produeixi.
- b) El gestor. Tota modalitat gestora requereix, necessàriament, una persona física o jurídica que n'assumeixi la iniciativa i la responsabilitat, prenent al seu càrrec el desenvolupament de les activitats precises per a la realització de la finalitat encarregada.
- c) La transitorietat. Les formes gestores no constitueixen mai situacions definitives, són per essència, transitòries i intercanviables.
- d) L'estructura. Tota forma de gestió suposa una diferenciació interna de funcions del gestor que combina fórmules individuals i col·legiades.
- e) Demanialitat. La base material de la prestació, els béns, no necessàriament han de ser propietat de l'entitat gestora. Ans al contrari, la demanialitat atrau a la seva òrbita la diversitat d'instruments de prestació dels serveis públics preservant tothora la pertinença al domini dels ens locals.
- f) Fórmula financera. El cost econòmic per bastir la modalitat gestora, el desemborsament inicial de la seva posada en funcionament i el posterior manteniment són factors determinants a dilucidar prèviament a la tria de la fórmula concreta de gestió.
- g) Règim jurídic especial. A totes les fórmules gestores hi conviuen en diferents graus el règim jurídic administratiu i privat amalgamats per una finalitat bàsica: la màxima garantia dels interessos generals de la comunitat local. Això fa que conflueixin dialècticament, d'una banda, un sistema exorbitant en virtut del qual s'afirma la prevalença dels interessos generals i d'altra banda, la utilització dosificada de mètodes de caràcter privat que disminueixin els efectes retardataris i antieconòmics derivats d'un excés de precaucions i garanties administratives.

Després de la guerra civil del 1936-1939, l'ordre estatal instaurat pels vencedors és una dictadura presidida per un cabdill militar, el general Franco, que va governant recolzant-se en una Administració estatal plenipotenciària que relega l'Administració local a un subsistema tutelat. La norma bàsica és el text refós de la Ley de Régimen Local de 24 de juny del 1955, que és desenvolupada per un seguit de reglaments que globalment considerats integren un subsistema normatiu complet – Organización, Bienes, Funcionarios, Contratación,...- que permetia als ajuntaments (i en segon terme a les diputacions) una administració pròpia, bé que limitada pels condicionants polítics de caire autoritari que impregnaven l'Estat franquista. Aquest desplegament reglamentari del règim local és paral·lel a la producció legislativa de la dècada dels anys cinquanta del segle passat, quan apareixen un seguit de lleis (Urbanismo, Procedimiento Administrativo, Expropiación Forzosa, etc...) d'una tècnica jurídica depurada de connotacions totalitàries que van prefigurar el sistema constitucional vigent a partir del 1978.

Tot i ser aprovada en plena dictadura, la LRL del 1955 enllaçava amb la legislació local prèvia a la Segona República i consolidava les corporacions locals com a entitats: a) amb "plena capacidad jurídica" amb subjecció a la llei, tant en dret públic com en dret privat (article 16); b) amb competència "de gobierno y administración de los intereses peculiares de los pueblos" i amb capacitat per a realitzar "obras y servicios que tengan por objeto el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales y de las aspiraciones ideales de la comunidad municipal" (articles 101 i 156) i c) amb l'obligació de prestar determinats serveis mínims (article 109).

D'aqueix ventall competencial se'n deriva la potestat d'autoorganització d'ajuntaments i diputacions per determinar la concreta forma de gestió a adoptar en cada cas segons la conveniència dels ens locals. Només s'establia que els serveis públics locals "que impliquen ejercicio de autoridad sólo podran ser ejercidos por gestión directa", (una interdicció que subsisteix avui dia

mitjançant l'article 85.2 de la LRBRL). La regulació relativa a les formes de gestió dels serveis públics era tractada de forma genèrica a la LRL però va ser molt ben sistematitzada i desenvolupada pel Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de juny del 1955, fins al punt que ha subsistit fins a l'actualitat amb lleugeres modificacions. Així, classifica les formes de gestió en tres categories: directa, indirecta i mixta.

Les formes de gestió directa segons l'article 67 del RSCL comprendrà:

- 1ª. Gestión por la Corporación:
 - a) sin órgano especial de administración
 - b) con órgano especial de administración
- 2ª. Fundación pública del servicio
- 3ª. Sociedad privada municipal o provincial

Per la seva part, l'article 113 RSCL regulava les formes de gestió indirectes:

- a) concesión
- b) arrendamiento
- c) concierto

I finalment, a banda de les dues categories anteriors, l'article 102 RSCL regulava la gestió mitjançant empresa mixta. Aqueix esquema classificatori en formes directes i indirectes va ser assumit per la LRBRL sense variacions substancials i així ha arribat fins als nostres dies. Cinquanta anys després de ser redactades aqueixes bases sobre les quals s'assenta la construcció jurídica de les formes gestores locals Valentín Merino situa el repte del moment present: "Las formas de gestión son esencialmente, aunque no solo, modalidades de organización, por lo que la elección de la forma de gestión de un servicio se sitúa en el ámbito de la toma de decisiones organizativas: cómo articular mejor las capacidades y recursos para lograr el fin. Y este no puede ser otro que la satisfacción de las demandas y expectativas de los ciudadanos o destinatarios"¹⁴¹ i la jurisprudència ha exigit a més que es demostri

¹⁴¹ MERINO ESTRADA, Valentín, "La elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales", Revista de Estudios Locales, número extraordinari dedicat als Serveis públics Locals, juliol del 2007, pàgina 116.

expressament que s'escull una forma "que conviene al interés general" (STS de 29 de setembre del 1986).

En el decurs de les gairebé tres dècades de vigència que ja compta la LRBRL que estableix el vigent sistema de fomes getsores dels serveis públics locals hi ha hagut molts estudis preparatoris i alguns avantprojectes per tal de renovar el règim local bàsic establert l'any 1985 i totes elles han tractat dels serveis públics i les seves formes de gestió des d'un estudi de l'INAP del 1991¹⁴² fins a l'avantprojecte de llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local del 2012 però cap d'elles, de moment, ha arribat a consumir-se positivament. Evidentment, la vida local ha anat seguint la seva evolució i la gestió pràctica dels serveis –municipals espacialment- s'ha avançat sovint a les reformes legislatives que parcialment i tangencialment han anat alterant el marc normatiu.

¹⁴² "Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión", Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

2. LA CONSTITUCIÓ DEL 1978 I ELS SERVEIS PÚBLICS

Amb l'aprovació de la Constitució de 1978 l'administració local ha vista revaloritzat el seu paper dins del conjunt de la vida pública a partir de la consagració al màxim nivell normatiu del principi d'autonomia aplicat als ens locals mitjançant l'article 137. Ara bé, inicialment desproveïda de la naturalesa política que se li ha recoegut posteriorment, ja que inicialment semblava reduïda a una simple autonomia administrativa com assenyala Francisco Caamaño: "La autonomía de las entidades locales comenzó a escribirse en negativo, pues no interesaba tanto saber lo que era, cuanto determinar aquello que nunca debería ser. Se trataba, en último término, de definirla, decretando con la mayor elegancia posible su exilio constitucional. La autonomía local *no* es autonomía política (STC 4/1981); está en la Constitución pero *no* tiene un específico contenido constitucional (STC 170/1989); Palabras que, en positivo, solo quieren decir que la autonomía local tan solo es jurisdicción administrativa que se ejerce discrecionalmente en el marco de la ley."¹⁴³

No consta en el text constitucional un llistat competèncial específic per al conjunt dels ens locals, ni tampoc una regulació que perfili la seva articulació amb les altres administracions, l'estatal i l'autonòmica. Per tant, tampoc no apareix en l'articulat el concepte de servei públic vinculat expressament a les competències locals, així que el lligam cal establir-lo en termes generals a partir d'altres articles com és el cas del 106 (que en sentit ampli equipara servei públic a activitat administrativa als efectes de responsabilitat de les Administracions públiques) i de la noció "servicios esenciales a la comunidad" que apareix als preceptes 28, 37 i 128.

La jurisprudència constitucional s'ha ocupat des de bon començament d'omplir les mancances derivades de la minsa regulació constitucional dels principis d'autonomia local i suficiència financera. Així han estat nombroses les

¹⁴³ CAAMAÑO DOMINGUEZ, Francisco, "Autonomia local y principio de subsidiariedad", comunicació presentada a les jornades "Municipia siglo XXI", Zaragoza, 2004. <http://www.dpz.es/diputacion/areas/presidencia/asistencia/municipios/municipia/congreso/ponecias/francisco-caamaño.pdf>

sentències que han contribuït al seu apuntament, tot perfilant-ne el significat i l'abast per dues vies: la introducció de la teoria de la garantia institucional de l'autonomia local i la delimitació del sistema de distribució de competències entre l'Estat i la Generalitat en matèria de règim local derivat de l'article 149.1.18 CE. També cal tenir compte la doctrina elaborada al llarg dels darrers trenta anys a partir de la construcció jurisprudencial formulada pel Tribunal Constitucional coneguda com a "Constitució econòmica" que prendrà nova volada arran de la reforma constitucional de 27 de setembre del 2011 que ha modificat l'article 135 CE per tal d'incorporar-hi el principi de caire econòmico-constitucional d'estabilitat pressupostària com a competència estatal.

1. La importació a l'Estat espanyol de la construcció jurídica de la "garantia institucional" de l'autonomia local (elaborada originàriament a Alemanya per la doctrina i la jurisprudència constitucional federal) arrenca de la Sentència del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de juliol, declarant inconstitucional la Llei 6/1980, de 17 de desembre, de transferència urgent i plena de les diputacions catalanes a la Generalitat, i s'ha anat consolidant posteriorment amb una abundosa jurisprudència (entre d'altres, STC 84/1982, STC 27/1987, STC 214/1989, STC 109/1998 i STC 159/2001), en el sentit que els articles 137, 140, 141 i 142 CE comporten per a les entitats locals previstes en la norma fonamental la titularitat d'un dret a l'autonomia garantit constitucionalment.

Aqueixa garantia institucional és una tècnica de protecció que es desplega en tres dimensions: a) la del sentit o direcció de la protecció, determinada per la seva finalitat, és a dir, la preservació de la institució enfront de qualsevol deformació d'aquesta i, evidentment, de la seva desaparició; b) La de la densitat de la protecció que arriba al seu grau màxim -el de límit irreductible- en el terreny del nucli o contingut essencial de la institució i c) la dimensió temporal que protegeix el contingut essencial d'accions del legislador o d'altres poders públics, fins i tot successius en el temps, que es consideren lesius per aquest

contingut essencial.

La posició del Tribunal Constitucional sobre el significat de la garantia institucional de l'autonomia local i del seu abast queda reflectida al Fonament Jurídic 4 de la Sentència 159/2001, de 5 de juliol: "En definitiva, la autonomía local consagrada en el art. 137 CE (con el complemento de los arts. 140 y 141 CE) se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno. En la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE. So pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno".

Així doncs, els punts essencials que ha fixat la jurisprudència constitucional respecte de la garantia institucional de l'autonomia local són, resumidament els que el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya enumera al Dictamen número 256, de 17 de febrer del 2004, concretament al FJ II:

“a) L’autonomia local s’ha d’entendre com un dret de la comunitat local a participar mitjançant òrgans propis en el govern i l’administració de tots aquells assumptes que li concerneixen, i es gradua la intensitat d’aquesta participació en funció de la relació entre interessos locals i supralocals en els esmentats assumptes o matèries.

b) La Constitució prefigura una distribució vertical del poder entre entitats de diferent nivell que són fonamentalment l’Estat, titular de la sobirania; les comunitats autònomes, caracteritzades per la seva autonomia que comporta l’exercici de la potestat legislativa i les províncies i els municipis dotats d’autonomia de grau diferent.

c) Com a conseqüència d’això anterior, l’ordre jurídicopolític establert per la Constitució assegura l’existència de determinades institucions i hi estableix un nucli o reducte indisponible per al legislador.

d) La garantia institucional no assegura un contingut concret o un àmbit competencial determinat i fixat d’una vegada per totes, sinó la preservació d’una institució en termes recognoscibles a la imatge que d’aquesta institució té la consciència social en cada temps i en cada lloc. Aquesta imatge, que es troba oberta a l’evolució, s’identifica amb el reducte indisponible o nucli essencial de la institució.

e) Atesa la dificultat de determinació a priori del contingut o nucli essencial, l’única cosa que pot afirmar-se amb caràcter general és que, en definitiva, l’única interdicció clarament discernible és la ruptura clara i neta amb aquesta imatge comunament acceptada de la institució que ve determinada en bona part per les normes que en cada moment la regulen i per l’aplicació que se’n fa”.

2. Pel que fa al sistema de distribució de competències entre Estat i Generalitat, l’article 149.1.18 CE, reserva a l’Estat la competència

exclusiva sobre les "bases del règim jurídic de les administracions públiques". L'abast d'aquesta expressió, pel que fa a l'administració local, va ser interpretada molt aviat pel Tribunal Constitucional que va adoptar entre les diverses possibles una interpretació lligada amb la garantia constitucional de l'autonomia local, de manera que va proclamar la competència de l'Estat per a establir les bases no només en matèria d'organització (és a dir, en els aspectes institucionals) sinó també en matèria de competència dels ens locals constitucionalment necessaris: "La garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado" (STC 32/1981, de 28 de juliol, FJ 4).

Des de Catalunya, hom ha intentat mitjançant l'exercici de l'activitat legislativa autonòmic i des de l'acció de govern avançar-se a la delimitació d'allò bàsic per part de l'Estat i fer-ho a partir de la línia interpretativa que ha anat fent el Consell Consultiu de la Generalitat consistent en argumentar que allò que es reserva a l'Estat les bases i no la matèria en la seva totalitat, com puntualitza el Dictamen número 235, d'11 de febrer del 2003, Fonament III: "a) Pel que fa a la noció material de bases, el Tribunal ha considerat que "lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de constitucionalidad que establecen la distribución de competencias" (entre d'altres, STC 1/1982, de 28 de gener, FJ 1; 172/1996, de 31 d'octubre, FJ 1; 103/1997, de 20 de maig, FJ 2), i que és inherent a aquest concepte el seu caràcter "nuclear" (STC 102/1995, de 26 de juny, FJ 9 i 172/1996, de 31 d'octubre, FJ 1).

Això anterior comprèn un marc normatiu unitari d'aplicació a tot el territori estatal (STC 147/1991, de 4 de juliol, FJ 4.c) amb les següents característiques:

1. Que estigui dirigit a assegurar els interessos generals i dotat d'estabilitat, atès que amb les bases s'atén a aspectes més estructurals que conjunturals (STC 1/1982, de 28 de gener, FJ 1). 2. Que a partir d'aquest marc normatiu cada comunitat pugui, en defensa del seu propi interès, introduir les peculiaritats que estimi convenients dins del marc competencial que en la matèria corresponent li assigni el seu Estatut (STC 49/1988, de 22 de març, FJ 16).

Les bases es caracteritzen, en el seu aspecte positiu, per establir els criteris fonamentals que assegurin la unitat normativa indispensable del sector o activitat objecte de regulació i, en el seu caràcter negatiu, per establir un límit que el legislador autonòmic no pot ultrapassar, o, com diu el Tribunal Constitucional, "lo básico constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas dentro del ejercicio de sus competencias" (STC 25/1983, de 7 d'abril, FJ 4)."

El retard en dotar d'una regulació bàsica pel règim local adaptada als paràmetres constitucionals va fer que no fos fins a l'aprovació de la Ley 7/1985, de 2 d'abril, de Bases del Régimen Local que hom disposés d'una regulació sistemàtica –que no completa- d'aqueixa matèria, (atès que subsistiren normatives disperses, però aptes, de l'etapa pre-constitucional obligà a l'aprovació d'un text refós que fou aprovat per Real Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril). Respecte del paper de la LRBRL en la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de règim local, i com a concreció de la garantia institucional de l'autonomia local, el Tribunal Constitucional, en la Sentència 159/2001, de 5 de juliol, (FJ 4) ha establert: "El cauce y el soporte normativo de la articulación de esta garantía institucional es la Ley estatal de Régimen Local (la LRBRL de 1985). Esta ley puede «a priori» contener, de un lado, tanto los rasgos definitorios de la autonomía local, concreción directa de los arts. 137, 140 y 141 CE, como, de otro, la regulación legal del funcionamiento, la articulación o la planta orgánica (entre otras cosas) de los entes locales. Sólo aquellos extremos de la LRBRL que

puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18ª CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental.

[...] como tuvimos ocasión de señalar en la STC 27/1987, de 27 de febrero, F. 5, los preceptos estatutarios y legales configuradores de la autonomía local (o sea, aquellos artículos de la LBRL que sean reflejo inequívoco de los principios contenidos en los arts. 137, 140 y 141 CE) «interpretados conjunta y sistemáticamente y de conformidad con la Constitución, son los que deben tomarse en consideración como parámetros de la legitimidad constitucional de los preceptos impugnados..., de tal manera que su infracción por estos últimos determinaría su nulidad por vulneración del bloque de constitucionalidad aplicable a la materia de que se trata».

[...] Por consiguiente, sólo en estos términos, y partiendo de la dualidad de contenidos de la LBRL (de un lado, aspectos que se refieren a la autonomía local constitucionalmente garantizada y, de otro, aspectos de simple regulación legal de los entes locales), puede afirmarse que el encaje constitucional esencial de la LBRL se encuentra en los arts. 137, 140 y 141 CE, aunque por razones competenciales (que ahora, hemos de notar, no vienen al caso) también halle fundamento en el título competencial estatal del art. 149.1.18 CE, pues «en el esquema constitucional de la distribución territorial de competencias, una de las adjudicadas al Estado con carácter exclusivo tiene por objeto las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y, entre ellas, por tanto, de la local» (STC 385/1993, de 23 de diciembre, F. 3, con referencia a la STC 214/1989, de 21 de diciembre).”

Així, quan es tracta de legislar sobre qüestions que fan referència directa a la composició, l'estructura i les competències dels ens locals i dels seus òrgans de govern i administració, les comunitats autònomes han de respectar les bases establertes per la legislació estatal ja que es consideren com a aspectes bàsics del règim local la representativitat i l'estructura dels òrgans de les entitats locals, com també les mateixes nocions d'interessos peculiars, de competències pròpies, de serveis mínims i les potestats decisòries d'aquestes.

Sentències més recents reiteren la doctrina anteriorment citada: "En nuestra jurisprudencia (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 19; 27/1987, FJ 2; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 2) también hemos afirmado la conexión entre la garantía constitucional de la autonomía local (artículos 137, 141 y 142 CE y la competencia que ostenta el Estado sobre "las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" (artículo 149.1.18 CE), de tal forma que debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, con cobertura en el artículo 149.1.18 CE, siendo ésa la doctrina que ha inspirado el sistema que articula la Ley reguladora de las bases del régimen local" (STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 8)." Aqueixa jurisprudència ha estat refermada solemnement a la Sentència 31/2010, de 28 de juny sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, com s'analitzarà més endavant.

Així doncs, la jurisprudència constitucional pel que fa al principi d'autonomia local, al sistema de distribució de competències entre Estat i comunitats autònomes en matèria de règim local, i a la posició de la LRBRL dins el bloc de la constitucionalitat ha establert les premises a partir de les quals els governs locals han desenvolupat la seva potestat organitzativa en vistes a dotar-se de les distintes formes de gestió dels serveis públics locals.

2. A l'hora d'analitzar l'enquadrament de les formes de gestió dels serveis públics dins del conjunt de l'ordenament és obligat tenir en compte la

denominada "Constitució econòmica", una creació doctrinal emanada de la jurisprudència del Tribunal Constitucional a partir de les primeres sentències 1981 que supleix la poca concreció dels preceptes de la Constitució del 1978 específicament dedicats a aquesta matèria, bàsicament l'article 128.2 que declara que "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica".

La noció de reservar al sector públic serveis essencials continguda a l'article 128.2 CE no està nítidament desenvolupada ni en la jurisprudència constitucional ni en la doctrina espanyola. Aqueix precepte abasta tant l'eventual assumpció directa per part de les administracions públiques d'activitats gestores dels serveis públics com l'exercici d'activitats econòmiques en règim de lliure competència en el marc d'una economia de mercat enllaçant així amb el precepte precedent que reconeix la llibertat d'empresa (article 38 CE). S'ha d'interpretar en cada cas a partir de la potestat originària de la llei estatal per vetar el lliure accés dels particulars a la titularitat empresarial sobre sectors considerats essencials fins al punt de merèixer la reserva exclusiva en favor de la titularitat pública de la gestió del servei així qualificat. La transició d'activitat econòmica oberta a la lliure competència a servei essencial reservat a la titularitat pública així com el seu abast depèn de la conjuntura econòmica i política del moment històric.

Segons Sosa Wagner la noció de servei essencial tal i com és emprada en aquest precepte constitucional "está pensando en algo más que en los servicios públicos; está aludiendo, en rigor, a otras actividades de carácter económico que, sin ser servicios públicos strictu sensu, ostentan la condición de esenciales para la comunidad. Existen, dice el Tribunal Constitucional, "dos conceptos de servicios esenciales, a los que se ha llamado, tal vez no muy exactamente, amplio y estricto. De acuerdo con una primera idea, servicios esenciales son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda

acepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación de endereza, para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes o intereses satisfechos porque de ellos derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad o porque así lo impone la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, de forma que para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos” (sentencias del TC de 17 de julio de 1981 y 24 de abril de 1986)”¹⁴⁴.

L’expansió de les competències estatals emparad en aqueixa teoria l’ha fonamentada el Tribunal Constitucional en quatre raonaments:

a) La STC 1/1982, de 28 de gener inicia l’arumentari: “Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución cuyo preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo» y cuyo artículo 2.º establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128, entendido en su totalidad; el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional” (FJ 1).

b) La consideració preponderant d’interessos supraautonòmics en matèria economicofinancera: “Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada (en nuestro caso, las de los números

¹⁴⁴ SOSA WAGNER, Francisco, “La gestión de los servicios públicos locales”, Civitas, Madrid, 2002, pàgina 41

11 y 13) es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia” (STC 1/1982, de 28 de gener, FJ 1).

c) La necessitat intrínseca que fins i tot els actes administratius d’execució en aquesta matèria han de ser adoptats per l’Administració estatal, essencialment encarregada de garantir els interessos generals: “Profundizando en esta línea jurisprudencial, posteriores pronunciamientos han insistido en la posibilidad de que las bases de la ordenación del crédito sean establecidas por vías distintas a la normativa, pudiendo alcanzar y englobar aspectos puramente ejecutivos, «ya lo sea porque se encuentren afectados directamente intereses supraautonómicos, o porque se trate de decisiones y actuaciones que trascienden del caso particular y de las situaciones concretas afectadas dada la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional o, en fin, cuando el acto de ejecución comporte, por necesidad intrínseca de la materia, márgenes tan amplios de discrecionalidad que sólo puedan ser adoptados por instancias que no tengan a su cuidado intereses peculiares distintos a los puramente generales», fundamento jurídico 2º; y, en igual sentido, SSTC 87/1993, fundamento jurídico 5º; 155/1993, fundamento jurídico 6º; 204/1993, fundamento jurídico 5º; 37/1997, fundamento jurídico 5º y 133/1997, fundamento jurídico 4º B)]]”. (STC 235/1999, de 16 de desembre, FJ 3).

d) La incorporació d’aspectes que resulten necessaris per a la preservació d’allò bàsic o per garantir, amb caràcter complementari, la consecució de les finalitats inherents a la regulació bàsica. Per exemple, “(...) excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la

finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases (...)”
[STC 48/1988, de 22 de març, FJ 3.c)].

4. Pel que fa a la introducció del principi d'estabilitat pressupostària a la Constitució via reforma accelerada de l'article 135, deriva del Pacte d'Estabilitat i Creixement comunitari per tal de prevenir l'aparició d'un dèficit pressupotari excessiu en la zona euro i retornar la confiança en l'estabilitat econòmica i garantint una convergència sostinguda dels estats membres. El nou redactat del referit article constitucional pel que fa als seus apartats essencials és aqueix:

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

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

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

Els límits del dèficit estructural entrarà en vigor a partir del 2020, segons estableix la Disposició Final Única al seu apartat tercer. El punt 5 d'aqueix article també especifica que una llei orgànica desenvoluparà els principis que hi són continguts, així com la participació en els procediments respectius dels òrgans de coordinació institucional entre les Administracions Públiques en matèria de política fiscal i financera. Aqueixa llei orgànica, segons la Disposición Final Única. 1, havia d'estar aprovada abans del 30 de juny de 2012, com així ha estat.

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 d'abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera ha consolidat la competència estatal pel desenvolupament del principi d'ordre econòmic constitucional tal com ja havia

establert la STC 134/2011, de 20 de juliol, desestimant el recurs interposat pel Parlament de Catalunya contra la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria per entendre que vulnerava l'autonomia política i financera de la Generalitat i dels ens locals. A partir d'aqueix pronunciament jurisprudencial i en aplicació de les determinacions de la Ley Orgànica 2/2012, l'Estat està plenament habilitat per establir topalls màxims en matèries concretes a les Comunitats Autònomes i els ens locals a l'hora d'elaborar els seus respectius pressupostos. Això es tradueix en mesures d'ordenació dels ens instrumentals que integren el sector públic, també de les entitats locals, i per tant afecta plenament a les formes de gestió dels serveis públics locals que es veuran directament afectades per les directrius que en aqueix àmbit es projectin per a totes les administracions públiques.

3. LA LLEI REGULADORA DE LES BASES DEL RÈGIM LOCAL I LES SEVES MODIFICACIONS

A) De la Llei de Bases del 1985 a la Llei de mesures per a la modernització del govern local del 2003

La legislació de règim local emanada a partir de la Constitució del 1978, la LRBRL del 1985, enllaça amb la concepció dels serveis públics locals elaborada a les dues dècades precedents i consolidada per la jurisprudència del Tribunal Suprem (STS de 2 de març del 1979, FJ 4) que en dóna una definició que ha esdevingut clàssica: "actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una Entidad Pública, lo que no es obstáculo para que la gestión corresponda a un particular". Dit en el sentit positiu del terme, la LRBRL és continuista pel que fa als conceptes fonamentals que estructuraven la normativa local a partir de la segona meitat del segle XX a l'Estat espanyol, i per tant, això inclou el concepte de servei públic local.

La munió d'activitats diverses (recollida de residus, abastament d'aigua al veïnat...) que integren els serveis públics locals estan entrelaçades per una característica comuna: la titularitat pública de la seva competència establerta per llei en cada moment històric segons les concepcions polítiques hegemòniques. Pel que fa a la titularitat dels serveis cal tenir en compte la distinció que efectua el ja esmentat anteriorment Francisco Javier González: "En mi opinión, en el ámbito municipal existe una distinción nítida entre los servicios de titularidad municipal y los servicios públicos municipales: en el caso de los primeros –que son los servicios esenciales reservados en su favor por el art. 86.3 de la LRBRL-, el Municipio puede manifestar su titularidad mediante un ejercicio monopolístico de los mismos, con exclusión de la iniciativa de cualquier otro sujeto público o privado; sin embargo, en el caso de los servicios públicos municipales, el Municipio no puede considerarse

automáticamente titular o “dominus” del servicio, y no podrá, en principio, excluir a la iniciativa privada de la prestación del mismo”¹⁴⁵. La STS de 23 de maig del 1997, coincideix amb aqueixa perspectiva.

La legislació estatal assumeix la noció instrumental (més restrictiva que aquella que equipara servei públic amb activitat administrativa) inspirada en la jurisprudència citada al paràgraf anterior i hom la incorpora al redactat de l'article 85.1 de la LRBRL que originàriament deia: “Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales”.

Seguint la síntesi efectuada per José Luis Martínez-Alonso¹⁴⁶ les característiques de l'activitat de servei públic són les següents: a) qualificació legal, que pot ser expressa, genèrica o per vinculació amb una competència municipal; b) activitat tècnica, que integra unes prestacions determinables materialment; c) destinada als usuaris; d) concurrència de raons d'interès públic; e) prestada d'acord amb els principis d'universalitat, continuïtat i regularitat; f) vinculació que uneix la finalitat, la matèria i la competència de l'ens prestador amb el servei públic i g) en el cas dels serveis públics no obligatoris o impropis, l'adopció de l'acord d'establir-los.

La STS de 23 de maig del 1997, justament tracta de la primera d'aqueixes característiques, tot posant en relació la qüestió competencial amb la definició de servei públic local en els termes següents: “en el ámbito local existe una noción de servicio público vinculada a la idea de la competencia en sintonía con el reiterado art. 85 LBRL, que considera servicios públicos a cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales. Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una

¹⁴⁵ FERNANDEZ GONZALEZ, Francisco Javier, “El contrato de gestión de servicios públicos”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinari, juliol del 1996, pàgina 81.

¹⁴⁶ MARTINEZ-ALONSO CAMPS, José Luis, “Els serveis públics locals”, a “Règim jurídic dels governs locals de Catalunya”, pàgina 586.

determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados por: la declaración formal o publicatio, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la entidad local”.

Dit això, el règim jurídic vigent relatiu als serveis públics locals està vinculat en la LRBRL, tal com afirma en el seu article 85.1 a les competències locals. Per tant, la mateixa llei es remet a l'enumeració de competències locals que consten en l'article 25.2 del seu articulat. A partir d'aquí podem distingir entre serveis obligatoris (aquells que determina l'article 26 segons els diferents nivells de població que especifica) i voluntaris (els que l'article 28 permet crear a l'empara de la clàusula genèrica de l'article 25.1 que habilita als municipis per a promoure tota classe d'activitats que contribueixin a satisfer les necessitats i aspiracions de la comunitat veïnal). Complementa aquest esquema una categoria especial de serveis que actualment són els essencials reservats continguts en l'article 86.3.

Com assenyala Carlos Padrós, la LRBRL configura un sistema de cercles concèntrics entre els diferents àmbits competencials dibuixats pels articles 25, 26 i 86. El primer cercle és el de les competències pròpies de l'article 25, el segon els serveis de prestació obligatòria de l'article 26 i el tercer l'integren els de caràcter reservat de l'article 86. Però ni l'article 26, ni el 86 suposen un criteri d'atribució de competències ja que aqueix resideix exclusivament a la clausula general de l'article 25. Això significa que hom no pot considerar una competència com a obligatòria si prèviament no està conceptuada com a pròpia, de la mateixa manera que no té sentit qualificar un servei com a reservat si abans no té caràcter obligatori. Aqueixa coherència es trenca quan

els escorxadors són considerats serveis essencials reservats, arran de la reforma del RDL 7/1996, sense tenir la consideració d'obligatoris.

A criteri d'aqueix autor: "La reserva, especialment la monopolista, hauria de garantir als municipis un marc de prestació d'un servei obligatori de manera que aquest sigui el màxim de rentable econòmicament. Ja que els municipis estan per llei obligats a prestar un servei i per tant no poden escollir deixar de fer-ho, almenys haurien de poder organitzar la seva prestació al marge de la lliure concurrència per evitar l'explotació deficitària. La reserva doncs, pot suposar tant un mecanisme per garantir ingressos extraordinaris per l'explotació d'un servei econòmic com una mena d'assegurança per evitar haver de fer front a un marc competitiu en aquells serveis que els municipis no han decidit lliurement de prestar. Des d'aquest punt de vista, es pot considerar la possibilitat de reserva com una compensació a la restricció a l'autonomia local que suposa la imposició de serveis mínims obligatoris."¹⁴⁷

L'article 86.3 LRBRL diu textualment: "Se declara la reserva en 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".

Hores d'ara, només l'abastament i depuració d'aigües, la recollida, tractament i aprofitament de residus i el transport públic de viatgers constitueixen una reserva per l'exercici de les competències municipals pròpies incloses a l'article 25 LRBRL, metre que els altres o no és tracta pròpiament d'una competència (cas de "la calefacció") o bé han perdut el seu caràcter obligatori (cas dels escorxadors) o materialment és difícil sotmetre'ls a la lliure

¹⁴⁷ PADRÓS REIG, Carlos, "L'activitat econòmica local", dins l'obra col·lectiva "Règim jurídic dels governs locals de Catalunya", Judith Guifreu i Josep Ramon Fuentes, coordinadors, pàgina 658.

concurrència efectiva (cas dels mercats).

José Luis Martínez López-Muñiz han fet algunes reflexions sobre els serveis essencials que convé retenir : “Por vitales que sean para los ciudadanos y sus derechos fundamentales, los servicios esenciales no tienen por qué estar necesariamente en manos públicas, ni bajo la responsabilidad gestora de los poderes públicos. Si los particulares, los agentes económicos privados se muestran capaces de satisfacerlos eficazmente ejerciendo sus derechos y libertades económicas en un régimen de competencia en el mercado, bajo la regulación que se estime adecuada, no hay por qué permitir mayor intervención ni protagonismo público. Piénsese, por ejemplo, en un servicio tan esencial como el abastecimiento alimentario o en el farmacéutico.

Del art. 128.2 de la Constitución se deriva expresamente que los servicios esenciales no tienen por qué estar reservados a la titularidad pública y que es más bien incluso excepcional que lo estén. Hace falta que una ley expresamente haga esa “publicatio”. La nueva Ley española del sector eléctrico, 54/97, de 27 de noviembre, acoge con acierto estos conceptos, marcando por dónde debe ir la fijación de la terminología adecuada al sistema conceptual deseable” ¹⁴⁸.

Més endavant, el mateix autor equipara servei essencial a servei universal: “En el n.33 de la Comunicación de 1996, se llega a hablar explícitamente de obligaciones de servicio universal o de servicio público como expresiones que significan lo mismo. El servicio universal no es, pues, sino aquel tipo de servicio en el que debe garantizarse –precisamente por su esencia- que llegue a todos, o que todos puedan usarlo, y obviamente con una calidad y un precio que permita precisamente a todos ese uso efectivo y bajo básicas condiciones de igualdad. El concepto no contiene, pues, nada que no se encuentre ya

¹⁴⁸ MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis, “Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del Derecho comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos, “Administración de Andalucía. Revista andaluza de administración Pública”, nº39, julio-agost 2000, pagina 44.

incluido en la noción constitucional española de servicio esencial, ni vemos razones para usarlo más o con preferencia a éste”.¹⁴⁹

El darrer paràgraf de l'article 86.3 LRBRL manté la referència a la noció tradicional de municipalització de servei en règim de "monopoli", que hores d'ara resulta confusional atesos els canvis normatius experimentats des del moment històric en que s'introdueix aqueix concepte a l'Estatuto Municipal del 1924: «Los Ayuntamientos podrán administrar y explotar directamente los servicios municipales obligatorios, y podrán también, con arreglo a lo preceptuado en esta Sección, municipalizar los que no tengan ese carácter» (art. 169). «Sólo podrán municipalizarse con carácter de monopolio los servicios de abastecimiento de aguas, electricidad, gas, alcantarillado [...] y todos los que se determinen por el Gobierno, a petición de cualquier Ayuntamiento, y previo informe del Consejo de Estado en pleno» (art. 170).

La municipalització queda configurada a partir d'una doble caracterització:
a) Autorització per a gestionar directament no solsament els serveis mínims, sinó qualsevol activitat de primera necessitat que reverteixi en benefici dels veïns. La municipalització habilita, doncs, per efectuar una gestió empresarial superadora de l'exclusiva activitat administrativa duta a terme fins allavoren pels ajuntaments.

b) Habilitació per a ampliar l'àmbit de l'activitat municipal a sectors no inclosos a la llei com de la seva competència. Ara bé, aqueixa intervenció en activitats fins aleshores reservades a la iniciativa privada, es pot fer en règim de lliure concurrència o de monopoli. En aqueix darrer cas l'ajuntament extrau del règim de llibertat d'empresa un sector concret, podent fins i tot procedir a l'expropiació de les empreses industrials i comercials incompatibles amb el monopoli.

La Ley Municipal, de 31 d'octubre del 1935, mantindrà aquesta institució i

¹⁴⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. Op. Cit. Pagina 46

l'ampliarà a la provincialització de serveis, y posteriorment passarà a la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 (arts 164 a 181), si bé en aquesta s'hi introduirà el concepte de «servicios de carácter económico» per a subratllar el caràcter excepcional d'aquella plasmació del principi de subsidiarietat segons el qual l'ajuntament pot intervenir en sectors reservats a la iniciativa privada. En el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955 es defineix la municipalització com una «forma de desarrollo de la actividad de las Corporaciones locales para la prestación de servicios económicos de su competencia, asumiendo en todo o en parte el riesgo de la empresa mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen» (art. 45 R.S.). L'exercici d'activitats empresarials podrà realitzar-se en règim de monopoli en els casos tasats per la LRL (art. 48 y 49 R.S.), quedant exclosa la iniciativa privada, ja que el Municipi té la facultat d'«impedir el establecimiento de empresas similares dentro del correspondiente territorio jurisdiccional» i «expropiar las que ya estuvieran instaladas con rescate de las concesiones» (art. 51 R.S.).

Sigui quina sigui la categoria dels serveis públics tenen en comú que la seva forma concreta de prestació emana de les potestats atribuïdes als ens locals: significativament, la d'autoorganització encapçala l'enumeració que en fa l'article 4.1 LRBRL. Evidentment aqueixa potestat no és ilimitada sinó que s'ha d'exercir en el marc competencial que les lleis atorguin als ens locals i sempre que s'ajustin al procediment previst per a l'establiment del règim jurídic de cada servei públic en concret. Sorprenentment, en una qüestió crucial com és l'establiment, modificació supressió de serveis, la LRBRL no en diu res, inhibint-se en favor de la legislació autonòmica (que en el cas de Catalunya ha regulat globalment i detalladament aqueixos aspectes a la Llei municipal i de règim local i al Reglament d'obres activitats i serveis). Només dos articles, el 85 i el 86, estan dedicats a regular les formes de gestió –directes i indirectes- dels serveis públics locals i quins d'aqueixos tenen caràcter d'essencials continuant l'esquema, (amb lleugeres modificacions) establert al RSCL del 1955.

Pel que fa a les formes de gestió dels serveis públics locals la redacció originària de la LRBRL del 1985 a l'article 85 era la següent: apartat 2 "Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

Apartat 3: "La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

- a) Gestión por la propia Entidad local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local."

Apartat 4. "La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas:

- a) Concesión.
- b) Gestión interesada.
- c) Concierto.
- d) Arrendamiento.
- e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local."

Hi ha entre la doctrina especialitzada opinions fonamentades que que interpreten que les determinacions de l'article 85 LRBRL no tenen caràcter exhaustiu i limitatiu de la potestat d'autoorganització de les entitats locals. Sosa Wagner defensa que l'habilitació legal de l'article 5 LRBRL reconeix a les entitats locals pel compliment de les seves finalitats i en l'àmbit de les respectives competències la capacitat jurídica per celebrar contractes i prestar serveis públics. Aqueix autor es planteja aqueixes qüestions: "Fuera de estas previsiones, la libertad de la corporación es total para optar entre cualesquiera de las sformas previstas en el articulo 85 (LRBRL). ¿ Y otras ?. Dicho en otros términos, ¿ es posible utilizar alguna fórmula no prevista en el elenco del

precepto citado ?. Mi contestación es afirmativa pese a la forma de su redacción (la gestión "adoptará alguna de las siguientes formas") y ello porque así lo impone la potestad de autoorganización de las corporaciones locales, la más significativa seña de identidad de su autonomía (art. 4.1.a) LRBRL y fundamento jurídico sexto de la sentencia constitucional de 21 de diciembre de 1989).

Con la LC, y el título segundo del Libro segundo de la misma dedicado al contrato de gestión de servicios públicos, se ha planteado el problema de si se ha alterado la lista de las formas de gestión para las Corporaciones locales, supuesto al carácter básico de aquélla. La contestación debe ser negativa por la misma razón expuesta, es decir, porque las formas de gestión son una expresión de la potestad de organización de sus servicios que las entidades locales ostentan. Es más como se verá más adelante, las fundaciones son hoy auténticas formas de gestión, extravagantes como vemos de la legislación local propiamente dicha¹⁵⁰.

Aqueix mateix autor esmenta altres formes de gestió o fórmules sorgides de la intersecció entre diverses de les enumerades a l'article 85 LRBRL que amplien el ventall de disponibilitats a l'abast dels governs locals entre les quals hi ha el conveni entre ajuntaments i/o altres ens local de diferent nivell (diputacions, consells comarcals) dels quals se'n pot derivar un consorci o una macomunitat que si bé tenen una personalitat jurídica pròpia qualitativament diferent a les formes de gestió sí que en comparteixen la mateixa naturalesa instrumental en funció d'un servei públic local. Les societats mercantils integrades per entitats locals de diferent nivell com el cas de l'empres pública "Barcelona Regional SA" han estat validades expressament per la jurisprudència (STS de 4 de juliol del 2003).

Sosa Wagner apunta també la possibilitat que una fórmula indirecta com és la

¹⁵⁰ SOSA WAGNER, Francisco, "La gestión de los servicios públicos locales", Civitas, Madrid, cinquena edició, pàgina 59.

concessió atorgada per un ajuntament que mitjançant la creació posterior d'una organització a l'efecte (un consorci o una mancomunitat, per exemple) agrupi a l'entitat concedent amb d'altres. En aqueix cas serà indispensable "la sustitución de la autoridad concedente, de forma que se transferirían a la nueva entidad creada los servicios públicos concedidos de acuerdo con la voluntad de las partes"¹⁵¹ expressada originàriament en un conveni, caldria afegir.

Una qüestió polèmica ha estat si la modificació de l'article 85.2 de la LRBRL que remet les formes de gestió indirecta a la regulació del contracte de gestió de serveis públics prevista a la LCSP comporta la derogació de l'article 249.3 del TRLMRLC. Hom pot precisar que les formes gestores que hi són esmentades subsisteixen amb la regulació donada per la LCSP i que l'arrendament -que no figura en la legislació estatal- es pot considerar subsistent a Catalunya en els termes que argumenta l'informe 6/2006, de 20 de novembre, de la Junta Consultiva de la Contractació Administrativa de Catalunya considera que malgrat hagi estat eliminada a l'àmbit estatal subsisteix a l'àmbit autonòmic com a modalitat pròpia en virtut de l'habilitació competència d'el'article 160 EAC (abans de la sentència 32/2010) ja que no suposa una contradicció amb la normativa bàsica estatal i en l'àmbit local expressa la potestat d'autoorganització de l'article 4.1.a) LRBRL. Aqueixa conclusió contrasta amb el parer de la Junta Consultiva de la Contractación Administrativa de España que es pronunciar en sentit contrari a l'informe 24/2005, de 29 de juny que interpreta que ha desaparegut com a modalitat gestora en l'àmbit estatal, en canvi hom pot interpretar que es manté en l'àmbit de la legislació autonòmica.

No fou fins un dècada després de l'aprovació de la LRBRL que aquesta fou objecte d'algunes modificacions parcials durant el mandat del president José María Aznar (1996-2004), però que no van subsanar les manacances anteriorment apuntades. Les reformes introduïdes al règim local durant la primera etapa governamental del Partit Popular responen a dues grans tendències: la liberalització d'activitats i serveis prestats tradicionalment per les

¹⁵¹ SOSA WAGNER, Francisco, obra citada, pàgina 318.

administracions públiques seguint l'impuls promogut des de Brusel·les per les institucions comunitàries i l'adaptació de la normativa específica local al patró de la legislació dictada per a l'administració local. I una tercera apreciació, més que en la mateixa LRBRL moltes de les novetats normatives que afecten els serveis locals emanen de lleis estatals que tenen per objecte altres matèries com la contractació o l'estabilitat pressupostària.

Cal, però, fer una puntualització la política de liberalitzacions fou concebuda a la darrera de l'etapa de govern del PSOE quan l'any 1993 el Tribunal de Defensa de la Competència elabora per pròpia iniciativa un informe¹⁵² propugnant emprende decididament aqueixa estratègia político-econòmica en múltiples àmbits inclosos els serveis locals. Així es recomana liberalitzar els serveis mortuoris i llevar-los de la relació de serveis essencials d'el'article 86.3 LRBRL. En canvi recomana mantenir-hi el transport públic de viatgers però obrint a la concurrència simultànies diverses concessions amb un límit temporal de deu anys.

La primera modificació positiva és la continguda en el Reial Decret-Llei 7/1996, de 7 de juny, sobre mesures urgents de caràcter fiscal i de foment i liberalització de l'activitat econòmica, quan en el seu capítol tercer, (articles 22 a 24), referint-se a l'Administració local, liberalitza els serveis funeraris esmenant l'apartat tercer de l'article 86 de la LRBRL per suprimir del llistat de serveis essencials els mortuoris. També es dona una nova redacció a l'article 26.1,c) de la mateixa LRBRL, desapareixent igualment la menció als escorxadors municipals.

Aqueixes exclusions foren arbitràries i mancades de motivació ja que quina congruència té el manteniment com a serveis essencials de "la calefacció" (que es allò que s'ha d'escalfar ?), els "mercats i llotges centrals" i "els escorxadors" quan la iniciativa privada cobreix suficientment aqueixes activitats fins al punt

¹⁵² L'informe duu un títol de ressonàncies decimonòniques: "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios" i es pot trobar íntegrament a www.cncompetencia.es.

que la proporció gestionada pels municipis és realment anecdòtica ?. Només la inèrcia legislativa i l'abandó normatiu envers les formes de gestió dels serveis públics locals expliquen la permanència d'aqueixa situació anòmala. Sense entrar a valorar políticament aquestes mesures, des del punt de vista de la sistemàtica jurídica, ens podem preguntar perquè es suprimeixen aquests serveis municipals i no d'altres, quan n'hi ha alguns, com per exemple els mercats, que avui per avui només són una reminiscència d'allò que significaren a principis de segle XX els serveis d'abastament a les ciutats en tant que competència municipal. La regulació dels serveis públics en general, i la de les formes de prestació, en particular, especialment les modalitats de gestió han experimentat, doncs, modificacions puntuals manacades d'un replantejament global.

La principal reforma legislativa, però, fou la Ley 57/2003, de 16 de desembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local que va afectar de ple l'article 85 LRBRL. Bona part de la doctrina ha considerat que aqueixa reforma es caracteritza pel seu immobilisme i les escasses novetats en matèria de serveis públics. Encarnación Montoya, per exemple, considera que la nova redacció de l'article 85.1 a l'hora de definir els serveis públics locals ("los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias") és més restrictiva que el text anterior¹⁵³. Però, amés resulta un canvi descontextualitzat de la resta de l'articulat ja que l'article 25.1 de la llei mateixa llei resta invariable. "El municipio para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones d ela comunidad vecinal".

Així doncs, d'entre els diversos aspectes que va modificar la llei 57/2003 en destaca la reformulació del concepte mateix de servei públic local que queda vinculat a la realització d'una activitat prestacional (excloent les formes d'acció

¹⁵³ MONTOYA MARTIN, Encarnación, "Las entidades públicas empresariales en el ámbito local", IUTEL, Madrid, 2006, pàgina 29.

administrativa de policia i foment) en el marc de les competencies establertes a les lleis sectorials. Interdint la prestació dels serveis que impliquin l'exercici d'autoritat mitjançant les societats mercantils de capital social íntegrament local hom restringeix per aquesta via la discrecionalitat de les corporacions locals per constituir i organitzar els serveis municipals de la seva competència, ja que el nou redactat de l'article 85.3 ho impideix: "En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta o sociedad mercantil de capital íntegramente público los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad", "dado que no disponen de personal funcionario, como se exige por el art. 92 LRBRL"¹⁵⁴.

Allò que s'altera també és l'article 85.2 que fa un nou desglossament de les formes de gestió, directes i indirectes, que les entitats locals poden emprar per a la prestació dels serveis: "Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A. Gestión directa:

- a) Gestión por la propia entidad local
- b) Organismo autónomo local
- c) Entidad pública empresarial local
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública

B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público."

El tractament actual dels serveis públics locals parteix d'un error encaix normatiu en considerar els serveis públics com una variant de la contractació administrativa, com ja feia l'antiga Llei de Contractes de l'Estat de 1965, i com es manté en la nova LCSP, com s'analitzarà més endavant en tractar de l'impacte de la normativa contractual estatal sobre les formes indirectes de gestió dels serveis públics locals. Es defineixen globalment com a contracte de gestió de serveis públics les mateixes figures que la legislació de règim local determina com a formes indirectes de gestió de serveis municipals. S'estableix

¹⁵⁴ ALBACETE, Jorge Sanjuan, "Incidència de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, en la libertad de elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales", *Actualidad Administrativa*, número 7, abril 2006, pàgines 772-782.

així una duplicitat confusionària quan realment no existeix un tipus definit de contracte de serveis, sinó que sota aquest títol s'unifiquen artificialment estructures obligacionals diferents que es caracteritzen, totes elles, pel fet que incorporen particulars a la gestió dels serveis públics. La concessió, l'arrendament, el concert, la gestió interessada, l'empresa mixta no són contractes pròpiament dits sinó relacions mútues de drets i deures entre una administració i uns particulars, sotmeses a l'evolució de les necessitats del servei. Aquesta adaptació de les parts a la mutabilitat de les condicions del servei, implica la modificació de les obligacions recíproques i, fins i tot, pot comportar l'extinció de la relació.

Això vol dir que la característica fonamental del servei públic és la seva continuïtat i la seva mutabilitat en funció de la necessitat canviant de satisfer un interès públic. Les relacions jurídiques que es creen entre administració i particulars no es redueixen només a l'aspecte contractual, ans al contrari el contracte és només la traducció fefaent d'una relació canviant i continua¹⁵⁵. Aquesta característica és fonamental per distingir els contractes de gestió dels serveis, dels contractes d'obres i subministraments, puntuals i limitats al temps d'execució de l'obra pública o a la reposició del material. Desproveïts en tot cas, de la nota bàsica de continuïtat que tenen els de serveis.

El legislador estatal no ha desenvolupat la LRBRL en aquesta direcció i això explica la subsistència del Reglament de Serveis de les Corporacions Locals de l'any 1955, que desenvolupava en aquest àmbit les previsions de la Ley de Regimen Local del mateix any, atès que el reglament que havia de substituir-lo no es va arribar a aprovar¹⁵⁶, tot i el mandat contingut en la disposició final primera f) que atorgava el termini d'un any per a actualitzar i acomodar a la nova llei diversos reglaments que continuaven vigents, entre ells, el de serveis.

¹⁵⁵ Aquesta anàlisi és pot trobar de forma esquemàtica en la meua col.laboració al llibre col.lectiu, "La contractació local", Quaderns Municipals nº 11, editat per la Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 1991.

¹⁵⁶ La Disposició Final primera de la LRBRL atorgava el termini d'un any al govern d'el'estat per a actualitzar diversos reglaments locals de l'època pre-constitucional, entre els quals el RSCL del 1955.

Aquest buit ha estat omplert empeltant de forma fragmentària preceptes de la normativa contractual en el que hauria de ser l'àmbit global de les formes de gestió dels serveis públics. L'aspecte contractual de la prestació d'un servei públic n'és només una part i no es pot reduir a una mera tècnica contractual la seva complexitat. Per entendre'ns, les formes indirectes s'haurien de regular exclusivament en un reglament de serveis i no pas en la legislació de contracció de les Administracions Públiques.

La modificació de l'article 85 de la LRBRL relatiu a les formes de gestió dels serveis públics locals ha aprofundit en la tendència a l'equiparació de les formes de gestió dels serveis públics locals a la normativa estatal arran de l'aprovació de la Llei 57/2003, amb l'addició d'un número bis que en el seu apartat primer estableix: "La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", als quals afegeix un llarg regitzell d'especificacions.

La contundència d'aqueix redactat respon a la voluntat del legislador per tal que la transposició del model fixat a la LOFAGE comporti l'establiment d'una correspondència entre la forma jurídica escollida i la finalitat d'el'activitat, tot restringint el marge de discrecionalitat dels ens locals que decideixen crear aqueixes personificacions instrumentals. Així, l'article 45.1 de la LOFAGE obliga a que els organismes autònoms siguin exclusivament emprats per a la realització d'activitats de foment o de gestió de serveis públics i les EPEL previstes a l'article 53 ho siguin per a la realització d'activitats prestacionals i de producció de serveis d'interès públic susceptibles de contraprestació. Aqueix determinisme es veu complementat per la Ley general Presupuestaria que classifica les entitats que integren el sector públic segons la seva naturalesa econòmic-financera en tres grups: administratiu, empresarial i fundacional.

Per la seva part, el nou article 85 ter estableix en el seu apartat 1: "Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo" (que es limita a prescriure que les societats mercantils hauran d'adoptar una de les formes de responsabilitat limitada i que en l'escriptura de constitució hi constarà el capital aportat directament per l'entitat local o un ens públic depenent d'aqueixa).

Per ponderar la constitucionalitat d'aquestes modificacions no disposem de precedents en la jurisprudència constitucional, ja que en els diversos recursos interposats per la Generalitat de Catalunya i les altres comunitats autònomes no s'ha plantejat directament un qüestionament de la regulació dels serveis públics locals continguda en la Llei de bases de 1985. Per tant, cal partir del principi que la potestat d'autoorganització dels ens locals forma part substancial de la seva autonomia i que aquesta facultat dels ajuntaments per triar la forma prestacional dels serveis públics locals està vinculada al nucli essencial de la raó de ser dels municipis que és la satisfacció de les necessitats de la comunitat veïnal, matèries sobre les quals efectivament sí que hi ha un abundós bagatge de sentències del Tribunal Constitucional (STC 4/1981, STC 84/1982 i STC 214/1989, entre d'altres).

El dictamen número 256, del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, de 17 de febrer de 2004, sol·licitat pel Govern de la Generalitat, en relació amb la Llei 57/2003, atenant en especial a la nova redacció que es dona a alguns articles de la LRBL, va trobar inconstitucionals la disposició final primera, "atès que vulnera l'autonomia local i les competències de la Generalitat en matèria de règim local, en la mesura que declara bàsics" una sèria d'articles que s'especifiquen a l'apartat primer de la conclusió. El Parlament de Catalunya i el Govern de la Generalitat han interposat sengles recursos d'inconstitucionalitat (números 1523-2004 i 1598-2004, respectivament) davant el Tribunal

Constitucional que encara es troben pendents de sentència.

Al Fonament Jurídic III d'aqueix dictamen s'analitzen detingudament els preceptes concrets que presenten dubtes de constitucionalitat, i pel que fa a l'article l'article 85. bis, el Consell Consultiu s'expressa en els següents termes: "L'article 85 de la LRBRL relatiu a les formes de gestió dels serveis públics locals ha estat profundament modificat, tant pel que fa al seu contingut originari com per l'addició d'un número bis i d'un de terç. Per ponderar la constitucionalitat d'aquestes modificacions no disposem de precedents en la jurisprudència constitucional, ja que en els diversos recursos interposats per la Generalitat de Catalunya i les altres comunitats autònomes no s'ha plantejat directament un qüestionament de la regulació dels serveis públics locals continguda en la Llei de bases de 1985. Tampoc els diversos dictàmens del Consell Consultiu en aquesta matèria no hi han dedicat una atenció específica. Per tant, cal que ens pronunciem partint del principi que la potestat d'autoorganització dels ens locals forma part substancial de la seva autonomia i que aquesta facultat dels ajuntaments per triar la forma prestacional dels serveis públics locals està vinculada al nucli essencial de la raó de ser dels municipis que és la satisfacció de les necessitats de la comunitat veïnal.

Justament l'activitat prestadora de serveis dels ens locals és la que evidentment constitueix un vessant intern configurador d'un model d'administració local determinat, però té sobretot un vessant extern orientat cap a la ciutadania que usa i es beneficia d'aquests serveis i que la seva opinió és tinguda en compte per l'ajuntament a l'hora de triar un model o un altre de forma directa o indirecta de gestió d'un determinat servei. Aquesta vinculació entre opinió dels usuaris i selecció de la forma de gestió per part de l'ajuntament es manifesta expressament, entre altres exemples, en la participació de representants dels usuaris en la comissió d'estudi que ha d'elaborar la memòria adreçada al ple de la corporació quan ha de triar la forma societària concreta per gestionar un servei públic essencial (art. 244 del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril). En resum considerem que hi ha una vinculació directa entre la llibertat d'elecció de

la forma concreta de prestació dels serveis públics locals, la potestat d'autoorganització i l'autonomia local.

Així mateix, considerem que l'habilitació del legislador estatal per dictar les bases del règim local a la qual ja ens hem referit extensament en aquest mateix dictamen, no pot arribar fins al punt d'eliminar totalment no solament la potestat d'autoorganització local sinó també el marge regulador del qual ha de disposar en aquest àmbit el legislador autonòmic. La legislació bàsica pot establir un ventall de formes directes i indirectes a disposició dels ens locals, deixant per al legislador autonòmic la configuració dels elements no bàsics de cadascuna de les diverses modalitats. Si bé entenem constitucional que les formes de gestió dels serveis públics locals siguin les pròpies de l'Administració general de l'Estat contingudes en la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat (LOFAGE) i el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les Administracions públiques, considerem que el fet que es fixin amb tant de detall les especialitats relatives a l'àmbit local i el contingut dels estatuts dels organismes autònoms locals i de les entitats públiques empresarials no deixa pràcticament marge per al desenvolupament normatiu del legislador autonòmic i a la potestat d'autoorganització local. És per aquest motiu que considerem que l'article 85 bis.1, primer paràgraf a partir de "con las siguientes especialidades" fins al final de l'apartat 1, i l'article 85.bis.2 són contraris a l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències i a l'autonomia local."

Tot i no compartir les conclusions del Dictamen del Consell Consultiu Iñigo del Guayo també percep l'estatalització del règim local que aqueixes modificacions de la LRBRL comprten: "Por el juego de las remisiones contenidas en los artículos 85 y 85 bis LRBRL, es decir, por esa que he dado en llamar estatañización del régimen local, tiene lugar, además, una ampliación –tampoco ilícita ni inconstitucional, a mi juicio- del ámbito de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como lo demuestra, por ejemplo, el

régimen patrimonial de las EPEs locales, pues así como la LPAP no declara que el Título VII (donde se encuentran las normas sobre el régimen patrimonial de las EPEs estatales) tenga carácter básico, el resultado que se sigue de la remisión que una normativa básica (el art. 85 bis LRBRL) hace a una norma que no tiene tal carácter (la LOFAGE) es que determinados preceptos de la LOFAGE adquieren ahora un carácter básico que antes no tenían, y por la remisión que la LOFAGE hace, a su vez, a determinados preceptos de la LPAP que no tienen carácter básico (de acuerdo con la DF 2.5 LPAP), tales preceptos de la LPAP se convierten igualmente en normas básicas estatales¹⁵⁷

5. Modificacions introduïdes arran de la transposició de la Directiva 2006/123/CE, de Serveis en el mercat interior.

La transposició a l'ordenament intern dels Estats de la UE d'aquesta directiva s'havia de fer abans del 28 de desembre del 2009. Al Regne d'Espanya hom va gairebé esgotar el límit temporal aprovant ciut i corrents una llei, la 25/2009, de 22 de desembre, que va afectar puntualment la LRBRL deixant per a més endavant la plasmació dels canvis de cultura organitzativa que la implantació efectiva de la Directiva de Serveis pot comportar (limitats a la liquidació dels sistemes de policia administrativa mitjançant l'autorització prèvia en el nou redactat de l'article 84 LRBRL¹⁵⁸), entre els quals com assenyala Valentín Merino hi ha la competència sostenible entre ciutats¹⁵⁹.

Així, doncs, els canvis introduïts per l'article 1 de la Llei 25/2009, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei sobre el lliure accés a les activitats deservies i el seu exercici a la Llei 7/1985 LRBRL es limiten en concret a l'addició d'un nou apartat quart a l'article 70 bis: "4. Cuando se trate de procedimientos y trámites relativos a una actividad de servicios y a su ejercicio

¹⁵⁷ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, Revista de Administración Pública, número 165, setembre-desembre del 2004, pàgina 132.

¹⁵⁸ LINDE PANIAGUA, Enrique, "Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva de Servicios relativa a los servicios en el mercado interior", Revista de Derecho de la Unión Europea, número 14, 2008.

¹⁵⁹ MERINO ESTRADA, Valentín, "La transposición de la Directiva Bolkestein y los municipios españoles", Revista de Estudios Locales, número 117, febrer del 2009.

incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los prestadores podrán realizarlos, por medio de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio.

Asimismo, las Entidades locales garantizarán, dentro del ámbito de sus competencias, que los prestadores de servicios puedan a través de la ventanilla única obtener la información y formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio, y conocer las resoluciones y resto de comunicaciones de las autoridades competentes en relación con sus solicitudes. Las Entidades Locales impulsarán la coordinación para la normalización de los formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio.”

I també es dóna una nova redacció a l'article 84 del mateix text legal: “1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

- a) Ordenanzas y bandos.
- b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.
- c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales.”

A més, la disposició final quarta d'aquesta llei introdueix un mecanisme general (desconegut fins a la data en el dret estatal) permissiu de la repercussió de les conseqüències econòmiques de la responsabilitat de l'Estat –en tant que membre de la UE- per l'incompliment de la Directiva de Serveis comunitària. Això significa que les administracions públiques que, en l'exercici de les seves competències, incompleixin allò disposat en la llei de transposició o en el dret comunitari, donin lloc a que el Regne d'Espanya sigui sancionat per les institucions europees, assumiran, en la part que els hi sigui imputable, les responsabilitats que se'n derivin. Aquesta norma habilita a l'Administració General de l'estat a compensar el deute imputable a l'administració responsable amb la Hisenda estatal a compte de les quantitats que li correspongui transferir, d'acord amb el procediment regulat per la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Pel que fa a l'obligació per a les entitats locals d'aplicar directament els preceptes de les directives europees, fins i tot en el cas que una norma estatal o subestatal les contradigui, la jurisprudència del TJCE ha establert reiteradament que l'administració local es troba vinculada a les directives comunitàries de forma més intensa que a les lleis estatals, i quan les primeres són el suficientment precises i no estan subjectes a condicions limitatives de cap mena han d'aplicar-se amb preferència a les segones, en el cas que resultin

contradictòries. En aquest sentit resulta il·lustrativa la sentència del TJCE de 22 de juny de 1989 (cas Fratelli Constanzo S.p.A, contra Comuni de Milano) – citada per Ferran Torres Cobas¹⁶⁰.

Fruit de les lleis de transposició i les modificacions legislatives que se n'han derivat s'han adequat progressivament també les reglamentacions dels serveis i les activitats de les entitats locals. Així, mitjançant Real Decreto 2009/2009, de 23 de desembre, es modifica el RSCL per tal d'adaptar-lo al nou redactat de l'article 84 LRBRL especificant la Disposició Final Primera que "Este real decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución, que atribuye al estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas". També mitjançant el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrer, es regula la venda ambulat no sedentària, a l'empara de l'article 149.1.13 CE

7. Modificacions introduïdes arran de l'aprovació de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible que al seu article 41 introdueix a l'article 84 dos apartats (bis i ter) que estableixen la regla general segons la qual l'exercici d'activitats no se sotmetrà a llicència o altre mitjà de control preventiu tot restringint a unes matèries taxades les excepcions possibles i estableixen el règim de comunicació i verificació posterior a l'exercici de les mateixes. Però a més d'aqueixes dues afectacions directes al règim jurídic local hi ha un seguit d'articles que incideixen en les formes gestores dels serveis locals.

D'entrada l'article 3 estableix una sèrie de principis en l'actuació dels poders públics que afecten directament als ens locals i als seus ens instrumentals, com per exemple la millora de la competitivitat i la racionalització de les Administracions públiques que es concreten en les mesures de sostenibilitat en la gestió de les empreses públiques estatals i les entitats públiques empresarials contingudes a l'article 35. Però atès que aqueix precepte no té caràcter bàsic ja

¹⁶⁰ TORRES COBAS, Ferran, "Los desafíos de la Directiva de Servicios Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales", *Revista electrònica CEMCI*, núm. 4, juliol-setembre 2009.

que la Disposició ginal primera, apartat 2, exclou expressament aqueix precepte de la genèrica atribució de caràcter bàsic a l'empara de l'article 149.1.13 CE que es conté a l'apartat 1. El fet que no hi hagi cap mesura específica similar al llarg de l'articulat no sustreu els ens locals de l'obligació d'adoptar acords similars als de l'article 35 envers a les empreses i entitats empresarials pròpies.

L'article 36 tracta de les conseqüències de l'incompliment per part de les entitats locals de l'obligació de remetre la informació relativa a la liquidació dels seus pressupostos a l'Administració general de l'Estat i la Disposició Addicional Primera de la responsabilitat per incompliment de les normes del dret comunitari: "Las Administraciones Públicas y cualesquiera otras entidades del sector público, que en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen del incumplimiento, de conformidad con lo previsto en esta disposición y en las de carácter reglamentario que, en desarrollo y ejecución de la misma, se dicten."

B) Avantprojectes de reforma del govern local (2004-2011)

Arran de la victòria del PSOE a les eleccions generals del 2004 que van portar a la presidència del govern espanyol a José Luís Rodríguez Zapatero, es van iniciar els treballs preparatoris per a la reforma del règim local espanyol que es van anar concretant en un llibre blanc i dos avantprojectes de llei, cap dels quals va acabar prosperant però el contingut dels quals resulta interessant d'analitzar per tal d'observar els aspectes de cadascun que afecten als serveis públics locals.

1. El punt de partida on es sintetitzen els criteris que inspiren la revisió del règim local és el Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local redactat pel

Ministerio para las Administraciones Públicas que, en la seva darrera versió de juliol de l'any 2005, incloïa tres propostes rellevants en relació als serveis públics locals.

La primera consistia en afrontar la necessitat d'introduir a l'ordenament jurídic espanyol el concepte elaborat pel dret comunitari a l'hora de referir-se als serveis d'interès general, econòmic o no. Els redactors del Libro Blanco consideren que els serveis d'interès general poden ésser una categoria conceptual unitària dividida en dues subcategories: servei públic i activitat reglamentada d'interès general. Servei públic una és noció que es reserva pels casos en que les entitats locals assumeixen una prestació determinada com a responsabilitat pròpia i que en garanteix la prestació bé directament, bé mitjançant un contracte amb un tercer, però sempre en condicions d'igualtat, continuïtat i accessibilitat per a tots els ciutadans. I activitat reglamentada d'interès general hom l'empra exclusivament per aquells supòsits en que el servei es prestat pels particulars prèvia autorització de les entitats locals.

També incorporava el concepte de servei universal per designar un conjunt de requisits d'interès general que garantitzen que determinats serveis es posen a disposició, amb una qualitat especificada, de tots els consumidors i usuaris en tot el territori d'un estat membre, amb independència de la seva situació geogràfica i a un preu assequible. D'aquesta manera, segons el Libro Blanco, els actuals serveis mínims obligatoris segons els trams de població que estableix la LRBRL quedarien configurats com a serveis locals universals, garantint-se a tots els ciutadans que podran accedir-hi en condicions d'igualtat, continuïtat, qualitat i preu assequible, amb independència que la seva prestació es realitzi per l'Administració o per particulars.

La segona consistia en procedir a la substitució de la distinció tradicional entre serveis de gestió directa i indirecta per la nova divisió entre serveis prestats en règim de gestió pròpia i serveis prestats en règim de gestió contractual. Així mateix mira d'esmenar la remissió en bloc a la normativa estatal continguda a

la LOFAGE introduïda per la reforma de la LRBRL del 2003 per una regulació específica més adaptada a la idiosincràsia de les entitats locals. També recomanava introduir en l'ordenament jurídic local les nocions de servei d'interès general i servei universal, procedents del dret comunitari, adaptant-les a les especificacions locals. La distinció entre serveis de naturalesa econòmica i no econòmica es rellevant a efectes comunitaris, ja que, els uns i els altres, no es regeixen per les mateixes normes del Tractat. En aquest sentit, recordava com el paràgraf 43 del llibre Verd de la Comissió sobre els serveis d'interès general estableix que la llibertat de prestació de serveis, el dret d'establiment i les normes en matèria de competència i ajudes estatals solament s'apliquen a les activitats econòmiques.

Finalment, la tercera, com assenyala Venancio Gutiérrez, és la "conveniència de incorporar el principio de libertad asociativa de las entidades locales, recogido en el artículo 10.1 de la Carta Europea de Autonomía Local. El fomento de la gestión asociada a través de entidades interadministrativas de naturaleza jurídica pública, e incluso la posibilidad de acudir a las de naturaleza privada (empresa mercantil interadministrativa, agrupación de interés económico integrado por sociedades mercantiles locales) lo hemos considerado como una de las propuestas más posibilistas del Libro Blanco en orden a conseguir una gestión más eficiente y coordinada de los servicios públicos"¹⁶¹.

2. El segon document és el Anteproyecto de la Ley Bàsica del Gobierno y la Administración Local, de data 5 de febrer del 2007, que després de dos anys de debats amb la participació de representants de l'Administració de l'Estat, de la FEMP i de les associacions professionals de funcionaris locals, a més evidentment dels acadèmics especialment vinculats al món local, va donar com a resultat un text articulat complet que parteix de les propostes de canvis normatius derivades del Libro Blanco.

¹⁶¹ GUTIERREZ COLOMINA, Venancio, "Los modos de gestión de los servicios públicos. La futura regulación de las bases de régimen local. El nuevo papel de la sociedad mercantil local", Revista de Estudios Locales, numero extraordinari, juliol 2006, pàgina 152.

L'exposició de motius de l'avantprojecte parteix d'una nova concepció de l'autonomia local continguda a l'article 137 CE que "no supone una simple garantía de existencia, implica además una declaración de su carácter autónomo como expresión del pluralismo político y manifestación del principio democrático". En un altre paràgraf desenvolupa aqueixa idea: "Siguiendo el principio establecido en la Carta Europea de la Autonomía Local, la Ley define la autonomía local como la capacidad de ordenación y gestión de una parte importante de los asuntos públicos. Se aleja así de la concepción que vincula la autonomía local a la regulación de los intereses locales o al círculo de intereses locales, asumiendo plenamente que en el estado social y democrático de derecho no hay intereses estatales, autonómicos o locales, sino intereses de la ciudadanía y que, por tanto, la articulación entre los diferentes niveles de gobierno exige ponderar criterios de eficiencia económica y participación política. Se entiende así que el principio de subsidiariedad requiere conciliar la capacidad de gestión del gobierno local con la ventaja de la proximidad y el control ciudadano. La autonomía local es, por tanto, un ámbito de decisión política abierto a todas las materias que afecten a quienes vivan en un municipio, lo que significa que el gobierno local no tienen derechos sino competencias. Se trata, en suma, de una delimitación derivada del pluralismo político territorial.

La consecuencia más destacada de esta visión es que las competencias locales no son derivadas sino originarias, no las atribuye el legislador sectorial, únicamente delimita su alcance, fijando a través de una ley el ámbito supralocal de la materia –lo básico- y deja el espacio correspondiente para el municipio, mediante su potestad normativa, impulse propias, de ahí que no quede a voluntad de dicho legislador el concederlas como propias o delegadas."

En l'exposició de motius hom reconeix que la LRBRL del 1985 no conté un llistat determinat i formal de competències, mancança que ha provocat que els ajuntaments detectessin necessitats ciutadanes que han traduït en competències sense reconeixement formal ni finançament, gravant d'aqueixa

manera els seus recursos econòmics. Per solventar aquest dèficit l'avantprojecte de llei regula les competències locals a través d'un triple mecanisme: una clausula general, un llistat de matèries sobre les quals tenen competències i una enumeració material on els ens locals tenen potestat normativa en el marc del comú denominador que estableixin les lleis de l'Estat i de les comunitats autònomes.

En aquella fase del mandat del president Rodríguez Zapatero, quan les senyals d'alerta relatives a la crisi econòmica que es veia venir ja havien de ser teòricament conegudes pel govern espanyol, el discurs oficial pel que fa als principis inspiradors de la reforma del govern local era que un cop fet l'esforç per dotar els ajuntaments d'infraestructures havia arribat l'hora d'atendre a les persones, així que el concepte de nova ciutadania feia fortuna en els cercles del municipalisme governamental abastant un ampli ventall d'activitats prestacionals emparades genèricament sota la clausula de l'estat social establert als articles 1.1 i 9.2 de la Constitució.

Amb aqueixa novetat substancial l'avantprojecte va més enllà de la noció tradicional de competència local i s'endinsen en un àmbit compartit amb la resta de les administracions públiques com són les activitats prestacionals realitzades a l'empara del principi constitucional que impulsa als poders públics a promoure les condicions que facin possible la llibertat i igualtat de les persones i els col·lectius. L'habilitació resulta tan ampla que fa difícil sintetitzar-ne el contingut, però tot apunta cap a les activitats locals que molts ajuntaments ja realitzen en pro de la convivència intercultural de la ciutadania, en la remoció de les pràctiques discriminatòries de tot tipus, les polítiques d'igualtat de gènere, la prevenció de conflictes. En resum podem entreveure en aquesta innovació legislativa un intent de reintroducció de la concepció republicana clàssica de la ciutadania i la transformació social que situava en l'àmbit municipal l'escenari preferent de la seva posta en pràctica.

Dissortadament, malgrat els propòsits d'esmena i superació de l'avantprojecte

respecte de la legislació bàsica existent, no consta en l'exposició de motius cap referència als serveis públics locals ni a la incorporació de nocions innovadores procedents de les directives comunitàries que els afecten. Essent també molt minsa l'atenció a aqueix àmbit en el seu articulat. Així l'article 76 referit als serveis públics locals diu el següent: "Son servicios públicos locales los que creen las Entidades locales en el ámbito de sus competencias, estando sometidos a los principios de igualdad, continuidad y adaptabilidad. Los servicios públicos locales podrán prestarse directamente por las Entidades locales o mediante encomienda a un tercero. La encomienda de gestión a un tercero requerirá la previa existencia del acuerdo formal de creación del servicio de que se trate y su reglamentación." En un sol precepte hom condensa tres elements: la definició –gens innovadora- segons la qual són serveis públics locals els que aqueixos ens preten en l'àmbit de les seves competències, la determinació que els serveis es poden prestar directament (obviant la tradicional divisió entre formes directes i indirectes) o mitjançant l'encàrrec a tercers (elevant aqueixa tècnica contractual interna de l'administració a la categoria omnicomprendiva de la participació dels particulars en la gestió dels serveis).

En els articles següents hom persisteix en el buit normatiu pel que fa a la regulació de l'establiment dels serveis públics que s'arrossega de la LRBRL. Hi ha un precepte significatiu, però: l'article 77.1 incorpora una novedosa configuració del ens que integren el sector públic local:

"A) Las entidades y organismos a que se refieren los párrafos a) y b) del apartado 2 A) de este artículo.

A) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen total o mayoritariamente las Entidades locales.

B) Las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que se constituyan con una aportación mayoritaria de las Entidades locales.

- b. Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas Entidades.

C) Los consorcios en los que la Entidad local haya aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria o se haya comprometido en el momento de su constitución a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano de la Entidad local.”

Deixant de banda, la defectuosa tècnica de la seva redacció, sobta que una qüestió de tant de gruix com és la incorporació de la noció de sector públic a l'ordenament local i més quan se li dóna un abast tan ample com el que es pot apreciar en el seu redactat hagi passat desapercibuda a l'exposició de motius i es limiti a una simple agregació de figures jurídiques fins ara deslligades les unes de les altres. Pel que fa a les formes de gestió dels serveis públics locals aqueix article 77.2 en fa una enumeració continuista respecte de l'article 85.2.A de la LRBRL, destacant només la incorporació de les agències:

“A) Gestión directa:

- a) Por la propia entidad local, con o sin órgano desconcentrado
- b) Organismos públicos locales: organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales y agencias locales.
- c) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública
- d) Cualquier otra fórmula organizativa prevista en las leyes.

B)Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la legislación de contratos del sector público.

Finalment, l'article 77.3 introdueix l'encàrrec de gestió en el terreny fins ara reservat a les formes de gestió amb uns termes genèrics que en dificulten la

delimitació dels supòsits que corresponen a cadascú. “La encomienda de gestión del servicio público podrá recaer sobre la totalidad del mismo o sobre algún aspecto concreto. En este último supuesto, la imposición de obligaciones concretas y determinadas de servicio público deberá también realizarse de acuerdo con las reglas de publicidad y concurrencia. Con carácter previo a la encomienda de gestión a los particulares deberá aprobarse el estudio correspondiente a la forma de financiación del servicio, la correlativa forma de gestión indirecta y la Ordenanza del servicio”.

Analitzat en conjunt aqueixos preceptes hom pot observar que es manté la confusió entre serveis públics i activitats econòmiques, ja que aquestes darreres (esmentades només de passada a l'article 76.2) no tenen un marc conceptual diferenciat que especifiqui els principis bàsics del seu funcionament. No estaria de més reiterar que aquestes activitats econòmiques s'han de desenvolupar en règim de lliure competència en peu d'igualtat amb els altres operadors privats i si bé han de respondre a un interès local. Cal tenir en compte que, llevat de les aportacions econòmiques o materials efectuades per la corporació local en el moment de la creació de la persona jurídica que ha de desenvolupar l'activitat econòmica, les relacions futures entre aquesta i l'administració municipal s'ha de sotmetre a processos de licitació pública en peu d'igualtat amb els demés operadors privats sense que es puguin adjudicar directament contractes de cap mena que distorsionin la lliure competència.

Finalment, sobta també la referència incompleta que hom fa a la normativa comunitària sobre serveis d'interès general, un concepte que no apareix en la versió definitiva de l'avantprojecte llevat de l'incís contingut a l'article 76.2 en referir-se a la potestat dels ens locals “para crear servicios públicos para el ejercicio de actividades económicas en régimen de competencia, en la medida en que la aplicación de las normas sobre competencia no impida de hecho o de derecho el cumplimiento de la misión asignada”. Aqueix redactat enllaça amb el significat que tenia originàriament l'antic article 86.2 del TUE quan la menció “empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general” els

tractadistes espanyols aseveraven la seva compatibilitat amb la concepció del servei públic local pròpia del dret estatal espanyol. Així, per exemple, Tomas-Ramon Fernandez opina que: "El precepto transcrito se sitúa por encima de las tradiciones peculiares de cada estado miembro, tanto de los que han seguido el cauce de la publicatio formal de actividades y su consiguiente calificación formal como servicios públicos, como de los que para resolver el mismo problema han seguido la vía de la regulación de las mismas, incorporando a esa regulación los elementos precisos para asegurar la prestación regular e ininterrumpida que reclama la obligada satisfacción de las necesidades generales que están en la base de las mismas. A esas necesidades hace mención la expresión "misión específica" que el precepto emplea. Los servicios de interés económico general a que éste alude juegan, pues, el papel de un supraconcepto, que no niega ni excluye el nuestro de servicios públicos, sino que simplemente lo engloba y lo comprende"¹⁶².

Finalment, sorprèn la propensió dels redactors de l'avantprojecte a l'hora d'entrar al detall del règim jurídic d'organismes i entitats públiques empresarials (article 78) quan no s'aplica el mateix criteri a les societats mercantils de capital públic, que són tant abundants en el mapa municipal, i que plantegen qüestions de fons, com la delimitació dels àmbits d'actuacions del dret privat i del dret administratiu que efectivament requereixen un major desenvolupament legislatiu. Això mateix es pot predicar dels articles referits al règim de les fundacions (article 79) i els consorcis (80). Aquests dos preceptes contenen referències genèriques a dos persones jurídiques que, tot i no ser pròpiament formes de gestió dels serveis públics, s'utilitzen per les entitats locals per realitzar activitats prestacionals. Encertadament l'art. 79 limita l'àmbit material en el qual podran actuar les fundacions evitant l'expansió d'aquesta fórmula fundacional cap a altres camps que no encaixen amb la naturalesa científica, educativa, cultural, benèfica o similar de les seves activitats. Resta interdit a les fundacions creades pels ens locals "ejercer potestades públicas y únicamente

¹⁶² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, "Del servicio público a la liberación desde 1950 hasta hoy", Revista de Administración Pública nº150, setembre-desembre de 1999, pagina 44.

podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de la entidad fundadora, coadyuvando a la consecución de los fines de la misma y sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias". Aquesta limitació material no existeix pel que fa als consorcis que poden abastar qualsevol servei públic i finalitat d'interès comú entre les entitats locals, altres administracions públiques i entitats privades sense ànim de lucre. La regulació bàsica que es proposa no aporta cap novetat respecte a la normativa vigent.

3. Finalment, en data 1 de setembre del 2010 va veure la llum un nou "Anteproyecto de reforma del règimen local básico" que no millora, ans al contrari l'avantprojecte de l'any 2007 i del qual només val la pena destacar que proposava un redactat atípic al seu article 77 dedicat a "**Formas de organización de las funciones y los servicios públicos locales**", amb el **tenor literal següent:**

"Las Entidades locales reguladas en esta Ley, además de desarrollar las funciones y prestar los servicios de su competencia mediante la organización administrativa bajo la responsabilidad directa de sus órganos superiores de gobierno, pueden descentralizar unas y otros, según proceda por razón del objeto, en:

a) Organismos públicos creados al efecto y dotados con personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, bajo alguna de las siguientes formas:

1º. Organismos autónomos locales, que se rigen por el Derecho Administrativo, a los que se encomienda, en régimen de descentralización funcional, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos de competencia local.

2º. Entidades públicas empresariales locales, que se rigen por el Derecho privado con la excepción de la formación de la voluntad de sus órganos, en el

ejercicio de las potestades administrativas que tengan expresamente atribuidas, así como en las demás excepciones previstas en la legislación, a las que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés públicos susceptible de contraprestación.

b) Fundaciones locales que se constituyan con una aportación mayoritaria de las Entidades locales, o bien que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas Entidades.

c) Sociedades mercantiles locales, cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública.

d) Consorcios y cualquier otra organización permitida expresamente por las Leyes.”

En perdre el PSOE les eleccions generals del 2011 aqueix avantprojecte va perdre tota virtualitat i no serà fins a l'estiu d'enguany (2012) que el govern del PP reprendrà la tasca d'ntentar reformar el règim local bàsic des d'una altra perspectiva totalment diferent i en un context de crisi econòmica sense precedents.

4. LA NORMATIVA SOBRE LA LIBERALITZACIÓ I LA REORDENACIÓ DEL SECTOR PÚBLIC

El procés de canvi ideològic i polític operat a l'Europa comunitària a partir de la dècada dels anys vuitanta del segle XX conegut genèricament amb la denominació de "liberalització econòmica" ha consistit en un conjunt de reformes legals i administratives inspirades en el redescobriment dels mecanismes propis del mercat, de la vida empresarial i del Dret privat. Aqueix fenomen s'ha materialitzat en dos sentits: d'una banda, en el pas del règim d'intervenció pública en les activitats econòmiques a un sistema de regulació (tot vetllant per obligacions de servei públic imposades a les empreses, ja fossin públiques o privades, atesa l'obertura dels mercats a la lliure concurrència efectiva), i d'altra banda, en la reordenació –sovint, reducció– dels ens instrumentals integrants del sector públic de les diverses administracions estatl, catalana i local.

A. L'Estat espanyol, evidentment, no ha estat aliè a aqueix procés d'abast continental i al seu torn va anar adoptant modificacions legislatives de caire liberalitzador. El sector públic estatal estava configurat a partir de la guerra del 1936-1939 per l'Instituto Nacional de Industria (INI), creat l'any 1941 com un organisme autònom aplicant les concepcions polítiques d'un estat totalitari que suplia l'absència de l'empresariat en sectors estratègics amb la intervenció directa de l'Administració. L'INI va mantenir i ampliar el seu entremat al llarg del franquisme fins que ja un cop aprovada la Constitució del 1978, del tronc comú se'n va desvincular l'any 1981 l'Instituto Nacional de Hidrocarburos concebut per la Ley 45/1981, de 28 de desembre, com una entitat de dret públic subjecta en la seva actuació al dret privat.

Un cop incorporat el Regne d'Espanya a les Comunitats Europees, a partir del 1986 s'inicia un procés d'adaptació progressiva al dret comunitari que té una primera plasmació en la modificació de les normes aplicables a l'INI mitjançant la introducció de l'article 123 de la llei de pressupostos generals de l'Estat per al

1989 que el transformà en una entitat de dret públic adscrita al Ministerio de Industria y Energia amb la finalitat d'impulsar i coordinar les activitats del sector públic empresarial de l'Estat.

L'accés al poder estatal del PSOE amb la presidència de Felipe González (1982-1996) no suposà inicialment canvis en l'estructura de l'INI, però si el tancament d'indústries inviàbles econòmicament com el sector de la construcció naval i la mineria. No fou fins als darrers temps de l'etapa de govern socialista que es va produir una incipient despublicació amb el desmantellament del monopoli del petroli existent a la península des de 1927 mitjançant la llei 34/1992, de 22 de desembre, d'ordenació del sector petrolífer. Els passos més decidits es donaren l'any 1995 amb l'aprovació de lleis com la 5/1995, de 23 de març, de règim jurídic de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, que va instaurar el mecanisme d'autorització administrativa prèvia sobre empreses públiques privatitzades com a mecanisme de control substitutiu de la participació accionarial majoritària en mans de l'Estat amb la finalitat de garantir la continuïtat del servei encomat i la protecció de l'interès públic.

També es va aprovar el Real Decreto-ley, de data 16 de juny de 1995, de creació de determinades entitats de dret públic. Aquest decret-ley fou convalidat posteriorment i va donar lloc a la Llei 5/1996, de 10 de gener de la creació de determinades entitats de dret públic¹⁶³. Segons Tomás-Ramón Fernández i altres tractadistes del dret administratiu espanyol, en aquest text legal es conté el certificat de defunció de l'empresa pública espanyola¹⁶⁴. El decret-ley en qüestió deroga la llei del 1941 que va crear l'Instituto Nacional de Industria, (INI), el suprimeix, així com l'Instituto Nacional de Hidrocarburos, (INH), i reagrupa les empreses d'un i altre, en dos ens de nova creació: l'Agència Industrial de l'Estat (entitat de dret públic de les previstes a l'article 6.5 del text refòs de la LGP) i la Societat Estatal de Participaciones Industriales

¹⁶³ BOE nº 11, de 12 de gener de 1996.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, "Empresa pública y servicio público: el final de una época", a la Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, nº 89, gener-març de 1996.

(entitat de dret públic de les previstes a l'article 6.1.b) del text refòs de la LGP). La primera concebuda com a gestora d'empreses en procés de reconversió i la segona com a cap de grup de les empreses susceptibles de ser rendibles. Es configuren, doncs, com a instruments transitoris cap a la liquidació o absorció pel sector privat de les empreses públiques que s'aniran desprenent progressivament del sector públic estatal. Només subsistiran aquelles que siguin rendibles per la hisenda pública, abandonant-se acceleradament la concepció segons la qual eren eines de política econòmica i social.

La política del PSOE basada en industrialitzar "Espanya" des de l'Estat, (ja que Euskal Herria i Catalunya ja eren països industrialitzats per la seva pròpia iniciativa privada), impulsar una economia competitiva a nivell europeu a base de concentrar grans masses de recursos públics en grups empresarials de titularitat estatal (Argentaria, Repsol, Iberia, Telefonica), va començar a defallir en el període 1993-1996, quan es va iniciar una accelerada privatització d'aquests grups empresarials provocada per la crisi econòmica d'aquells anys, tot i que es va procurar mantenir la idea fundacional de ser grans instruments de la política econòmica espanyola.

Aquestes pretensions van entrar aviat en contradicció amb la política comunitària segons la qual la llibertat de mercat impedeix, o millor dit restringeix només per a casos excepcionals, la possibilitat que des les administracions s'ajudi, directament o indirectament, les empreses estatals perquè a la llum de la doctrina imperant en l'ordre comunitari suposarien un falsejament del principi de lliure competència. Un precedent parcial en aquesta línia es troba també en la Llei 30/1994, de 24 de novembre, dita de fundacions, que va restringir l'àmbit de la bonificació del noranta-nou per cent de la quota de l'Impost de Societats a les societats mercantils de capital íntegrament públic que presten serveis obligatoris, restant excloses les activitats econòmiques i els serveis voluntaris.

La Llei 43/1995, de 27 de desembre, de l'Impost de Societats va variar una

mica el plantejament, quan en l'article 32 especifica que la bonificació del noranta-nou per cent correspondrà a les quotes íntegres resultants de les rendes derivades de la prestació de serveis compresos en els articles 25.2 i 36.1,a) ,b) i c) de la LRBRL, excepte quan s'explotin pel sistema d'empresa mixta o de capital íntegrament privat.

"Bajo la década socialista (es refiere al período 1982-1992, quan el PSOE va governar amb majoria absoluta) las pocas medidas despublicadoras que se adoptan dan la impresión de tomarse porque no se tenía más remedio, porque lo exigía la Comunidad Europea, no porque se diseñar ningún nuevo modelo sobre el papel de los Poderes públicos con respecto a la economía. Y se intenta incluso compensarlas por otras vías"¹⁶⁵. Certament, el PSOE mentre a nivell comunitari donava decidit suport al Tractat de Maastricht i a la política de convergència econòmica que comportava, en el pla interior es va mantenir aferrat, mentre li va ser jurídicament possible, a la retenció per part de l'Estat dels poders clau per a la direcció econòmica i a una concepció política intervencionista inspirada en el model francès.

Amb l'accés al poder del Partit Popular comandat pel president José María Aznar (1996-2004), la tendència cap a una adaptació de l'ordenament jurídic estatal a les directives comunitàries en un sentit liberalitzador s'intensificà decididament. Així, en aquest sentit cal destacar que una sèrie de decrets-llei aprovats el 7 de juny d'aquell any amb tot de mesures orientades a la finalitat comuna de reactivar l'economia a base d'eliminar els obstacles que l'activitat administrativa interventora oposava a l'activitat emprenedora dels particulars. El Real Decreto-ley 5/1996, de juny, de mesures liberalitzadores en matèria de sòl o el Decreto-ley 6/1996, de 7 de juny, de liberalització de les telecomunicacions en són alguns dels exmples més significatius.

Un document que sintetitza el capteniment del PP és l'acord del Consejo de

¹⁶⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "La regulación económica en España", dins l'obra conjunta amb Juna Manuel de la Cuétara y Gaspar Ariño, "El nuevo servicio público", Marcial Pons, Madrid, 1997, pàgina 199.

Ministros de 28 de juny del 1996 pel qual s'estableixen les Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial. Después de fer un breu repàs històric a la configuració del sector públic empresarial estatal al llarg del segle XX (proteccionisme al anys vint, autarquia als anys quaranta) situa a la dècada entre 1970-1980 l'absorció "indiscriminada de empresas con seras dificultades financieras, lo que generó un crecimiento heterogéneo e irracional de la empresa pública en nuestro país". Aqueixa pràctica ha generat una estructura empresarial que no respon a cap criteri econòmic sòlid, segons reconeixen els redactors del document. "El estado es así en la actualidad propietario de todo tipo de empresas, rentables y no rentables, que están en competencia directa con el Sector Privado y que, en algunos casos, son monopolistas", constaten.

"Es voluntad del Gobierno profundizar en el proceso de privatizaciones, como un elemento complementario del objetivo general de política económica de liberalizar la economía española, requisito previo para corregir los desequilibrios económicos básicos de la misma, con atención especial a la creación de empleo", afirman. I afegeixen: "El papel del Estado en el nuevo escenario económico debe consistir, primordialmente, en crear un entorno económico institucional lo más favorable posible para la competitividad de la empresa, mediante la apertura y liberalización del sistema económico y la reducción y saneamiento del sector público empresarial". Amb aqueix propòsit s'aproven les "Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado", i redefeixen les funcions de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales i la Sociedad Estatal de Patrimonio per tal de menar un procés de privatització consistent en la transferència total o parcial de la propietat de les empreses, participacions en el capital, accions, actius o unitats de negoci orientat a la pèrdua de la influència decisiva del sector públic en les empreses concretes afectades.

Deu anys después de la publicació de l'acord del Consejo de Ministros de 28 de juny del 1996, el professor de l'IESE Xavier Vives feia balanç al febrer del 2007 i

titulat "El buen gobierno de las empresas públicas"¹⁶⁶, en aqueixos termes: "España ha recorrido un largo camino privatizando empresas en búsqueda de la eficiencia económica. El sector público empresarial estatal permanece en sectores en declive o retroceso, como la minería o el naval; en comunicación, como RTVE, y en transporte, como RENFE o AENA. Cabe preguntarse por el papel del Estado en estos sectores." I més endavant, després de recomanar "la reestructuración" de les empreses que no són viables per a què no absorbeixin els recursos disponibles pels sectors en expansió, conclou: "Ahora bien, la privatización no es una panacea, puesto que para que dé los frutos deseados es necesario que haya suficiente competencia en el mercado y que, en los sectores sujetos a regulación, existan reguladores independientes y con atribuciones suficientes. Para que exista competencia, entre otros elementos, debe existir una estructura de mercado adecuada.

La presencia del regulador independiente es crucial, puesto que la privatización de una empresa pública no necesariamente la sustrae de la influencia del poder político si ésta actúa en un sector regulado que depende en buena medida de las decisiones del Gobierno. Si las decisiones sobre tarifas y remuneración de inversiones, por ejemplo, están en manos del Gobierno, la empresa. Aunque sea privada, tendrá tendencia a seguir las preferencias del Gobierno (poder político), y esto se trasladará incluso a la composición de los consejos de administración. Naturalmente, esto nos lleva a procedimientos para garantizar que los reguladores sean independientes. El sistema actual de selección de consejeros reguladores, que en la práctica responde a cuotas de los partidos políticos, no parece compatible con una estructura de regulación moderna y adaptada a los mercados internacionales abiertos y competitivos. El proceso de selección de consejeros para los organismos reguladores debería abrirse a concursos transparentes internacionales que se basen fundamentalmente en el mérito, capacidad y profesionalidad de los candidatos. En este sentido, se debería estudiar el ejemplo del Reino Unido".

¹⁶⁶ VIVES, Xavier, "El buen gobierno de las empresas públicas", Occasional Paper número 7, IESE, febrer del 2007.

Les dues legislatures presidides per José Luis Rodríguez Zapatero (2004-2011) no aportaren modificacions substancials introduïdes en el sistema normatiu de motu propio, més aviat les escasses lleis que s'aprovaren ho foren per donar compliment a directives comunitàries o a sentències del TJCE.

a) En el primer cas s'escau esmentar la llei 4/2007, de 3 d'abril, de transparència de les relacions financeres entre les administracions públiques i les empreses públiques i de transparència financera de determinades empreses que transposa la Directiva 2006/111/CE de la Comissió, de 16 de novembre, amb idèntic títol.

L'article 1 especifica que la llei té per objecte:

- garantir la transparència de les relacions financeres entre les Administracions públiques i les empreses públiques mitjançant el subministrament d'informació sobre la posada a disposició de fons, directament o indirectament, així com la seva motivació i utilització efectiva.
- garantir la transparència en la gestió d'un servei d'interès econòmic general o la realització d'activitats en virtut de concessió de drets especials o exclusius a qualsevol empresa, quan aquesta realitzi a més altres activitats diferents de les anteriors, actui en règim de competència i rebi qualsevol tipus de compensació pel servei públic, imposant l'obligació de portar comptes separats i informar dels ingressos i costos corresponents a cadascuna de les activitats i sobre els mètodes d'assignació emprats.

La seva finalitat doncs, tal com consta a l'exposició de motius, és evitar els abusos de posició dominant per part d'aquestes empreses, així com controlar les relacions financeres existents entre aquestes empreses i les administracions públiques estatals, autonòmiques i locals, permetent l'efectivitat de les normes sobre competència vigents en l'àmbit comunitari.

Pel que fa a l'àmbit subjectiu d'aplicació en l'article 2.1 es defineixen com a empreses públiques: qualsevol en la que els poders públics puguin exercir,

directament o indirectament, una influència dominant per raó de la propietat, de la participació financera o de les normes que les regulen. Pel que fa concretament a l'Administració de l'Estat l'article 2.2 considera empreses públiques les contingudes en l'article 166 de la Ley 33/2003, de 3 de novembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas.¹⁶⁷

Pel que fa a l'àmbit autonòmic i local, l'article 2.3 estableix que es consideraran empreses públiques les entitats en les quals concorrin les circumstàncies mencionades a l'apartat primer d'aqueix mateix article.

L'objectiu de la norma és evitar els abusos de posició dominant per part de les empreses que tenen concedits drets especials o exclusius o estiguin encarregades de la gestió de serveis d'interés econòmic general, que rebin qualsevol mena de compensació pel servei públic i que realitzin també altres activitats. Justament és aquest darrer aspecte el que resulta més interessant a l'objecte d'aquest treball ja que la nova llei adopta mesures orientades a fer efectiva la transparència de les relacions financeres entre administracions públiques i empreses públiques a través del subministrament d'informació sobre la disposició de fons per part d'aquestes empreses, així com la motivació del seu atorgament i l'efectivitat de la seva utilització. Especialment quan les

-
- a. ¹⁶⁷ L'article 166.1 de la LPAP inclou: Las entidades públicas empresariales, a las que se refiere el [capítulo III del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado](#).
 - b. Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 %, de operaciones realizadas en el mercado.
 - c. Las sociedades mercantiles estatales, entendiendo por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el [Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria](#), integran el sector público estatal, sea superior al 50 %. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.
 - d. Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el [artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores](#) respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.

empreses públiques gaudeixin de drets especials per raó dels serveis d'interés econòmic general que presten i si realitzen, a més a més, altres activitats diferents de les anteriors actuant en règim de lliure competència i alhora rebin qualsevol tipus de compensació pel servei públic. En aquests casos se'ls imposa l'obligació de dur comptes separades i d'informar sobre els ingressos i els costos corresponents a cadascuna de les activitats i sobre els mètodes d'assignació emprats.

L'article 8, especifica quines són les empreses públiques obligades a portar comptes separats: "cuando las Administraciones pública s de ámbito estatal, autonómico o local le hayann concedido derechos especiales o exclusivos o le hayan confiado la gestión de un servicio de interés económico general, reciba cualquier tipo de compensación por getsionar ese servicio de interés económico general o explotar esos derechos especiales o exclusivos y lleve a cabo otras actividades".

L'article 11 detalla els criteris d'assignació i imputació dels ingressos i els costos, tot especificant que s'identificaran cadascuna de les activitats realitzades per l'empresa, diferenciant les desenvolupades arran de la concessió de drets especials o exclusius o gestió de serveis d'interès econòmic general i altres. I a cada activitat se li assignaran els ingressos i els costos que li corresponguin de manera exclusiva o directa i s'imputaran amb criteris racionals els que siguin comuns a dues o més activitats.

Així, doncs, el que és novedós d'aquesta llei és que incorpora un criteri bàsic: és perfectament possible que una mateixa empresa desenvolupi alhora serveis econòmics d'interés general i també activitats econòmiques en règim de lliure concurrència, quan fins ara la normativa estatal havia sostingut una separació de règims jurídics aplicables. S'entendrà per dret exclusiu (article 8.3) qualsevol dret concedit per una administració pública a una empresa mitjançant norma legal, reglamentaria o resolució administrativa que reservi en exclusiva la referida empresa el dret a prestar un servei públic o emprendre alguna

activitat en una zona geogràfica específica.

S'entendrà per dret especial qualsevol dret concedit per les Administracions públiques a un nombre limitat d'empreses, mitjançant norma legal, reglamentària o resolució administrativa que en una zona geogràfica específica: a) limiti a dues o més el nombre d'empreses autoritzades a prestar un servei o emprendre una activitat per aplicació de criteris que no siguin objectius, proporcionats i no discriminatoris; b) designi, d'acord amb aquests criteris, varies empreses autoritzades pre prestar un servei o emprendre una activitat, i c) concedeixi a una o varies empreses, d'acord amb aquests criteris, avantatges legals o reglamentàries que afectin substancialment a la capacitat de qualsevol altra empresa per a prestar el mateix servei o exercir la mateixa activitat en la mateixa zona geogràfica en condicions substancialment equivalents.

Els títols competencials sobre els quals s'ha bastit el procés de liberalització establert per la llei 4/2007 han sigut els apartats 13 i 18 de l'article 149.1 de la CE, reguladors de les bases de l'activitat econòmica i de les bases del règim jurídic de les administracions públiques. Així, resulta aplicable plenament a l'administració local.

b) La segona mena d'iniciatives legislatives adoptades durant el mandat del president Zapatero foren per donar compliment a sentències del TJCE que havien determinat la incompatibilitat de la normativa estatal amb la comunitària. Aqueix és el cas de la Ley 13/2006, de 26 de maig, que deroga expressament la Ley 5/1995, de 23 de març, que regula les alienacions de participacions públiques que fou el TJCE va declarar inadequada al dret comunitari europeu mitjançant sentència de 13 de maig del 2003 (assumpte C-463/00).

Per tal d'adequar el contingut de la llei del 1995 a la sentència, hom va incloure una Disposición Adicional Vigésimo Quinta a la Ley 62/2003, de 30 de

desembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social però la Comissió Europea trobà insuficient i no conforme el seu contingut i requerí al govern espanyol mitjançant carta d'emplaçament de data 7 de juliol del 2004 que rectificués sota advertiment de sanció a l'empara de l'article 228.2 del TCCE. Així s'arribà a l'aprovació de la Ley 13/2006 que deroga completament la Ley 5/1995.

c) Gairebé al final del mandat del president Rodríguez Zapatero, ja en plena crisi econòmica, s'aprova Ley 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible que dedica el capítol IV del títol I a la sostenibilitat financera del sector públic, sense que s'hagin concretat mesures de millora del marc regulatori limitant-se a una heterogènia i asistemàtica enumeració de bons propòsits en relació a la gestió de les empreses públiques a les quals recomana l'adopció de plans d'austeritat (article 34 de la LES, els configura com a instruments que han de permetre mantenir l'equilibri pressupostari d'acord amb la normativa d'estabilitat pressupostària).

Finalment, el Consejo de Ministros adoptà el 30 d'abril del 2010 un Acuerdo de racionalización del sector público derivat del pla d'estabilitat tramès a la Comissió Europea on s'inclouen una sèrie de mesures per tal de reduir la despesa pública: fusió d'empreses, reducció del nombre de consellers i de directius de les empreses públiques, supressió de les fundacions que puguin ser absorbides per les estructures administratives dels departaments ministerials.¹⁶⁸

d) El nou govern espanyol sorgit de la victòria del PP a les eleccions del 2011 i presidit per Mariano Rajoy, enllaçant amb l'acord del Consejo de Ministros del 1996 a l'inici del primer govern Aznar, pren un altre acord, (de data 16 de març del 2012), tot aprovant el "plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal" que es desenvolupa per una Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (BOE, número 72, de 24

¹⁶⁸ Veure el Real Decreto 390/2011, de 18 de març, Pel qual es modifiquen els estatuts de la Fàbrica Nacional de Moneda y Timbre i de l'Institut de Crèdit Oficial, BOE del 31 de març del 2011.

de març) al preambul del qual s'exposa que a l'empàra de l'article 34 CE, que reconeix el dret de fundació amb finalitats d'interès general, s'ha produït un "claro incremento del uso de la técnica fundacional en el ámbito de la gestión pública no siempre justificado o proporcionado". Així mateix reconeix també "un incremento sin parangón del sector público empresarial y fundacional en el ámbito autonómico y local, y de otro, la existencia en el sector público empresarial y fundacional estatal con duplicidades y solapamientos en las estructuras societarias junto con ineficiencias operativas que conllevan incremento del gasto". Per això hom es proposa "abordar de forma decidida la reducción y el saneamiento del sector público empresarial y fundacional" estatal i que aqueixos criteris siguin assumits per les comunitats autònomes i les corporacions locals per tal que redueixin també els seus respectius sectors públics empresarials i fundacionals.

La reestructuració que el govern espanyol vol enfilar es fonamenta en els articles 168 i 169 de la Ley 33/2003, de 3 de novembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas i en la Ley 50/2002, de 26 de desembre, de Fundaciones. Així s'autoritzen als annexos d'aqueixa Ordre ministerial una sèrie d'operacions de canvi de titularitat, fusions i extincions i s'obliga als administradors de les societats mercantils públiques afectades a aprovar un pla de "redimensionamiento sobre la adecuación de las estructuras organizativas, laborales, inmobiliarias y de recursos resultantes de su nueva situación" que haurà d'estar aprovat dins del termini de dos mesos a comptar de la data de formalització de les operacions societàries que afectin a cadascuna d'elles.

De la lectura conjunta d'aqueixos dos acords governamentals adoptats amb setze anys de diferència pel mateix partit, amb l'interval dels set anys de presidència de José Luís Rodríguez Zapatero (PSOE), hom pot arribar a la conclusió que el procés de privatització del sector públic estatal ha estat incomplet, que no ha assolit el nivell de competetivitat escaient a una economia de lliure mercat per part de les empreses resultants i que han fallat els mecanismes de regulació independents per garantir un funcionament obert i

competitiu.

B. Pel que fa a la reordenació del sector públic autonòmic hom pot observar, referint-nos exclusivament al cas de la Generalitat de Catalunya, com el Decret Legislatiu 2/2002, de 24 de desembre, va aprovar el text refòs de la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'empresa pública catalana, la primera norma legal autonòmica a donar un tractament omnicomprensiu de l'empresa pública que incorpora unes categories desconegudes a la legislació estatal. Aqueix és el cas de les societats civils o mercantils vinculades a la Generalitat, és a dir, les gestores de serveis públics de titularitat autonòmica o les que hi han subscrit convenis i aquelles en les quals el govern català posseeix la facultat de designar tots o una part dels òrgans de direcció o participa –directament o indirectament- en els amteixos amb un mínim del 5% del capital social.

El Decret Llei 4/2010, de 3 d'agost, de mesures de racionalització i simplificació de l'estructura del sector públic de la Generalitat va emprendre la tasca de reordenar-lo tot suprimint i dissolent els ens instrumentals quan s'apreciï que el seu manteniment no resulta necessària per bé que les funcions encomanades poden ser assumides per altres entitats existents o directament per la mateixa administració de la Generalitat. Posteriorment, la Llei 11/2011, de 29 de desembre, de reestructuració del sector públic per tal d'agilitzar l'activitat administrativa. El preàmbul de la Llei mostra una desoladora manca de criteris pel que fa als objectius i les prioritats de la pretesa reestructuració. A més el seu articulat conté disposicions contradictòries amb els propòsits enunciats: la simplificació d'estructures que apareix com a una de les finalitats a l'article 2 és contradictòria la creació de nous ens com l'Agència de Suport a l'Empresa Catalana de l'article 155 i amb l'article 28 que habilita a l'Institut Català de la Salut a crear consorcis i entitats en qualsevol forma admesa en dret, prèvia autorització del Govern català.

C. A l'àmbit local la Disposición adicional Duodécima de la LRBRL, introduïda per

la Ley 57/2003, de Medidas de Modernización del Gobierno Local porta per títol la reordenació de les societats mercantils es limita a una sèrie de mesures reguladores del canvi de titularitat de les accions de les entitats locals en societats mercantils que passin ser coordinades per entitats públiques empresarials sense que hi hagi cap orientació dirigida a l'efectiva reordenació del sector instrumental local, alehores ja sobredimensionat. En realitat era una disposició inspirada directament en l'article 168 de la LPAP sobre la reestructuració del sector públic empresarial estatal mancada de cap mena de plantejament específicament adequat a la realitat dels governs locals.

5. LA LEGISLACIÓ ESTATAL DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

El sistema normatiu local bastit a l'Estat espanyol a mitjan segle passat tenia un dels seus pilars en l'articulació complementària entre el Reglament de Contractació de l'any 1953 i el Reglament de Serveis de l'any 1955 que responia a una concepció global i integradora de l'actuació dels ens locals de l'època. L'encaix entre les formes de gestió dels serveis públics locals i les modalitats contractuals estava ben resolta en base al criteri jurisprudencial (STS de 13 de novembre del 1980) d'aplicació preferent del RSCL sobre les normes contractuals (RCCL i LCE), un esquema que es va trencar amb la LCAP del 1995.

La sistematització del règim contractual aplicable a l'Administració estatal és posterior (la primera versió de la LCE data del 1963), respon a unes concepcions jurídiques diferents a les que inspiren l'ordenament local¹⁶⁹ i es configura com a supletòria d'allò no previst expressament al RCCL. Partint d'aqueix esquema dual local i estatal l'evolució al llarg del darrer mig segle d'ambdues normatives ha estat ben diferent. Així mentre el règim jurídic dels serveis públics locals ha tingut un desenvolupament precari el règim contractual aplicable a l'Estat ha sigut prolífic, accelerat i expansiu fins a abastar el conjunt de les administracions públiques i els seus ens instrumentals, absorbint progressivament l'especificitat normativa local fins al punt de fer-la desaparèixer.

Els canvis experimentats en la normativa contractual estatal a partir del 1995, quan s'aprova la LCAP han estat determinats fonamentalment per la transposició al dret intern de la normativa comunitària en aqueixa matèria. Però no ha estat aqueix l'únic canvi produït ja que aqueixa llei "supuso el fin de una regulación propia de la contratación de la Entidades Locales, quedando derogado expresamente el Reglamento de Contratación de las Corporaciones

¹⁶⁹ GARCÍA ORTEGA, Pedro, "Manual de Contratos del Estado", Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1980.

locales de 1953. Por otra parte la LCAP incorporó al ordenamiento interno las Directivas de la UE, lo que implicó dotar a la regulación de aquella de carácter básico. El significado principal de la Ley fue someter toda la actividad contractual de todas las Administraciones Públicas a la Ley, tanto de los como de los contratos privados de la Administración con la sola excepción de los convenios y contratos que el art. 3 LCAP excluía de su ámbito de aplicación. La Ley 13/1995 (LCAP) al igual que la Ley 53/1999 han venido a reafirmar el regreso al tradicional criterio pragmático y doctrinalmente neutral que se había perdido con la LCE de 1965”¹⁷⁰.

A. La influència del dret comunitari en la reforma del règim del sector públic

A partir del Tractat de Maastricht és quan la UE ha intensificat els esforços per fer realitat un mercat interior europeu on la lliure competència fos efectiva. Aqueix objectiu ha suposat d'una banda, la interiorització de concepcions jurídiques innovadores procedents de la jurisprudència comunitària¹⁷¹ que reiteradament ha fallat considerant incompatible amb les directives europees les normes estatals, alhora que l'impuls liberalitzador que les inspira ha comportat la introducció progressiva de la lliure competència en àmbits fins aleshores reservats a les relacions interadministratives.

El model de regulació contingut a text refós de la Ley de Contratos del Estado del 1965 subsisteix amb lleugeres modificacions fins a l'aprovació de la Lei 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de maig (LCAP), quan hom va donar un pas decisiu per a regular tota l'activitat contractual de les administracions públiques atesa la necessitat de donar compliment a les obligacions derivades de la translació al dret intern de les directives comunitàries que regulaven aquesta matèria (89/400/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, entre d'altres).

¹⁷⁰ CORRAL GARCÍA, Esteban, “Contratación del Sector Público Local”, El Consultor, Madrid, 2008, Tom I, pàgina 130.

¹⁷¹ NOGUERA DE LA MUELA, Belen, “La contractació administrativa local”, dins l'obra col·lectiva “Règim jurídic dels governs locals de Catalunya”, pàgina 762 i següents.

La LCAP va ampliar el seu àmbit d'aplicació subjectiu cap a totes les administracions, deixant fora però les societats mercantils públiques (Disposició Adicional Sisena), una decisió que va haver de ser corregida posteriorment arran d'una sèrie de successives sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees condemnant el Regne d'Espanya per la transposició inadequada de les Directives europees (Sentència de 16 d'octubre del 2003, recurs C-283/2000 i sentència de 13 de gener del 2005, recurs C-84/2003) obligaren a successives reformes legislatives, essent el text refós aprovat per RDL 2/2000, de 16 de juny, (TRLCAP) la variació més significativa. Aqueixes sentències reiteren el caràcter funcional i no formalista de la normativa contractual, indiferent a les denominacions i formes jurídiques, fet que ha obligat als ens instrumentals de les administracions públiques a vincular-s'hi segons el contingut dels seus negocis jurídics establint el criteri interpretatiu segons el qual el concepte d'organisme de dret públic ha d'interpretar-se en sentit ampli. D'aquesta jurisprudència se'n despren que l'estatut de dret privat d'una entitat no constitueix un criteri que pugui excloure la seva qualificació com a entitat adjudicadora.

El Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees va condemnar el Regne d'Espanya en la sentència de 16 d'octubre de 2003 per incomplir les obligacions que li pertoquen en virtut de les directives de contractació obligant a una modificació parcial de l'article 2 de la LCAP mitjançant la llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social per incloure dins de l'àmbit d'aplicació de la llei les societats mercantils públiques en determinades circumstàncies.

En aquest mateix sentit es torna a pronunciar el TJCE en la seva Sentència de 13 de gener de 2005, on es declara l'incompliment per part del Regne d'Espanya de les obligacions que li corresponien en virtut de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE, de 14 de juny de 1993, per no haver adaptat correctament el seu ordenament jurídic intern a aquestes directives, aleshores

vigents, en particular per: a) haver exclòs de l'àmbit d'aplicació del TRLCAP a les entitats de dret privat que reuneixin els requisits per a ser considerades com a poders adjudicadors d'acord amb les esmentades directives; i b) haver exclòs de forma absoluta de l'àmbit d'aplicació del TRLCAP els convenis de col·laboració celebrats per les administracions públiques amb les demés entitats públiques i, per tant, també els convenis que constitueixin contractes públics als efectes de les esmentades directives.

Les modificacions del TRLCAP introduïdes pel Real Decreto ley 5/2005, d'11 de març, de mesures urgents per a l'impuls de la productivitat i per a la millora de la contractació pública, relatives als convenis interadministratius i a la comanda de gestió es reflecteixen en el nou redactat de l'article 3.1 c) que exclou de l'àmbit d'aplicació de la llei els convenis de col·laboració que celebrin les administracions públiques entre si llevat dels convenis l'objecte dels quals sigui un contracte d'obres, de subministrament, de consultoria i assistència o serveis i en un nou apartat l) pel que s'exclouen de l'aplicació de la Llei de contractació pública "*las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública*".

Posteriorment, la Llei 42/2006, de Pressupost generals de l'Estat per a l'any 2007, a la seva Disposició Final Quarta, modifica aqueix apartat per afegir-li el requisit que l'Administració que efectua l'encarrec a les seves societats o entitats detenti sobre elles un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis, i que aquestes societats i entitats realitzin la part essencial de la seva activitat amb les entitats que les controlen. D'aquestes modificacions en resulten quatre nivells d'aplicació de la normativa contractual al conjunt d'administracions, entitats i societats¹⁷² que han anat essent afaïçonats a mesura que els requeriments comunitaris ho han anat exigint.

¹⁷² BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Angel, "La modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo", a la revista La Administración Práctica número 42, maig del 2005.

L'aprovació de la Directiva 2004/17, del Parlament i del Consell, de 31 de març de coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes als sectors de l'aigua, de l'energia, dels transports i dels serveis postals i la Directiva 2004/18 CE de 31 de març sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments van obligar a la seva transposició al dret estatal essent així aprovada la Ley 30/2007, de 30 d'octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

La LCSP va modificar, un cop més, el règim contractual fixant tres categories que actuen com a cercles concèntrics: poder adjudicador, administració pública i sector públic. Segons l'article primer tenen la condició de poder adjudicador l'Estat, els ens territorials, els organismes de dret públic i les associacions constituïdes per un o més d'aqueixos ens o organismes de dret públic. Tenen la consideració d'organismes de dret públic: a) els creats específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil; b) dotats de personalitat jurídica i c) l'activitat dels quals està majoritàriament finançada per l'Estat, els ens territorials o altres organismes de dret públic, o bé la gestió dels quals està sotmesa a control per part d'aqueixos, o bé l'òrgan d'administració, de direcció o de vigilància està integrat per membres dels quals més de la meitat són nomenats per l'Estat, els ens territorials o altres organismes de dret públic.

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido que al concepto de Organismo público debe dársele una interpretación funcional, en el sentido de que un organismo cuya composición y funciones están previstas por la Ley u que depende de una medida considerable de los poderes públicos debe considerarse comprendido en el estado, aunque formalmente no forme parte de él. Porque, como dirá la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/1987, Gebroeders Beentjes vs. Países Bajos), el fin de la Directiva, tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se vería en efecto comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva debiera

ecluirse por el hecho de que un contrato público de obras fuera adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desempeñar las tareas que la ley le confiere, no se hallase formalmente integrado en la Administración del Estado”¹⁷³.

La Directiva 2004/18/CE estableix en el seu considerant número 4 que *"els Estats membres han de vetllar per tal que la participació en un procediment d'adjudicació d'un contracte públic d'un licitador que sigui un organisme de dret públic no causi distorsió de la competència respecte dels licitadors privats"*. D'altra banda, la definició de "contractista, proveïdor i prestador de serveis", continguda en l'apartat 8 de l'article 1 de la mateixa Directiva, no efectua cap diferenciació respecte de la condició pública o privada dels operadors econòmics o contractistes.

Així mateix, s'ha d'assenyalar també que en la regulació dels negocis jurídics exclosos de l'aplicació de la Directiva 2004/18/CE no s'inclou cap menció sobre els negocis jurídics derivats de les relacions entre poders adjudicadors o d'aquests amb altres personificacions públiques, tret dels que fan referència als serveis que s'adjudiquin en virtut d'un dret exclusiu (article 18). Per tant, la directiva comunitària conceptua com a contractes les relacions de tipus onerós que es puguin donar entre un poder adjudicador i un organisme de dret públic. Dit en altres paraules, els negocis jurídics celebrats entre administracions públiques i entre aquestes i les entitats que integren el sector públic, l'objecte dels quals sigui algun dels contemplats en la Directiva sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, quan es celebrin a títol onerós i per escrit, seran considerats, amb caràcter general, contractes i, en conseqüència, els serà d'aplicació plena la normativa comunitària de contractes.

Per tant la regla general és que quan la comanda recau sobre persones

¹⁷³ BALLESTEROS ARRIBAS, Silvia, "Contratación del Sector Público Local", El Consultor, Madrid 2008, Tomo I, pàgina 228.

jurídiques subjectes al dret privat, (les societats mercantils públiques) ha d'aplicar-se la normativa de contractació pública llevat dels casos en que es tracti dels denominats "contractes domèstics" celebrats entre una administració pública i un ens instrumental de la mateixa (organisme autònom, entitat pública empresarial o societat mercantil de capital integrament públic), quan es donin els dos requisits: a) que el poder adjudicador ostenti sobre l'ens instrumental un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis (exigint-se, si es tracta de societats, que la totalitat del capital sigui de titularitat pública) i b) que aqueix ens instrumental realitzi la part substancial de la seva activitat amb el poder adjudicador que el controla.

Tant la doctrina com la jurisprudència comunitària, així com la jurisprudència dels tribunals de l'Estat espanyol, entenen que el control d'una societat per part d'una administració no es demostra només comprovant si la participació accionarial era directa o indirecta, sinó verificant les veritables facultats de control que aquesta administració en qüestió tenia sobre el suposat ens instrumental. Aquestes consideracions ens porten a concloure que, perquè la relació entre una administració i un ens instrumental sigui considerada *house-in*, no cal que la primera ostenti directament la majoria del capital social de la societat instrumental, sinó que és perfectament possible la propietat indirecta de la majoria de les accions per part d'aquesta administració, sempre que la propietat esmentada li atorgui facultats de control suficients com per entendre que ens trobem davant una relació "in house providing" establerta per la sentència del TJCE de 18 de novembre del 1999 (Teckal C-107/98).

"Sin embargo, las propias instituciones comunitarias han empezado a mitigar los efectos de una aplicación extremadamente rigurosa de la doctrina in house, lo que, en la línea antes señalada de ampliar los estrechos márgenes municipales, debe valorarse como buena noticia en un entorno de crisis.

Así, por poner un par de ejemplos, la admisión sin reservas, por una parte, de las sociedades de control conjunto detentada por varios entes locales, y ello

aunque uno o varios de dichos entes ostenten una pequeña parte del capital social de la mercantil controlada conjuntamente (STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto Ponte di Nosa, con cita de los asuntos Asemfo y Coditel). Para el TJCE exigir un cierto grado de control individualizado –por cada municipio– respecto de la correspondiente sociedad no sería acorde con el sistema de contratos y concesiones en Derecho comunitario, que no pretende yugular la posibilidad de autoorganización municipal ni, por tanto, la posibilidad de acudir a la creación de medios propios, incluso bajo esquemas de cooperación interadministrativa, como alternativa a la contratación con entidades externas.

Por otra parte, la doctrina correctora de la STJCE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión contra Irlanda), a cuyo tenor –en un supuesto en el que una autoridad regional prestaba servicios de ambulancia a través de una autoridad local financiada por la primera sin publicidad previa– la mera existencia entre dos entidades públicas, con competencias sobre la materia deducidas de la ley, de un mecanismo de apoyo financiero relativo a los servicios cuya gestión se encarga a una de ellas, no implica necesariamente que dicha gestión constituya el objeto de un contrato público cuya adjudicación deba disciplinarse siguiendo las directrices comunitarias¹⁷⁴.

A. La progressiva assimilació del règim contractual local a l'estatal

L'Estatuto Municipal de 8 de març del 1924 contenia una regulació pròpia en matèria de contractes (articles 161 i següents), desenvolupada pel Reglamento de Contratación de 2 de juliol del mateix any. Aqueixa diferenciació respecte del règim comú estatal es va mantenir durant la dictadura franquista: així a la Ley de Régimen Local del 1950 s'hi explicita una ordenació específica de la contractació local als articles 307 i següents, que va ser desenvolupada pel Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL) de 9 de gener del 1953 que regulava la globalitat dels contractes de les entitats locals.

¹⁷⁴ ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, "Los servicios públicos locales en tiempo de crisis", Anuario del Gobierno Local, Institut de Dret Públic, Barcelona, 2011, pàgina 154.

Els fonaments doctrinals del RCCL partien d'una concepció integral de la contractació pública que ha arribat fins als nostres dies malgrat l'especificitat local hagi estat absorvida dins el conjunt del sector públic: "La totalidad de las normas del Reglamento, tanto las referentes a las formas de contratación como las que hacen referencia a la propia regulación de fondo de los respectivos contratos, han de aplicarse indiferentemente a todo contrato concertado por las Administraciones locales cualquiera que sea su materia o contenido. Esta concepción innovadora es fruto y consecuencia de una corriente doctrinal según la cual todos los contratos celebrados por la Administración son idénticos en el sentido de que no presentan especialidad sobre el contrato común que regula el Código civil. Esta teoría del contrato administrativo, reflejada en el RC y fruto de sus insignes redactores Manuel Ballbé y Fernando Albi una vez depurada es la hoy imperante en la doctrina contractual"¹⁷⁵.

El RCCL és anterior a la Ley de Bases de Contratos del Estado del 1963, modificada pel text articulat del 1965 vigent fins a l'aprovació de la LPAP només regulava la contractació de l'administració estatal. Durant la transició entre el final del règim franquista i l'aprovació de la CE els ens locals van continuar tenint una regulació pròpia en matèria de contractació. El text articulat parcial de la Ley 41/1975, aprovat per Real Decreto Ley 3046/1977, de 6 d'octubre, donava continuïtat a aqueixa tradició en els seus articles 108 i posteriors, especificant que en defecte de la regulació pròpia hom aplicarà amb caràcter supletori la legislació de contractes de l'Estat.

A la Constitució del 1978 s'estableix (article 149.1.18) que la legislació bàsica de la contractació pública correspon a l'Estat i conseqüentment el seu desenvolupament a les comunitats autònomes. La BRBRL de 1985 va reconèixer les especialitat de la contractació local a l'article 88. Si bé la STC 214/1989, de 21 de desembre, va declarar inconstitucional l'article 5, apartat C)

¹⁷⁵ CORRAL GARCÍA, Esteban, "Evolución de la legislación de contratos de la Administración", dins l'obra col·lectiva "Contratación del Sector Público Local", El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2008, pàgina 124.

de la LRBRL relatiu al sistema de fonts aplicable a la contractació local. Atès el caràcter expansiu que ha tingut la regulació bàsica estatal en aqueixa matèria no hi ha pràcticament aspectes substancials susceptibles de regulació pròpia per part de les comunitats autònomes. En el cas de Catalunya un avantprojecte de Reglament de contractes preparat pel Departament de Governació l'any 1985 no va arribar ni tan sols a iniciar els tràmits per a la seva aprovació¹⁷⁶. L'Estat però també va deixar d'actualitzar una normativa contractual específica per les entitats locals i va enfilar el camí cap a la absorció d'aquesta dins el conjunt del règim de contractes comú a totes les administracions públiques que es va anar gestant a conseqüència de l'adhesió del Regne d'Espanya a l'Acta Única Europea l'any 1986.

Pel que fa a l'administració local la subjecció a la LCSP és la següent:

a) Qui tingui la consideració d'administració pública és, en tot cas, poder adjudicador (article 3.3 LCSP), i amb independència de la quantia de l'import dels contractes, la seva preparació i adjudicació es regula de forma precisa i detallada en la LCSP, concretament en el títol I del llibre II i en el capítol I del títol I del llibre III, de forma respectiva. Constatem, per tant, que l'administració local té la consideració d'administració pública i, per tant, és poder adjudicador.

En canvi, de la previsió legal "no obstante, no tendrán la consideración de Administraciones públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales" (art.3.2 in fine LCSP), es pot deduir que a partir de l'entrada en vigor de la LCSP, a efectes de contractació pública, no tindran la consideració d'administració pública, o pel que fa a l'àmbit local objecte de la nostra atenció en aquest capítol, les entitats públiques empresarials en l'àmbit local, degut a la DT segona LMMGL i als arts. 85.2, lletres a i c, i 85 bis LBRLL.

¹⁷⁶ Ramon Massaguer Mir fou l'encarregat de coordinar els treballs de redacció en els quals vaig tenir ocasió de participar puntualment.

b) Respecte a poders adjudicadors del sector públic que no són administració pública, aquí s'inclouran els ens de dret públic i les fundacions privades en mà pública i les empreses públiques locals que reuneixin els requisits que recull les directives comunitàries en referir-se al concepte organisme de dret públic. Les empreses que tinguin la consideració de mitjà propi, en tot cas, s'estimarà que són poder adjudicador (art.4.n LCSP).

c) Ens del sector públic que no són poder adjudicador. Del disseny de l'art. 3 i concordants, s'entén que la LCSP es decanta perquè en aquests casos s'apliquin unes regles de transparència i concurrència que permetin adjudicar a l'oferta econòmicament més avantatjosa.

d) Per últim, s'ha de recordar que la LCSP s'aplica, també –quan l'import és de l'indar comunitari- als contractes públics de qui no és poder adjudicador ni sector públic (art. 3.1 LCSP) i als que estén la seva aplicació per imperatiu dels arts. 17 i 250 LCSP (contractes subvencionats i concessionaris, respectivament) en la mesura en què existeix un finançament públic en aquesta relació jurídica.”.¹⁷⁷

De la mateixa LCSP se'n deriva també un sistema de fonts aplicable a la contractació local que estableix el següent ordre de prelación: “L'actual normativa de contractes s'erigeix en la font primària de la contractació local. Ara bé, no tots els preceptes de la LCSP gaudeixen del mateix valor, uns són bàsics i d'aplicació directa a la contractació local, mentre que la resta únicament seran aplicables de forma supletòria, permetent-se que el caràcter de normes bàsiques arribi a aquelles normes que es promulguen per l'Administració general de l'Estat en desplegament dels preceptes d'aquesta Llei que ostenten aquest caràcter, i constitueixin el complement necessari del citat caràcter, i així s'assenyali en la pròpia norma de desenvolupament, tal i com es ve entenent

¹⁷⁷ NOGUERA DE LA MUELA, Belen, “Règim jurídic dels governs locals de Catalunya”, op. cit, pàgina 765.

per la doctrina i la DF establia”¹⁷⁸.

C. Formes de gestió indirecta de serveis públics i contracte de serveis

El contracte de gestió de serveis públics està regulat al capítol III, del Títol II, del llibre IV de la LCSP (articles 251 a 265). La Disposició Final Setena, apartat 2, especifica que tots els preceptes citats tene la consideració de legislació bàsica estatal a l’empara de l’article 148.1.18 CE.

Aqueix tipus contractual es defineix en l’article 8 LCSP com “aqueix en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada”. L’apartat 2 d’aqueix mateix article especifica que les disposicions de la LCSP referides a aqueixa mena de contractes “no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

Aqueixa descripció eclèctica no aporta novetats substancials a la regulació vigent de la qual hom coincideix a assenyalar que en realitat no existeix un únic contracte de gestió de serveis públics, sinó tants com modalitats admet la LCSP al seu article 253: “La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las modalidades siguientes:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones

¹⁷⁸ NOGUERA DE LA MUELA, Belen, op. cit, pàgina 766.

análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

Les diferències en els compromisos adquirits per les parts en cadascun d'aqueixos contractes fa que no es puguin reduir a un únic tipus contractual. Com a molt, els tractats que comenten aqueix aspecte de la LCSP arriben assenyalar un llistat de requisits comuns ¹⁷⁹.

La Disposició final primera de la LCSP modifica l'article 85.2 de la LRBRL establint expressament que la gestió indirecta dels serveis públics locals es prestarà a mitjançant les formes previstes pel contracte de gestió dels serveis públics de la LCSP, acabant definitivament amb la dualitat de règims local i estatal.

D. Particularitats del règim contractual local de Catalunya

Atès el grau d'afectació dels canvis en la normativa contractual del sector públic sobre les competències de la Generalitat de Catalunya, el Govern va sol·licitar el parer de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, que va emetre l'**Informe 3/2009, de 28 de maig, de la Comissió Permanent, sobre l'àmbit d'aplicació subjectiu de la Llei 30/2007**. La JCCA parteix de la consideració que a normativa pròpia de Catalunya, no existeix una correspondència directa entre els subjectes a què fa referència l'article 3.1 de l'LCSP i els ens, organismes i entitats dependents o vinculats a l'Administració de la Generalitat de Catalunya que es contemplen en la normativa reguladora del sector públic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya. Aquesta circumstància s'evidencia clarament amb la comparació entre el plantejament de l'LCSP que s'ha exposat anteriorment i la regulació continguda en l'article 4 del Text refós

¹⁷⁹ Veure els comentaris d'Enrique Muñoz López a Contratación del Sector Público Local, tom II, pàgina 1680.

de la Llei de finances públiques de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 3/2002, de 24 de desembre, i l'article 1 del Text refós de la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'empresa pública catalana aprovat pel Decret legislatiu 2/2002, de 24 de desembre. Per tant, un cop constatat que no són equivalents les categories jurídiques que conformen el sector públic en la normativa bàsica estatal de contractació pública i en la normativa reguladora del sector públic català, la determinació del nivell de subjecció a l'LCSP dels diferents ens, entitats i organismes que integren el sector públic català haurà de ser objecte d'anàlisi i d'interpretació per a les diferents tipologies de subjectes, tenint en compte, en tot cas, el caràcter de norma bàsica de la primera pel que fa a l'àmbit d'aplicació subjectiu i, en conseqüència, el seu caràcter principal o de mínim comú normatiu.

En el moment en què va ser redactat aqueix informe era plenament vigent l'article 111 de la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, preveia originàriament que: *"En les matèries que l'Estatut atribueix a la Generalitat de forma compartida amb l'Estat, corresponen a la Generalitat la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, en el marc de les bases que fixi l'Estat com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de llei, excepte en els supòsits que es determinin d'acord amb la Constitució i amb aquest Estatut. En exercici d'aquestes competències, la Generalitat pot establir polítiques pròpies. El Parlament ha de desplegar i concretar per mitjà d'una llei les dites disposicions bàsiques."*

El paràgraf "com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de llei, excepte en els supòsits que es determinin d'acord amb la Constitució i amb aquest Estatut", ha estat declarat inconstitucional per la sentència 31/2010, de 28 de juny, del Tribunal Constitucional segons el fonament jurídic 60: "El art. 111 establece que corresponde a la Comunidad Autónoma, «[e]n las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado», las potestades legislativa y reglamentaria y la función ejecutiva «en el marco de

las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de Ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto». Concluye el precepto con la afirmación de que «[e]n el ejercicio de estas competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias» e imponiendo al Parlamento el deber de «desarrollar y concretar a través de una Ley aquellas previsiones básicas».

La previsión de que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan compartir un ámbito material determinado en el ejercicio de diferentes potestades y funciones es una de las características típicas del modelo territorial del Estado autonómico. El concurso de dichas potestades y funciones sobre una misma materia se ordena en la Constitución, en términos de principio, bien atribuyendo al Estado central la competencia legislativa y permitiendo la atribución a las Comunidades Autónomas de las competencias de ejecución, bien confiando al primero el establecimiento de normas legales básicas y haciendo posible que las Comunidades Autónomas desarrollen legislativamente dichas bases y sean titulares de las correspondientes potestades de reglamentación y ejecución de la legalidad desarrollada. Los arts. 111 y 112 EAC se atienen escrupulosamente a este modelo, describiéndose en el primero de ambos preceptos el supuesto del concurso de competencias arbitrado con arreglo al criterio bases/desarrollo. Nada hay que objetar, por tanto, al art. 111 EAC en ese punto.

Sin embargo, el precepto no se atiene estrictamente al concepto constitucional de las bases estatales, toda vez que las reduce a los «principios o mínimo común normativo» fijados por el Estado «en normas con rango de Ley», cuando es lo cierto que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril [RTC 1988, 69]), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999,

de 16 de diciembre [RTC 1999, 235]), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1990, de 6 de abril [RTC 1990, 50] y 147/1991, de 4 de julio [RTC 1991, 147] , respectivamente). Y ello no como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como Ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada.

El art. 111 EAC no se ajusta, por tanto, al cometido de la sistematización de las categorías del régimen constitucional de distribución de competencias que, según tenemos repetido, puede desempeñar, sino que, elevando a regla esencial una sola de las variables admitidas por este Tribunal en la definición del concepto de las bases estatales, termina por definir el ámbito competencial del Estado. Si las bases son «principios» o «normación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta. Ello es así, ante todo, por razones de concepto. Pero, además, por razones de orden estructural y práctico. De un lado, porque el concepto, el contenido y el alcance de las bases no pueden ser, como regla general, distintos para cada Comunidad Autónoma, pues en otro caso el Estado tendría que dictar uno u otro tipo de bases en función de lo dispuesto en cada Estatuto de Autonomía. De otro, porque, siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero [RTC 2003, 1]), también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo, de manera que la rigidez procedimental de un Estatuto lo convierte en norma inapropiada para determinar con detalle el alcance de las potestades inherentes a esa legislación.

Como consecuencia de lo anterior, es inconstitucional, y por tanto nulo, el inciso «como principios o mínimo común normativo en normas con rango de Ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto». Con su supresión, el art. 111 EAC se limita

a describir correctamente las facultades comprendidas en la competencia de desarrollo de unas bases estatales cuyo contenido y alcance serán siempre, y sólo, las que se desprenden de la Constitución interpretada por este Tribunal.”

Per tant, la possibilitat que la legislació catalana de desenvolupament de la normativa estatal bàsica per tal d'adaptar i desenvolupar la LCSP a les especificitats pròpies de Catalunya que substancialment delmada. Així les coses, la conclusió final segona de l'Informe de l'organisme consultiu en matèria de contractació a Catalunya que no ha tingut concreció positiva posterior tot i que els arguments que s'hi contenen no han perdut vigència:

“II. Pel que fa al concepte de sector públic i al seu abast en relació amb la Generalitat de Catalunya, cal tenir present que:

a) La noció de sector públic continguda en l'article 3.1 de l'LCSP constitueix només la base o el suport sobre el qual s'ha de determinar el nivell de subjecció a la Llei dels ens, organismes i entitats esmentats en el punt anterior d'aquestes conclusions.

b) La determinació del nivell de subjecció a l'LCSP dels subjectes que integren el sector públic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, davant la manca d'identitat entre els subjectes enumerats en l'article 3.1 de l'LCSP i els regulats en el Text refós de la Llei de finances públiques de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 3/2002, de 24 de desembre i en el Text refós de la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'empresa pública catalana aprovat pel Decret legislatiu 2/2002, de 24 de desembre, ha de ser objecte d'anàlisi i interpretació individualitzada.

c) L'eventual assimilació d'una entitat del sector públic català a una entitat pública empresarial estatal a efectes de la determinació del seu règim contractual requerirà, en tot cas, la concurrència de les característiques essencials de dites entitats públiques empresarials i, a més, la seva previsió en una norma amb rang legal en els termes indicats a l'apartat G de la consideració jurídica IV.”

6. LA LLEI D'HISENDES LOCALS I LA NORMATIVA D'ESTABILITAT PRESSUPOSTÀRIA

La incidència indirecta del Dret comunitari -en sentit limitatiu- de les potestats organitzatòries de les administracions públiques estatals i subestatsals s'ha incrementat extraordinàriament amb l'agreujament de la crisi financera i econòmic que afecta el conjunt de la UE però especialment als estats mediterranis. El principi d'estabilitat pressupostària arran de la modificació de l'art 135 CE ha esdevingut un principi d'ordre econòmic constitucional de competència estatal pel que fa al seu desenvolupament legislatiu. Aqueixa incorporació al dret intern enllaça, tot reforçant-la, amb la tendència de la jurisprudència constitucional del TC que ha fet tradicionalment una interpretació procliu a l'atribució en favor de l'Estat de matèries econòmiques insuficientment tractades en el text constitucional del 1978. Així la regulació de les hisendes locals, més concretament la qüestió de l'administració estatal o autonòmica que ha d'exercir la tutela financera o la supervisió de la classificació com de mercat o no de les personificacions instrumentals dels ens locals, resulten desterrminants per a la configuració i la gestió dels serveis públics locals.

a) Pel que fa al repartiment competencial entre l'Estat i la Generalitat, dissenyat genèricament en els textos constitucional i estatutari, s'ha concretat progressivament en una utilització expansiva de les competències estatals en matèria socioeconòmica per part de la legislació emanada de les Corts Generals, que ha reduït substancialment les potencialitats de les previsions estatutàries en aquest mateix domini. La reiterada jurisprudència del Tribunal Constitucional a l'hora de dilucidar les respectives competències s'ha caracteritzat, d'una banda, per assegurar la preeminència de la posició del Banc d'Espanya dins del conjunt del sistema financer, en detriment de les competències autonòmiques en el mateix sector i, d'altra banda, per ampliar la noció material de "bases" de manera que no quedi limitada a les actuacions de tipus normatiu, sinó que també s'estengui als actes d'execució de forma que

des de les instàncies centrals es pugui passar directament a l'execució o a l'adopció d'actes administratius singulars¹⁸⁰.

b) Aqueixa interpretació expansiva de les competències estatals s'ha consolidat sobretot a partir de l'aprovació del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el text refòs de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que ha anat introduint preceptes relatius a les autoritzacions de les operacions de crèdit de les entitats locals que han influït decisivament a l'hora en què els governs locals han de decidir sobre quines formes organitzatives de gestió dels serveis públics. El fet que l'endeutament de les corporacions locals i els seus ens instrumentals que presten serveis públics estiguin sotmesos a un règim de tutela financera i en canvi els que realitzen activitats econòmiques no ha obert una controvèrsia inconclusa a hores d'ara sobre quins són els criteris econòmics que l'Administració de l'Estat (i eventualment la de les Comunitats Autònomes) han d'emprar per classificar els ens instrumentals que han de ser sotmesos a autorització per poder endeutar-se.

La distinció entre serveis públics i activitats econòmiques dels ens locals enllaça amb l'article 53 del text refòs de la LRHL, aprovat per Decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, quan regula el règim jurídic de les operacions de crèdit a llarg termini i sotmet a autorització del ministeri d'Hisenda o de la Comunitat autònoma que correspongui quan les realitzin les entitats locals, els seus organismes autònoms i els ens i les societats mercantils dependents que prestin serveis o produeixin bens que no es financin majoritàriament amb ingressos de mercat. A sensu contrario, vol dir que els ens i les societats mercantils que efectivament es financin mitjançant ingressos de mercat estan exemptes de demanar autorització, tràmit que és imprescindible quan aquest tipus d'ens reben majoritàriament aportacions econòmiques procedents dels pressupostos de les administracions públiques de les quals depenen. Aquesta obligació legal comporta que els ens i les societats dedicades al'activitat econòmica

¹⁸⁰ Veure el Dictamen del Consell Consultiu, númeo 191, de 7 de juny del 1994, FJ II.

efectivament realitzin la finalitat que consta en els seus estatuts, impeding que es puguin camuflar societats gestores dels serveis públics.

L'article clau és el 53.1 de la LHL que diu el següent: "No se podrán concertar nuevas operaciones de crédito a largo plazo, incluyendo las operaciones que modifiquen las condiciones contractuales o añadan garantías adicionales con o sin intermediación de terceros, ni conceder avales, ni substituir operaciones de crédito concertadas con anterioridad por parte de las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado sin previa autorización de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda o, en el caso de operaciones denominadas en euros que se realicen dentro del espacio territorial de los países pertenecientes a la Unión Europea y con entidades financieras residentes en alguno de dichos países, de la Comunidad Autónoma a que la entidad local pertenezca que tenga atribuida en su Estatuto competencia en la materia, cuando los estados financieros que reflejen la liquidación de los presupuestos, los resultados corrientes y los resultados de la actividad ordinaria del último ejercicio, se deduzca un ahorro neto negativo".

Aquest precepte es complementa amb l'article 54 del mateix cos legal que especifica: "Los organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, precisarán la previa autorización del Pleno de la corporación e informe de la Intervención para la concertación de operaciones de crédito a largo plazo."

Complementàriament a aquests preceptes La disposició final quarta de la Ley 15/2006, de 26 de maig, de Reforma de la Ley 18/2001, de 12 de desembre, General de Estabilidad Presupuestaria, va establir l'obligació del govern estatal d'aprovar un reglament d'aplicació de la Ley 18/2001 a les entitats locals. Aquest mandat fou complert amb l'aprovació del Real Decreto 1463/2007, de 2 de novembre que al seu article 1 crea un Inventario de entes del sector público

local on s'integren tots els ens locals –que són esmentats detalladament a l'article 2.1, apartats a) i b)- i els organismes autònoms i entitats públiques empresarials vinculades o dependents d'aquests -apartat c)-, mentre que a l'apartat d) s'hi afegeixen les societats mercantils en les quals ho concórrin algunes d'aquestes circumstàncies:

“Que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria.

Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

Que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local”.

Per la seva part, l'apartat f) especifica que: “Los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características:

Que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en el órgano de gobierno.

Que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.”

Els ens integrants del sector públic seran classificats pels següents organismes estatals, segons determina l'article 3.1 del mateix reglament: "El Instituto Nacional de Estadística, junto con la Intervención General de la Administración del Estado, como órganos competentes en la elaboración de las cuentas nacionales de las unidades que componen el sector de las Administraciones Públicas, y con la colaboración técnica del Banco de España, efectuarán la clasificación de los agentes del sector público local, a los efectos de su inclusión en la scategorías previstas en el artículo 4-1 o en el artículo 4.2 del presente reglamento."

Per a la instrumentació del principi d'estabilitat pressupostària l'article 4 d'aquest reglament classifica en dos grups els agents del sector públic local:

1. Las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquéllas, que presten servicios o produzcan bienes no financiados mayoritariamente con ingresos comerciales, aprobarán, ejecutarán y liquidaran sus presupuestos consolidados ajustándose al principio de estabilidad definido en los apartados 1 y 3 del artículo 19 d ela Ley General de Estabilidad Presupostaria.
2. Las restantes entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las entidades locales, aprobarán, ejecutarán y liquidarán sus respectivos presupuestos o aprobarán sus respectivas cuentas de pérdidas y ganancias en situación d equilibrio financiero, de acuerdo con los criterios del plan de contabilidad que les sea de aplicación".

Cal tenir en compte que la Disposició final primera del Real Decret 1463/2007, declara de caràcter bàsic, per tant de competència estatal, els preceptes continguts en aquest reglament:

- a. El presente real decreto tiene carácter de norma básica de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones finales segunda,

apartado 1, y tercera d ela Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupostaria.

- b. El presente real decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13^a, 149.1.14^a y 149.1.18^a de la Constitución”.

Això significa un desapoderament explícit de les competències que en matèria de tutela financera de les entitats locals corresponen a la Generalitat de Catalunya i que venia efectuant fins a la data d'aprovació d'aquest reglament. Efectivament, però, l'Administració de la Generalitat mai va arribar a establir una classificació dels ens locals i els seus ens instrumentals com, de fet, tampoc l'ha materialitzat l'Administració de l'Estat des de l'entrada en vigor el 4 de novembre del 2007.

Aquesta inactivitat de les administracions estatal i autonòmica ha fet que les entitats locals classifiquin autònomament els seus ens instrumentals no pas per la distinció genèrica entre servei públic i activitat econòmica, (que es pot deduir teòricament de la lectura dels articles dels respectius estatuts socials), sinó per altres criteris, sobretot econòmics, com per exemple acollir-se a la classificació establerta al Sistema Europeo de Cuentas SEC 95, aprovat pel Reglamento (CE) número 2223/96, del Consejo, de 25 de juny del 1996, relatiu al Sistema Europeo de Cuentas nacionales y regionales de la Comunidad.

El SEC 95 defineix unitat institucional com un centre elemental de decisió econòmica caracteritzat per una uniformitat de comportament i una autonomia de decisió en l'exercici de la seva funció principal, entenent que aquesta autonomia es dóna quan:

- S'és titular de béns i actius amb facultat de disposició sobre els mateixos i es pot intercanviar la propietat d'aquest béns i actius mitjançant operacions amb altres unitats institucionals.

- Es té capacitat de prendre decisions econòmiques i realitzar activitats econòmiques de les que es sigui directament responsable davant la llei.
- Es té capacitat per contraure passius en nom propi, acceptar obligacions o compromisos futurs i subscriure contractes

Es conclou, per part de la referida norma, que, entre d'altres, són unitats institucionals aquelles societats per accions privades o públiques que disposen d'un conjunt complet de comptes i gaudeixen d'autonomia de decisió. També les societats holding són unitats institucionals, la funció principal de les quals és exercir el control i la direcció d'un grup de filials (apartat 2.14 SEC 95). En aquest cas, també es consideren unitats institucionals les que integren el grup d'unitats, encara que hagin cedit una part de la seva autonomia de decisió a l'organització central encarregada de la direcció general del grup.

Per la seva part, la consideració de "no financera" de les societats els vindrà donat per produir béns i serveis que, en no estar emmarcats dins dels serveis intermediació financera i anàlegs, no tenen aquesta qualificació. El SEC 95 (apartat 2.23) considera societats no financera, entre d'altres, les societats per accions privades o públiques que són productores de mercat i que la seva activitat principal és la producció de béns i serveis no financers.

Per últim, és necessari determinar la consideració de pública o privada de les societats. El SEC 95, en el seu apartat 2.28, considera societats no financeres públiques aquelles unitats sotmeses al control de les administracions públiques; entenent que s'exerceix el control sobre una societat quan es té capacitat per a determinar, si cal, la política general de la societat mitjançant el nomenament dels administradors apropiats, ja sigui per disposar, directa o indirectament, de la majoria de drets de vot com, en el cas de l'administració pública, per assegurar-se el control mitjançant una disposició legal o reglamentària. Addicionalment a la consideració d'entitat dependent, el criteri que determina la subjecció als règims previstos en la LLRHL és el del finançament majoritari o no

amb ingressos de mercat, de l'activitat de la societat.

El SEC 95 defineix producció de mercat aquella que es ven o es cedeix d'altra manera en el mercat o que està destinada a aquesta finalitat. Inclou com producció de mercat:

- Els productes venuts a preus econòmicament significatius, es a dir, que les vendes cobreixen com a mínim el 50% del cost de producció.
- Els productes transformats.
- Els productes utilitzats pel pagament en espècie.
- Els productes que una unitat d'activitat econòmica local (establiment) proporciona a una altra de la mateixa unitat institucional per seu ús com a consums intermedis o usos finals.
- Els productes incorporats a les existències de béns acabats i treballs en curs per algun dels usos assenyalats en els punts anteriors.

En conseqüència, atenent a l'exposat per l'article 53 de la LLRHL, quedarien excloses del règim d'autoritzacions d'aquesta Llei, qualsevol societat depenent dels ens locals els ingressos de les quals provinguin, majoritàriament, de la producció de mercat. Amb tot, per aprofundir en la qüestió analitzada, es pot tenir en consideració la distinció entre unitats de mercat i de no mercat que el SEC 95 utilitza, (apartat 3.27 i següents), basant-se en el criteri del 50% dels costos de producció. Així, si les vendes cobreixen com a mínim el 50% dels costos de producció, la unitat institucional es considera que és un productor de mercat, i, en cas contrari, té la consideració de no mercat. A aquest efectes s'exclouen de les vendes els impostos sobre els productes i s'hi inclouen tots els pagaments vinculats al volum o el valor de la producció, incloent els realitzats per les administracions públiques, però s'exclouen els pagaments per a cobrir un dèficit global.

Per la seva part, els costos de producció són la suma dels consums intermedis, la remuneració dels assalariats, el consum de capital fix i els altres impostos

sobre la producció. D'acord amb el mateix SEC 95, el criteri del 50% s'ha d'aplicar considerant una sèrie d'anys, de manera que s'aplica de forma estricta únicament si es manté durant diversos anys o si s'acompleix en l'any en curs i s'espera que es segueixi fent en anys successius.

La Generalitat de Catalunya ha adoptat la SEC 95 com a criteri regulador de les transferències a favor de les entitats del sector públic autonòmic, tal i com s'especifica per exemple a l'article 11.1 de la Llei 25/2009, de 23 de desembre, de pressupostos de la Generalitat. L'adopció, en el seu cas, per part de les entitats locals del criteri SEC 95 a l'hora de classificar els seus ens instrumentals té gran transcendència als efectes de si resulten sotmeses o no a les normes de tutela financera, havent de sol·licitar en cas afirmatiu autorització a l'administració competent (a Catalunya, la Generalitat mentre l'Estat no determini els criteris de classificació segons el Reglamento de Desarrollo de la Ley 18/2001, aprovat per Real Decreto 1463/2007). Aquesta indefinició que ja fa anys que dura se superposa a una altra problemàtica no pas ben resolta com és l'efectiva delimitació entre ens instrumentals que tenen per objecte la prestació de serveis públics i els que actuen exercint activitats econòmiques en règim de lliure competència dins una economia de mercat.

c) La progressiva introducció en l'ordenament estatal del principi constitucional d'estabilitat presupostària establert a l'article 135 CE està orientada a restringir la discrecionalitat que fins ara exercien els governs locals en ús de la seva autonomia pel que fa les formes gestores dels serveis públics. El punt de partida cal situar-lo en el Pacte d'Estabilitat i Creixement aprovat al Consell Europeu d'Amsterdam del juny del 1997, quan hom va acordar limitar la utilització del dèficit públic com a instrument depolítica econòmica per part dels Estats membres de la UE en vistes a la entrada en vigor de la Unió Econòmica i monetària prevista pel 1 de gener del 1999. L'Estat espanyol va dotar-se de la Ley 18/2001, de 12 de desembre, General de Estabilidad Presupuestaria, de caràcter bàsic i fonamentada en els articles 149.1.13 i 149.1.18 CE i de la Ley Orgànica complementaria 5/2001, de 13 de desembre.

La sentència del Tribunal Constitucional 134/2011, de 20 de juliol, ha validat la competència estatal per a la configuració del principi d'estabilitat pressupostària continguda a la Ley 18/2001 resolent així el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Parlament de Catalunya que alegava vulneració de l'autonomia política i financera autonòmica i de l'autonomia local. El Tribunal considera legítim l'establiment de límits pressupostaris en matèries concretes a les comunitats autònome si els ens locals ja que pertoca a l'Estat la direcció de l'activitat econòmica general (article 149.1.13) encaminat a l'assoliment de l'estabilitat econòmica i la recuperació de l'equilibri pressupostari. L'autonomia financera dels ens subestatsals s'escau amb el principi de coordinació amb l'hisenda estatal prevista a l'article 156.1 CE, amb l'abast previst a l'article 2.1 b) LOFCA, en base al qual l'Estat pot unilateralment adoptar mesures amb força normativa general susceptibles d'incidir en les competències autonòmiques i locals en matèria pressupostària, sempre que tinguin relació directa amb els referits objectius de política econòmica (tal com va establir ja al seu moment la STC 62/2001, de 1 de març, FJ 4).

Especial rellevància té el capteniment del Tribunal Constitucional respecte de l'article 22 de la Ley 18/2001, que regula la correcció de les situacions de desequilibri del pressupost dels ens locals mitjançant de plans econòmic-financers que s'han de remetre al Ministerio de Hacienda que en tutelarà l'aplicació: "Las relaciones directas –sin intervención de la Generalitat, por tanto- entre el Estado y los entes locales, tampoco vulneran en este caso la tutela financiera de aquélla sobre estas últimas. En efecto, del mismo modo que en el precedente fundamento jurídico 15 hemos reconocido, de acuerdo con nuestra doctrina, la legitimidad de la regulación estatal que prevé el sometimiento a autorización de las operaciones de crédito que realicen los entes locales e, incluso, la autorización misma por el Estado de esas operaciones, en razón a la especial incidencia que tiene la apelación al crédito en el equilibrio económico y financiero y, por tanto en el conjunto de la economía, a igual conclusión hay que llegar ahora en el punto a la regulación

de las correcciones del desequilibrio presupuestario local, incluida la intervención del Ministerio de Hacienda. Abunda en lo anterior el hecho de que tanto la obligada elaboración del plan económico-financiero como la intervención del Ministerio de Hacienda –siendo esta última el específico objeto de esta impugnación– son manifestación del principio de coordinación de la competencia estatal, coordinación que, como hemos señalado en el anterior fundamento jurídico 11, puede conllevar una actuación de vigilancia o seguimiento, sin que ello suponga la sustitución por el Estado del ente local afectado. En todo caso, el precepto al salvaguardar la tutela financiera de la Generalitat en esta materia, permite su intervención siempre que la misma no interfiera la competencia estatal” (FJ 17).

Aqueixa interpretació jurisprudencial comporta deixar sense marge d'intervenció efectiu a la Generalitat respecte dels plans econòmic-financers locals quan existia una possible lectura igualment –o possiblement més ajustada– a la Constitució segons la qual correspondria a l'Estat l'establiment del deure d'elaborar aqueixos plans als ens locals afectats però essent la Generalitat l'administració encarregada de la seva aprovació i seguiment, ja que d'altra manera s'eclou a la pràctica la tutela estatutàriament prevista (article 48.1 en relació amb el 9.8 de l'EAC del 1979). I més quan en aqueix àmbit hi havia el precedent de la STC 179/1985, que va declarar no aplicable a Catalunya l'article 7.2 de la Ley 24/1983, de 21 de desembre, sobre mesures urgents d'esanejament de ls hisendes locals, tal com vanament va alegar la representació del Parlament de Catalunya.

La Ley Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera consolida el despegament legislatiu efectual per part de l'Estat i també la jurisprudència constitucional a l'hora de donar compliment a la determinació continguda al mateix article 135 CE segons el qual el seu contingut seria desenvolupat mitjançant una llei orgànica abans del 30 de juny del 2012. El nou text legal deroga la Ley orgànica 5/2001 i el text refós de la LGEP de 28 de desembre del 2008, que havia substituït la Ley 18/2001 atès la

seva provada ineficàcia per assolir els objectius proposats ja que estant vigent es va arribar al punt àlgid del dèficit del conjunt d'elles Administracions públiques l'any 2009 amb un 11.2 del PIB.

7. JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM SOBRE ELS SERVEIS PÚBLICS LOCALS

Així com la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (ara TJ de la UE) ha estat determinant en la construcció jurídica dels principis fonamentals dels successius tractats comunitaris i la seva aportació ha sigut decisiva a l'hora de redactar les directives comunitàries, el Tribunal Suprem en el mateix període temporal, és a dir des del 1986 -quan es rellança el procés de construcció europea i s'hi incorpora el Regne d'Espanya- no ha jugat un paper equiparable en relació a l'ordenament estatal intern pel que a la jurisprudència dicada sobre els serveis públics locals.

Certament que hi ha hagut pronunciaments del Tribunal Suprem que han resultat especialment rellevants però en general la característica predominant ha estat la falta de continuïtat i coherència en relació a les grans qüestions pendents de clarificació al voltant de les formes de gestió dels serveis públics locals. Per analitzar l'evolució jurisprudencial del TS en aqueixa matèria només disposem d'una obra de referència: "Los servicios públicos locales en la jurisprudencia"¹⁸¹, un recull sistematitzat de fragments de sentències ordenades per matèries que dissortadament no van acompanyades de cap estudi introductori ni comentaris relatius als criteris de selecció i línies interpretatives del meritori aplec jurisprudencial. Posteriorment a aqueixa obra (1998) no han aparegut actualitzacions que arribin fins als nostres dies. No és aquí, el lloc adequat per suplir aqueixa mancança però tampoc no podia deixar de fer-hi una aproximació ja que anteriorment m'havia atrevit a fer una síntesi de l'evolució jurisprudencial del TJCE.

a) Sobre el concepte de servei públic la STS de 24 d'octubre del 1989 aporta una definició genèrica: "ya que ningún texto legal da un concepto del mismo, pudiendo considerarse como una forma de actividad cuya titularidad ha sido

¹⁸¹ DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, "Los servicios públicos locales en la jurisprudencia", Civitas, Madrid, 1998.

reservada en virtud de una ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua”.

Mentre que la Sentència de 6 de maig del 1999 aposta per una acepció específica: “El motivo no puede prosperar, pues el concepto restrictivo de servicio público sobre el que gira su argumentación, coincidente con la acepción especial de servicio público esencial, esto es, de sectores de actividad reservados en principio, con o sin monopolio, a la iniciativa y gestión de la entidad pública no se compadece con el concepto legal del artículo 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local, según el cual «son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales», siendo de destacar la clara conexión que mantiene el servicio de aparcamiento público con la competencia sobre «la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas», que el artículo 25.2 b) de la misma Ley atribuye a los Municipios; y ello sin olvidar que este mismo precepto describe con carácter general la competencia municipal incluyendo en ella la prestación de «cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», no siendo posible desconocer que entre las necesidades actuales de la población urbana figura la de disponer de servicios de aparcamiento público” (FJ III).

b) sobre la distinció entre serveis de titularitat municipal i serveis públics municipals: la STS de 23 de maig del 1997 estableix que “en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia, en sintonía con el reiterado artículo 85 LRBRL, que considera servicios públicos a cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia d elas entidades locales. Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de comeptencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual

prestación a iniciativa de otras Administraciones Públicas o iniciativa de los particulares”.

c) sobre el procés de confluència de la normativa contractual local dins la comuna a totes les administracions públiques la sentència de 5 d'octubre del 1990 la beneeix en aqueixos termes: “culmina la aspiración de màxima aproximación de la actuación de las Corporaciones Locales a la legislación del Estado, manteniendo solo las imprescindibles peculiaridades o diferencias que exigen las necesidades locales”.

d) en relació a la inciativa local per a l'exercici d'activitats econòmiques el pronunciament jurisprudencial del Tribunal Suprem més rellevant ha estat la sentència de 10 d'octubre del 1989 relativa al contenciós-administratiu interposat pel Fomento del Trabajo Nacional contra l'acord de l'Ajuntament de Barcelona pel qual hom creava la societat mercantil de capital íntegrament públic “Iniciatives SA.”

En el Fonament tercer s'estableix un cos doctrinal que ha perdurat fins avui sense gaires variacions: “Por un lado, mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean ilícitos (artículo 38 de la Consitución), todas las actuaciones de los Organos de la Administración Publica deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación. Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (artículo 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (araticulo 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica europea, exigen que se

garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado.

Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo Tratado); y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado, y aun siempre sometiendo previamente las excepciones (con una antelación mínima de 3 meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión del Mercado Común – artículos 93.3 del tratado y 1º, 1 del Real decreto 1755/1987 de 23 de diciembre-. En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado”.

El TS acaba donant la raó en allò essencial a la corporació municipal atès que considera plenament ajustat als article 38 i 128.2 CE l'exercici d'activitats empresarials per part de les entitats locals. Completa aqueix pronunciament amb l'establiment preceptiu d'un procediment administratiu previ a la creació de

la societat que acrediti la concurrència de l'interès públic i l'objecte social amb rigor i precisió, tràmit que no havia observat l'Ajuntament de Barcelona per a crear l'empresa en qüestió.

El Tribunal Suprem ha reiterat posteriorment en sentències de data 21 de desembre del 2000 i 1 de febrer del 2002 el parer segons el qual per a procedir a canviar les formes de gestió directes i indirectes i per a la prestació dels serveis essencials reservats de l'article 86.3 LRBRL també cal la completa tramitació de l'expedient en qüestió, un requisit que no figura explícitament en la normativa estatal bàsica.

e) llevat del cas de la sentència relativa a la societat mercantil "Iniciatives sa", la jurisprudència no s'ha ocupat de forma prioritària, fins ara, de la diferenciació entre serveis públics locals i activitats econòmiques i quan ha entrat a discernir sobre aquestes matèries els seus pronunciaments no han tingut el paper clarificador que caldria esperar. Així podem fixar-nos en la STS de 26 de febrer del 2002¹⁸² relativa a un recurs de cassació interposat contra una sentència del TS de Justícia d'Andalucía que havia desestimat un recurs contenciós-administratiu interposat per la "Unión Provincial de Empresarios de la Construcción de Huelva" contra els acords plenaris de l'Ajuntament de Huelva que cedien gratuïtament un solar de propietat municipal a l'empresa municipal de la Vivenda de Huelva SA destinat a la promoció pública de vivendes de protecció oficial.

Els motius de la cassació es basaven en una pretesa infracció de l'article 38 de la Constitució ja que segons els recurrents l'Ajuntament havia desequilibrat la balança del mercat al seu favor, creant un greu problema al sector privat de la construcció, ja que aquest i l'empresa municipal no competeixen en condicions d'igualtat en el mercat. La qüestió essencial del recurs és la compatibilitat de les societats mercantils municipals per a la promoció de la vivenda amb el principi de

¹⁸² Aqueixa sentència ha estat comentada per Estanislao Arana García a la REDA número 116, octubre-desembre del 2002, pàgins 599 i següents.

llibertat d'empresa i llibertat de mercat i amb la normativa sobre lliure competència, en relació a la cessió gratuïta de solars municipals a aquestes empreses per a l'edificació de vivendes de protecció oficial. El TS considera que la gestió mitjançant una societat mercantil de funcions de promoció de vivendes no pot considerar-se per si mateixa, vulneradora del principi de llibertat d'empresa. Però, en una confusa resolució, per una banda confirma expressament la pretensió de l'associació privada de constructors entenenent que amb la cessió s'ha vulnerat el dret de la competència, però per altra banda, finalment confirma el contingut de la sentència recorreguda. "la casación de la senetencia impugnada no impide, sin embargo, que el fallo que pronunciaremos al resolver las cuestiones debatidas en la instancia sea idéntico al de la sentencia impugnada" (FJ7).

El TS considera que els bens patrimonials només es poden cedir gratuïtament a les entitats i institucions públiques segons l'art. 79.2 TRRL i dins d'aquesta accepció "no pueden figurar las empresas privadas de capital municipal ordenadas a la gestión directa de los servicios municipales de promoción de la vivienda" (FJ6). No obstant aquesta doctrina troba la seva excepció en l'art. 166 TRLS que permet, com a mesura excepcional de foment de l'edificació la cessió de terrenys a títol gratuït per atendre necessitats de caràcter social sense cap mena de limitació pel que fa a la naturalesa o finalitat dels beneficiaris, i a aquesta previsió s'agafa el TS. El TS considera necessari l'anàlisi de la cessió des del punt de vista del dret de la competència, cosa que hauria d'haver fet el TSJ d'andalusia i atès que el recurrent no ha provat suficientment la vulneració de la lliure competència es confirma el resultat de la decisió del TSJ.

f) Per la seva part la sentència de 17 de juny de 1998 resolvia el contenciós sostingut entre la Cambra Oficial de Comerç, Indústria i Navegació de València i l'Ajuntament de la Ciutat al voltant de l'ampliació de l'objecte social i la conseqüent modificació dels estatuts de la Societat Anònima Municipal d'Actuacions Urbanes (AUMSA) amb la finalitat que pogés dur a terme

actuacions de rehabilitació urbana així com atendre a la promoció i al desenvolupament econòmic. En primera instància el TSJC de la Comunitat Valenciana va donar la raó a la pretensió de la Cambra de Comerç basant-se en el fet que no existien indicis de que la missió d'edificació i rehabilitació urbana satisfés interessos o necessitat pública "en el ámbito de tales conceptos, no pudiendo legitimarse la actuación de la Administración en el campo urbanístico que viola los principios de la libre competencia, y genera plusvalías cuya reversión a favor de la ciudadanía no aparece justificada; concluyendo que el punto 5º del artículo 3º del RD 1169/1978 dispone que la ejecución de las obras se adjudicará por la sociedad urbanística en virtud de libre competencia, sin que dichas sociedades puedan ejecutarlas directamente, con lo que parece dar a entender que esa facultad de "edificación y rehabilitación urbana" incluida dentro de los objetivos sociales, vendría a posibilitar la infracción del artículo 3.º 5.º del RD mencionado, e infrinfriría los límites que en materia de competencias en el ámbito urbanístico ostentan los organismos municipales".

La qüestió plantejada entra de ple en el problema de la demitació de l'àmbit d'actuació de les societats urbanístiques en relació amb el principi de la lliure competència. L'article 25.2 d) LRBRL conceptua la promoció i la gestió urbanística com a servei públic i l'article 86.1 de la mateixa norma reconeix la facultat dels ens locals per exercir la iniciativa pública en matèria d'activitats econòmiques. La translació d'aquests preceptes al camp de l'urbanisme –raona la sentència del TS en el fonament jurídic tercer- es concreta en allò que disposa l'article 115 RD Legislatiu de 9 d'abril de 1976 que autoritzava a la constitució de societats anònimes per part dels ens locals per a l'execució dels plans urbanístics, en desenvolupament del qual es va dictar el RD de 2 de maig de 1978 que en els seus articles 3 i 4 especificava entre les finalitats pròpies de les entitats urbanístiques tant la promoció del sòl i la remodelació urbana com la realització d'obres d'infraestructura i dotació de serveis, precisant (article 3.5) que en cap cas podran aquestes entitats executar les obres directament, sinó que hauran d'adjudicar-les en règim d'lliure concurrència.

Interpretant aquest preceptes el TS afirma que no serà, precisa la prèvia acreditació de la inexistència o insuficiència de l'activitat privada per a la creació d'aqueta mena d'empreses municipals. De la mateixa manera que puntalitzava també que en cap cas les normes estatutaries de les societats urbanístiques han de circumscriure la seva activitat al camp de les vivendes de protecció oficial. En el fonament jurídic quart rebutja la pretensió de la Cambra de Comerç segons la qual les empreses municipals tindrien uns privilegis de tipus informatiu, fiscal i econòmic que les situarien en clara avantatge respecte de les empreses de capital privat a més de no existir mecanismes fiables de reversió de les plusvalues obtingudes a la comunitat. El tribunal estableix que aquest tipus d'argumentacions tenen una finalitat preventiva contra eventuais desviacions de les finalitats perseguides per les societats municipals i estan mancades de virtualitat suficient per a suposar una infracció de les regles de la lliure concurrència en el mercat. En cas que hi hagués ajudes econòmiques distorsionadores de la lliure competència seria el Tribunal de defensa de la competència el competent per a corregir-les. El tribunal considera que si l'objecte social de les empreses municipals fos actuar com a simples societats privades amb ànim de lucre, les objeccions dels impugnats serien correctes, però atès que actuen perseguint finalitats de caràcter social (encara que no es dediquin a la construcció de vivendes de protecció social), no ho són.

El Tribunal completa el seu raonament amb aqueixa reflexió: "A ello ha de añadir-se que en la sentencia de esa misma Sala de 29 de septiembre de 1992 (5º Fundamento de Derecho) se contiene la importante precisión de que servicios públicos locales son todos aquellos que, pudiendo gestionarse de manera directa incluso a través de la constitución de una sociedad mercantil, tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales, tal como ocurre con la promoción y gestión de viviendas, finalidad cuyo carácter social no queda desvirtuado aunque no sean de Protección Oficial...".

8. AVANTPROJECTE DE LLEI DE RACIONALITZACIÓ I SOSTENIBILITAT DE L'ADMINISTRACIÓ LOCAL

El 13 de juliol del 2012 el govern de l'Estat va atorgar el seu vist-i-plau a l'informe del Ministerio de Hacienda y administraciones Públicas relatiu a l'Anteproyecto de Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, inspirat en el principi "una administració, una competència". Els títols competencials que emparen aqueixa iniciativa legislativa són els articles 135 CE i 149.1.13 i 18 CE i la jurisprudència constitucional a la qual fa referència l'avantprojecte és, en primer lloc, la STC 32/1981, de 28 de juliol, tot referint-se a "la acción reflexiva del Estado" en relació a les administracions que en són instruments d'actuació en el termes que estableix l'article 149.1.18 CE. Amb aqueixa fonamentació (àmpliament argumentada a les STC 25/1983, STC 76/1983, STC 27/1987, STC 99/1987 i STC 214/1989) hom es proposa reordenar les competències locals.

Segons l'exposició de motius els objectius bàsics de la reforma són: "racionalizar la estructura organizativa de la administración local de acuerdo con los principios de eficiencia y equilibrio financiero, clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones y fortalecer la figura del interventor local para dotarlo de mayor imparcialidad y garantizar así un control financiero y presupuestario más riguroso de las Administraciones locales".

Per assolir aqueixos objectius hom preten canviar la legislació bàsica de règim local per tal d'adequar-la a la Ley Orgànica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Així es modifica parcialment la LRBRL i de retruc el Text Refós de la LHL, aprovat per Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de març, sense que aqueixa reforma substancial però parcial del règim local bàsic respongui a un replantejament coherent i global per adequar-lo a les innovacions que incideixen en el seu àmbit material promogudes des de les institucions comunitàries i altres àmbits normatius d'abast estatal.

El principi mateix d'autonomia local resulta afectat ja que hom dóna un nou redactat a l'article 2.1 de la LRBL en el sentit d'assegurar als ens locals el dret a intervenir en els assumptes que afectin els seus interessos "atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con el principio de descentralización y de sostenibilidad financiera, y con sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera".

En aqueix article es suprimeix el principi de màxima proximitat de la gestió administrativa als ciutadans (un apriorisme que afavoria els ajuntaments) en congruència amb el nou rol que hom atribueix a les diputacions als articles següents. El respecte a la legislació d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera queda instaurat en el frontispici de la LRBL per tal que el conjunt de la norma bàsica s'interpreti tot respectant la seva preeminència com a límit a l'autonomia local i com a límit a l'assumpció efectiva de competències. Conseqüentment, es redefeixen les competències locals previstes a l'article 7 LRBL, que podran ser pròpies o atribuïdes per delegació, i s'eliminen les dites competències impròpies de l'article 28 LRBL.

Només excepcionalment (article 7.4), les entitats locals podran exercir competències no previstes a la llei -així com altres activitats econòmiques- sempre i quan no posin en risc financer les competències pròpies i hom se'n garanteixi la sostenibilitat financera. A l'hora de valorar aqueixes innovacions cal tenir també en compte les potencialitats de la referència a la capacitat de gestió dels ens locals com a criteri d'atribució competencial pot cobrar sentit positiu i obrir la porta al reconeixement de la diversitat en detriment de la uniformitat que en forma d'esgraonat poblacional servia per atribuir competències als municipis.

A l'Anteproyecto es dóna també una nova redacció als article 25 (restringint les competències locals amb la desaparició de les que els ajuntaments podien

assumir en matèria d'ensenyament i sanitat) i 26 (donant un nou redactat als serveis mínims segons els trams de població i preveient l'establiment d'uns estàndards de qualitat que serviran de base per a fixar els recursos financers assignats per l'Estat). El llistat competencial de l'article 25 s'haurà d'interpretar restrictivament ja que només per llei hom determinarà l'abast de cadascuna de les competències, (una memòria econòmica en reflectirà l'impacte sobre els recursos financers locals i la legislació d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera) restant interdit, per tant, assumir-ne per part dels ens locals per la via de conveni.

Especialment significatiu és el reforçament de les competències de les Diputacions a l'apartat 3 de l'article 26, ja que se'ls hi encomana l'assumpció de les competències obligatòries dels municipis de menys de 20.000 habitants quan aqueixos no puguin arribar als estàndards de qualitat dels diferents serveis, els quals serviran de base per a fixar els recursos financers que l'Estat els hi assignarà. El nou redactat és congruent també amb el del nou article 31.2.a) de la LRBRL que atribueix com a finalitat pròpia i específica de la província garantir els principis de solidaritat i equilibri intermunicipal per tal d'assegurar "la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal, asumiendo la prestación común y obligatoria en los términos establecidos en el artículo 26.3". S'estableix també que les diputacions acordin amb els municipis afectats el traspàs de mitjans humans i materials en el marc d'un pla de redimensionament i adequació de les estructures organitzatives, laborals, immobiliàries i d'altre tipus resultants de la nova situació. Essent també la diputació l'encarregada de triar la forma de gestió que millor garanteixi el compliment dels principis d'eficiència i sostenibilitat d'entre les fórmules previstes a l'article, 85, 85 bis i 85 ter de la LRBRL.

Un modificació substancial també afecta al redactat de l'article 57 relatiu a la cooperació interadministrativa quan aqueixa es materialitza en convenis i consorcis, ja s'especifica l'exigència que serveixin per a "mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas, y en todo caso

cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera". Així mateix l'apartat 3 prescriu que la constitució d'un consorci nomé spodrà donar-se quan la cooperació no pugui formalitzar-se mitjançant un conveni. La Disposició Addicional Tercera complementa la regulació dels consorcis actualment vigents establint que els estatuts hauran de determinar l'Administració pública a la que estiguin adscrits i el seu règim orgànic, funcional i financer i ordenant els criteris de prioritat que s'han de seguir per tal d'establir la referida adscripció.

Pel que fa a les formes de gestió dels serveis públics cal destacar el nou redactat atorgat als article referits als serveis públics locals. Així l'article 85.2 passa a tenir el següent contingut: "Los servicios públicos de la competencia local habrán de gestionarse de la forma más eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A. Gestión directa: a) Gestión por la propia entidad local, b) Organismo autónomo local, c) Entidad pública empresarial local i d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Sólo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c y d cuando quede acreditado que resultan más eficientes que las formas dispuestas en las letras a y b.

B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público."

La innovació consisteix en que s'introdueix un criteri limitatiu a la fins ara vigent "plena potestat" dels ajuntaments per decidir la forma de gestió dels serveis públics amb un ampli marge de discrecionalitat que no pot arribar mai a ser absoluta ja que contravindria l'article 103 CE quan prescriu que l'Administració pública "sirve con objetividad los intereses generales". El segon paràgraf no conté un procediment específic per a determinar la forma de gestió limitant-se a exigir que quedi acreditada la tria de l'opció més eficient si aqueixa és una EPEL o una societat mercantil. Posats a regular aqueix extrem el més congruent hagués sigut estendre el procediment per a l'exercici d'activitats econòmiques,

especialment la redacció d'una memòria justificativa.

També és significatiu que hom deixi passar l'oportunitat d'incorporar les agències creades per a la millora dels serveis estatals al món local, (una prova més del fracàs de la llei del 2007) i que s'estableixi un orde de prioritats a l'hora d'escollir entre les diferents formes de gestió directa, prioritzant la gestió per la pròpia entitat i els organismes autònoms per davant de les epel's i les societats mercantils.

En canvi el nou contingut de l'article 86 LRBRL no és substancialment innovador tot i que se'n clarifica el redactat permetent tractar separatament l'exercici de les activitats econòmiques per part dels ens locals de la reserva a favor seu d'activitats i serveis essencials. Pel que als primers, l'apartat 1 estableix el principi de sostenibilitat financera com a límit per a la iniciativa econòmica en règim de lliure mercat en els següents termes: "Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas siempre que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.

En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse, en especial, que la entidad local presta todos los servicios obligatorios, mínimos o no, con arreglo a los estándares de calidad, en su caso, establecidos, así como que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del municipio, ni en lo relativo al mantenimiento de los referidos servicios, ni a la propia actividad fruto de la iniciativa pública.

El expediente contendrá asimismo una justificación de la intervención subsidiaria de la entidad local en esa actividad económica debido a la inacción o defección de la iniciativa privada, así como un análisis del mercado, relativo a la oferta existente, y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial."

El darrer paràgraf relatiu al caràcter subsidiari de la intervenció pública en les activitats econòmiques cal entendre'l respecte dels serveis obligatoris que

pertoquen per llei als ens locals, no pas respecte de la iniciativa privada ja que si fos així suposaria una clara involució respecte de la situació actual i seria contradictori amb la jurisprudència constitucional consolidada respecte de l'article 128.2 CE, ja que situaria com a preferent l'activitat privada obligant a preveure els efectes sobre la concurrència empresarial de les activitats mercantils engegades per les entitats locals. Els "efectes sobre la concurrència" cal interpretar-los en el sentit de les recomanacions de l'informe 890 del Tribunal de Cuentas sobre el sector públic local referits als exercicis 2007, 2008 i 2009, insistint en la necessària motivació d'aqueixa mena d'inciatives per evitar que responguin a la mera discrecionalitat.

Pel que respecta als serveis essencials que passen a ser continuts a l'apartat 2 d'aqueix article 86, les innovacions són escasses (només desapareix la referència al servei de "calefacció" que restava descontextualitzada en el redactat vigent fruit de modificacions puntuals anteriors) i queda redactat així: "Se declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; 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."

Per tutelar el rigor de la memòria pel que fa al principi de sostenibilitat i a la resta dels continguts d'aqueix article s'especifica a l'apartat 3 que correspondrà al govern de la comunitat autònoma l'aprovació definitiva dels projectes d'activitats i serveis previstos als apartats 1 i 2, essent aqueixa una limitació de la potestat d'autoorganització gairebé plena que caracteritzava l'ordement vigent en aqueix àmbit. I no solament això, sinó que l'apartat 4, en congruència amb allò previst a l'article 7.3 de la llei orgànica d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, faculta expressament a recórrer en els termes de l'article 65 de la mateixa LRBRL els actes i acords de les corporacions locals que contravinguin els preceptes d'aqueix article.

La Disposició Addicional Quarta estableix una sèrie de mesures de redimensionament del sector públic bàsicament consistents en interdiccions per crear ens instrumentals als ens locals acollits a plans econòmic-financers o d'ajust i l'establiment del deure d'aportar un pla de sanejament singularitzat per cada ens que estigui en situació deficitària fixant-se coma límit tempral per a corregir la situació el 31 de desembre del 2014.

La Disposició Addicional Cinquena concreta el termini tempral en el qual s'han d'implantar les mesures derivades del nou règim als serveis que els ajuntaments presten en l'actualitat per tal d'ajustar-los al principi de sostenibilitat financera i evitar duplicitats administratives. Tots els ajuntaments hauran de redactar en el termini d'un any a partir de l'entrada en vigor de la reforma de la LRBRL una evaluació del conjunt dels serveis que presten i prevuere el destí dels que resultin insostenibles. Aqueixa mesura spalicarà també a les mancomunitats de municipis segons els termes d'ela Disposició Addicional Sisena.

III.- BALANÇ I PERSPECTIVES D'EVOLUCIÓ DE LES FORMES DE GESTIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS LOCALS A CATALUNYA

Atès que la defunció de servei públic local s'escapa a la competència autonòmica el marge de la Generalitat de Catalunya queda reduït als aspectes complementaris que poden envoltar el nucli essencial d'aqueixa matèria atribuïda exclusivament a les bases estatals. Conseqüentment, amb les formes gestores succeeix el mateix: el legislador català pot afegir elements que es superposin als mitjans establerts a la LRBRL sense que en desvirtuin la configuració. Per això a l'hora de tractar del desenvolupament de les modalitats gestores aplicades al món local català cal necessàriament fer una referència conjunta a la normativa bàsica estatal d'aplicació i a la que ha sorgit del Parlament de Catalunya.

Les formes de gestió dels serveis públics locals de Catalunya experimenten una profunda transformació a partir de l'any 1979, quan s'aprova l'Estatut d'Autonomia (que desenvolupa les previsions constitucionals i supera el règim de provionalitat derivat del restabliment de la Generalitat l'any 1977) i es renoven els governs locals arran de les primeres eleccions municipals democràtiques.

L'antecedent històric de la Llei Municipal de Catalunya (aprovada per etapes entre el maig del 1933 i l'agost del 1934 sense que s'arribés promulgar en la seva totalitat¹⁸³) desenvolupant la previsió de l'article 10 de l'Estatut d'Autonomia del 1932 que atorgava a la Generalitat la competència de legislar sobre el règim local en queda la memòria però no se'n pot recuperar aspectes normatius aplicables immediatament, llevat d'alguna idea puntual plenament aprofitable hores d'ara com és la de la carta municipal. Així, els articles 159 i 160 de la LMC dibuixaven les línies fonamentals de la figura de la carta municipal,

¹⁸³ De la Llei Municipal de Catalunya (1933-1934) se'n va fer una edició comentada per part de Lluís Marquès i Carbó, editada per Salvador Rosàs Bayer, l'any 1935, quedona una idea global dels criteris innovadors que inspiraren la redacció d'una norma que els esdeveniments bèl·lics impediren fos aplicada.

una institució inspirada en l'Estatuto Municipal del 1924. Per la seva part, l'article 60 de l'Estatut interior de Catalunya aprovat el 25 de maig del 1933 generalitzava el principi de diversitat estenent el règim de carta municipal a tots els municipis un cop desenvolupada la llei que en regularà les condicions d'aplicació.

L'Estatut d'Autonomia de l'any 1979 no va recuperar aqueixa institució de l'etapa republicana tot i que hom pot percebre nítidament la voluntat d'enllaçar-hi en la reintroducció dels consells comarcals com a nivell necessari a l'article 5.1 establint que "La Generalitat de Catalunya estructurarà la seva organització territorial en municipis i comarques". També l'article 9.8 establia que la competència exclusiva en matèria de règim local corresponia a la Generalitat "sens perjudici" d'allò que disposa l'article 149.1.18 CE. Tot desenvolupant aqueixa previsió estatutària el Parlament de Catalunya va aprovar la Llei 6/1980, d'etrasfereència urgent i plena de les diputacions catalanes a Generalitat que va ser declarada inconstitucional per la sentència 32/1981, de 28 de juliol, fet que va aturar l'activitat legislativa en aqueixa matèria fins a l'any 1987, en aprovar-se les quatre lleis denominades d'ordenació territorial, i ha condicionat fins a l'actualitat les potencialitats normatives autonòmiques per tal d'adequar les estructures locals a les necessitats del nostre país.

L'Estatut del 2006 en la seva redacció originària situava el Govern local dins del Títol II que tracta del conjunt de les institucions catalanes (articles 55 a 94), dedicant un capítol específic, el VI, a aqueixa matèria tot partint d'un plantejament innovador respecte del que figurava a l'EAC del 1979. Així, a l'article 83 precia que "Catalunya estructura la seva organització territorial bàsica en municipis i vegueries", situant les comarques en l'àmbit supramunicipal que "en tot cas" regularà una llei del Parlament.

L'article 84 dedicat a les competències locals evita la reiteració del llistat competencial de l'article 25 LRBRL i opta per un llistat de competències pròpies que la Generalitat "en tot cas" garanteix als municipis en els termes que

determini les lleis. Especificant a l'apartat 3 que la distribució de responsabilitats administratives ha de tenir en compte llur capacitat de gestió i es regeix per les lleis aprovades pel Parlament, pel principi de subsidiarietat, per la Carta europea d'autonomia local, pel principi de diferenciació i pel de suficiència financera. L'article 88 desenvolupa la noció innovadora del principi d'ediferenciació adaptat a l'ordenament local català en aqueixos termes: "Les lleis que afecten el règim jurídic, orgànic, funcional, competencial i financer dels municipis han de tenir en compte necessàriament les diferents característiques demogràfiques, geogràfiques, funcionals, organitzatives, de dimensió i de capacitat de gestió que tenen."

L'article 160.1.c) estableix que correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de règim local, que respectant el principi d'autonomia local inclou les modalitats de prestació dels serveis públics, essent aqueixa la menció més concreta referida a aqueixa matèria al llarg del text estatutari. Així doncs, en el marc estatutari comprès entre el 1979 i el 2006 s'ha desenvolupat dos model de gestió dels serveis públics locals diferents però complementaris: el pròpi d'ela ciutat de Barcelona i el comú per la resta dels governs locals contingut a la Llei municipal i de règim local de l'any 1987 i les seves successives modificacions.

1. LA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA

Com ja s'ha dit, el règim de carta municipal fou introduït al dret local espanyol per l'Estatuto Municipal de 1924, d'aquí passà a la Llei Municipal de Catalunya dels anys 1933-1934 que incorporà aquest instrument jurídic de caràcter institucional que expressa l'autonomia municipal permetent als ajuntaments dotar-se d'un règim especial adequat a les seves pròpies necessitats específiques mitjançant un sistema peculiar de caràcter organitzatiu i econòmic.

La Ley de Régimen Local del 1955 introduïa la previsió d'un règim especial de carta municipal de Barcelona i habilitava al govern espanyol per aprovar-la per decret, com així s'esdevingué efectivament amb el Decreto 1166/1960, de 23 de maig amb un text articulat que introduïa diverses singularitats pel que fa a l'organització, l'administració i l'hisenda municipal respecte del uniformisme comú al conjunt de municipis de l'Estat espanyol. Les innovacions de la Carta es concretaren en el Real Decreto-ley 5/1974, de creació de la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona i es completaren amb les que s'afegiren arran de la creació de la Corporació Metropolitana de Barcelona mitjançant Decreto 3276/1974, de 28 de novembre.

Així com la CMB desaparegué en aprovar-se la llei 7/1987, de 4 d'abril, per la qual s'estableixen i regulen actuacions públiques especials en la conurbació de Barcelona i en les comarques compreses dins la seva zona d'influència directa, la Carta municipal de Barcelona permeté un desplegament expansiu de les seves potencialitats organitzatives (districtes, gerents...), urbanístiques i econòmico-financeres que s'adequà sense dificultats al sistema constitucional i estatutari implantat amb el restabliment de la democràcia fins arribar al seu reconeixement a l'article 89 del vigent Estatut d'Autonomia del 2006.

El contingut de la Carta municipal ha de ser definit tant pel legislador català, que ho ha fet mitjançant la Llei 22/1998, de 30 de desembre, (modificada per la Llei 11/2006, de 19 de juliol, pel que fa als preceptes relatius a l'escut, la

bamdera i demès símbols distintius, més alguns de caràcter urbanístic), com pel legislador espanyol, que va aprovar la Ley 1/2006, de 13 de març, per la qual hom regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona¹⁸⁴.

La Carta estableix un ordre competencial específic (Títol VI, articles 58 i següents) que abasta un ampli ventall de matèries des de l'urbanisme al transport urbà de viatgers passant per les telecomunicacions que seran exercides mitjançant mitjançant una organització municipal executiva preestablerta al Títol V que estableix un sistema específic de formes d'organització per a la gestió dels serveis i les activitats municipals:

"Article 45

Les formes de gestió directa són les següents:

- 1) Gestió indiferenciada.
- 2) Gestió desconcentrada.
- 3) Gestió funcionalment descentralitzada, mitjançant la creació de:
 - a) Organismes autònoms de caràcter administratiu o econòmic.
 - b) Entitats de dret públic que han d'ajustar llur activitat al dret privat.
 - c) Societats mercantils amb capital íntegrament o majoritàriament aportat per l'Ajuntament, per algun dels organismes esmentats per les lletres a i b o per altres societats amb participació municipal exclusiva o majoritària.

L'article 49.1, al seu torn, preveu que ordinàriament l'exercici d'activitats econòmiques (previstes a l'article 87 de la mateixa Carta) haurà d'adoptar la forma de societat mercantil amb participació íntegra o parcial de l'Ajuntament, d'organismes autònoms, d'entitats i d'altres societats municipals. I en l'apartat 2 d'aqueix mateix article s'introdueix una disposició innovadora en preveure que un matreix ens instrumental pugui realitzar alhora activitats econòmiques i prestar serveis públics complint determinades condicions: "No obstant el que estableix l'apartat 1, i d'acord amb llurs estatuts, els organismes autònoms de

¹⁸⁴ GRACIA RETORTILLO, Ricard i GALÁN GALÁN, Alfredo, "Evolución histórica del régimen especial del municipio de Barcelona", Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2008.

caràcter econòmic, les entitats de dret públic subjectes a dret privat i les societats municipals, a més de l'activitat principal de servei públic, poden exercir activitats econòmiques de mercat relacionades amb aquella, sempre que compleixin les condicions següents: "a) Que l'activitat principal de servei públic i l'activitat econòmica de mercat tinguin règims econòmics separats i b) Que ni els recursos generals per a la gestió del servei públic ni les aportacions econòmiques de l'Ajuntament no s'apliquin a l'activitat econòmica de mercat."

La carta regula també a l'article 50 el règim de les fundacions privades creades per l'Ajuntament que tinguin "per objecte serveis públics que no impliquin exercici d'autoritat o bé activitats sense contingut econòmic."

Una altra innovació introduïda per la Carta són els denominats consorcis legals que és la fórmula consensuada entre l'Ajuntament i la Generalitat després d'un llarg procés negociador per complementar les actuacions sectorials respectives que coincideixen a la ciutat de Barcelona. Així l'article 61 té un redactat minuciós:

"1. Els consorcis legals són ens associatius, creats per llei, entre la Generalitat de Catalunya i l'Ajuntament de Barcelona, per a la gestió conjunta de funcions, activitats o serveis. En la seva qualitat d'ens que exerceixen competències generals en tot el territori municipal, els consorcis poden exercir les potestats reglamentàries, planificadores i, si escau, sancionadores, en el marc de les disposicions generals emanades de la Generalitat que siguin aplicables a tot l'àmbit territorial de Catalunya. També exerceixen la potestat programadora i d'organització en relació amb les activitats i els serveis que els atribueix la llei de creació.

2. Les lleis de creació d'aquests consorcis han de determinar la majoria de representants o vots en els òrgans de govern que corresponen a cada Administració i que en cap cas no poden ésser superiors a les tres cinques parts del total. Els estatuts dels consorcis, dins el marc de la llei de creació, han de determinar-ne el règim orgànic i funcional, en el qual cal tenir en compte, en tot cas, les regles següents:

a) L'Ajuntament, en relació amb els serveis que gestioni en el moment de creació del Consorci, pot optar entre integrar-los al Consorci amb la forma de gestió que aquest acordi, o bé que el Consorci creï un ens personalitzat d'acord amb el que estableix la lletra b, sense que en cap cas no s'alteri el sistema de finançament dels consorcis establert per aquesta Carta. Els estatuts han de recollir, necessàriament, l'opció decidida per l'Ajuntament.

b) Als efectes del que estableix la lletra a i amb l'objectiu de preservar els interessos competencials de l'Ajuntament, quan no tingui majoria en el Consorci li correspon la majoria de representants o vots en els òrgans de govern dels ens personalitzats.

c) Les lleis de creació dels consorcis han d'establir, així mateix, les regles relatives a llur finançament, sense perjudici de pacte en contrari de les administracions consorciades. En qualsevol cas, les aportacions han d'ésser, com a mínim, iguals a les pressupostades amb aquesta finalitat en l'exercici anterior per al desenvolupament de les respectives competències, llevat de les derivades d'actuacions excepcionals. El mateix Consorci ha de determinar per reglament la programació, els sectors d'inversió o els requisits d'aplicació de les taxes o tarifes, si escau, de les activitats o els serveis que dugui a terme.”

Segons dades corresponent a l'exercici de l'any 2008 estudiades per Pilar Soldevila i Mónica Domínguez¹⁸⁵ l'Ajuntament de Barcelona ha creat quaranta-quatre societats (nou de capital íntegrament públic i la resta de capital mixte), vuit organismes autònoms, quatre entitats públiques empresarials, participa de quaranta-cinc consorcis i quatorze fundacions. Essent l'ajuntament de Catalunya que més ha diversificat els seus ens instrumentals.

¹⁸⁵ SOLDEVILA GARCÍA, Pilar i DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, "Estructura organizativa instrumental de la Administración Local. El caso del Ayuntamiento de Barcelona (una aproximación jurídica y económica)", Revista de Estudios Locales, número 127, febrer del 2010.

L'Ajuntament de Barcelona ha iniciat a partir del 2011 un procés de reestructuració dels seus ens instrumentals que s'ha concretat al juliol del 2012 amb la reducció del conjunt d'empreses que tenien encomanada l'execució de les urbanístiques a la societat matriu Barcelona d'Infraestructures Municipals, S.A. que, des de l'any 2004, encapçala un grup de Societats : ProEixample, S.A. Pro Nou Barris, S.A. 22 Arroba BCN, S.A. Agència de promoció del Carmel i entorns, S.A. i Foment de Ciutat Vella, S.A.

2. LA LLEI MUNICIPAL I DE RÈGIM LOCAL DE CATALUNYA

1. Malgrat les limitacions constitucionals la Llei 8/1987, de 15 d'abril, municipal i de règim local de Catalunya va regular en el seu capítol II, dedicat a les Obres, Activitats i Serveis (inicialment articles 233 a 251, després del Text refós aprovat per Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril articles 234 a 272) tot allò relacionat amb els serveis públics locals. Certament, la llei catalana s'ha d'ajustar a les bases establertes per la LRBRL que, com ja s'ha assenyalat anteriorment, no conté una regulació clara que permeti distingir entre els serveis públics regulats, i prestats, per les entitats locals en virtut de les competències que la llei els assigna i les activitats econòmiques que voluntàriament els municipis poden assumir actuant en règim de lliure concurrència.

La LMRLC avança una mica més que la LRBRL en establir una regulació més sistematitzada i específica respecte de les obres, les activitats i els serveis, tot i que no pot establir una noció de servei públic local diferent a l'esclètica declaració de l'article 85.1 de la Llei de Bases afirma simplement que "*son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias*". L'article 246 de la Llei municipal afirma explícitament la plena potestat organitzativa dels ens locals per a "*constituir, organizar, modificar i suprimir els serveis de llur competència, d'acord amb el que estableix la legislació de règim local i altres disposicions aplicables*".¹⁸⁶

Per establir i garantir la continuïtat dels serveis públics, s'han de determinar necessàriament, segons l'article 250 de TRLMC, els aspectes següents:

- a) Les característiques del servei.
- b) Les obres i les instal·lacions necessàries per a l'explotació del servei amb indicació, si s'escau, que les ha de fer el contractista.
- c) Les tarifes a percebre dels usuaris

¹⁸⁶ Sobre la potestat d'autorganització dels ens locals poden veure entre altres les STS 11.03.1988 i 26.02.1990.

d) El cànon, la participació i la subvenció que ha de satisfer l'ens local, si s'escau.

El procediment administratiu per a la creació d'un servei no l'estableix precisament el TRLMC però sí que s'han de complir les determinacions que prescriuen els articles 158 a 162 del ROAS i que es resumeixen en el següent esquema:

a) Elaboració d'una memòria justificativa, un projecte d'establiment i un reglament que determini el règim jurídic de la prestació (article 159.1). Lògicament caldrà estendre aqueix procediment als supòsits de canvi de forma de gestió un cop ja establerta la forma de gestió que s'escau a cadascun;

b) L'expedient instruït amb els documents esmentats al punt anterior, s'ha de sotmetre a informació pública pel termini de 30 dies mitjançant anunci al Butlletí Oficial de la Província i al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

c) En darrer lloc el Ple de la Corporació, amb la resolució prèvia dels suggeriments formulats en el tràmit d'informació pública, acordarà l'establiment del servei, aprovant el projecte d'establiment i el reglament pel qual es regirà.

L'article 244 del Text Refòs tracta de l'activitat econòmica i els serveis essencials, establint que quan l'activitat econòmica té per objecte prestar un servei essencial reservat per llei als ens locals, l'adopció de la iniciativa es regeix pel procediment establert per l'article 243.2 de la mateixa llei (dedicat expressament a les activitats econòmiques) amb les particularitats que han de formar part de la comissió d'estudi representants dels usuaris, s'ha de determinar la forma de gestió del servei i la memòria ha d'incloure un projecte de tarifes.

Aquests serveis es poden prestar, segons l'article 245 de la mateixa llei, en règim de lliure concurrència o en règim de monopoli. En el primer cas,

l'aprovació definitiva correspon al Ple de la corporació. En el cas del monopoli, es requereix, a més, l'aprovació del Govern de la Generalitat ¹⁸⁷.

En resum, la regulació dels serveis públics locals en la legislació catalana de règim local s'ajusta al model dissenyat per la LRBRL sense que s'hagi procedit a adaptar-la als canvis normatius introduïts per la legislació bàsica en matèria d'hisendes locals, contractes del sector públic que incideixen en l'àmbit dels serveis locals, ni tampoc els conceptes de servei universal i d'interès general derivats de la normativa comunitària, ni al Text Refós de l'any 2003 ni en cap altre modificació normativa posterior.

El Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels ens locals de Catalunya desenvolupa les previsions que en aquest àmbit estaven contingudes en la Llei 8/1997 de 15 d'abril, Municipal i de Règim Local de Catalunya. La primera qüestió que cal destacar és que amb l'aprovació d'aquest Reglament es regula d'una manera omnicomprendiva i actualitzada –a la data de la seva aprovació, ja llunyana– la generalitat dels serveis públics locals, a diferència d'allò que s'ha esdevingut al conjunt de l'Estat on n'ha s'ha revisat globalment el RSCL del 1995, vigent fins als nostres dies amb successives modificacions parcials.

El ROAS, però té interès per si mateix, ja que efectua una clara delimitació dels seus continguts i els que hauria d'haver regulat un Reglament de contractes específic per a l'administració local. Per part del Departament de Governació va redactar-se un projecte de Reglament de Contractació de les Entitats Locals de Catalunya, que restringia el seu àmbit als contractes d'obres, de subministraments i els contractes administratius especials¹⁸⁸. De totes formes, encara que parcialment en l'àmbit de Catalunya se subsana el dèficit sistemàtic

¹⁸⁷ Sobre la controversia que genera aquesta aprovació pot veure's entre altres SOSA WAGNER, Francisco, "La gestión de los servicios públicos locales", Civitas, Madrid 1997, (pag. 49 i 50). Per un estudi més detallat veieu S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid 1988.

¹⁸⁸ Personalment vaig col·laborar en els treballs d'un grup d'experts que vàrem completar un projecte de reglament que no va prosperar i que havia d'entrar en vigor l'any 1995.

que criticava en l'apartat anterior respecte el règim jurídic dels serveis públics a nivell estatal.

La segona qüestió, positiva, del ROAS és que distingeix clarament entre activitats econòmiques (títol IV, art. 136 i ss) i serveis públics (Títol Cinqué, art. 153 i ss) que poden realitzar els ens locals. Els serveis es presten en el marc d'un règim jurídic que estableix les potestats dels ens locals que garanteixen l'efectivitat de la seva gestió, mentre que les activitats econòmiques es desenvolupen en règim de lliure concurrència en el marc de l'economia de mercat, sotmetent-se a les mateixes regles i condicions que les altres empreses concurrents i no poden percebre cap tipus d'ajudes que suposin avantatges econòmics gratuïts que suposin preferència respecte de les altres empreses del sector i utilitzar les prerrogatives de l'administració quan presta serveis públics.

Ací es nota la influència que va tenir la STS de 10 d'octubre de 1989, de la Sala contenciosa-administrativa (RJ 1989\7352) relativa a l'empresa municipal "Iniciatives SA, Iniciatives municipals empresarials, S.P.M.", creada per l'Ajuntament de Barcelona. L'objecte del debat processal fou la possibilitat o no que un ajuntament emprengués activitats econòmiques, però la Sentència anà més enllà d'allò que havia de ser l'objecte del contenciós-administratiu i entrà a analitzar les actuacions concretes d'Iniciatives SA, així com els requisits específics de l'activitat empresarial local. Posteriorment el ROAS ho ha recollit, de tal forma que actualment està plenament reconeguda la iniciativa econòmica de les entitats locals¹⁸⁹. En resum, allò que interessa destacar és que en la normativa catalana a través del ROAS es delimiten clarament serveis i activitats econòmiques superant així parcialment la confusió existent en aquest àmbit que es manté a nivell estatal, tal i com han denunciat reiteradament els principals tractadistes especialitzats en Dret administratiu local¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Es recomenable la lectura del llibre de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, "La intervención del municipio en la actividad económica, Los títulos que la legitiman". Editorial Civitas, 1995.

¹⁹⁰ En aquest sentit s'expressava Javier Salas Fernández, en un article titulat "Régimen jurídico de los servicios públicos esenciales", ponència presentada al seminari de Dret Local que anualment organitza l'Ajuntament de Barcelona, la Diputació de Barcelona i la Federació de Municipis de Catalunya, i publicat en el volum corresponent a l'any 1993, pàg. 149 i ss.

A) Les formes instrumentals de les activitats econòmiques

Seguint l'esquema analític proposat per Carlos Padrós ¹⁹¹ les activitats econòmiques dels ens locals es poden conceptuar en tres categories a les quals hom correspon règims jurídics diferenciats:

- les que es desenvolupen com a exercici d'una competència (activitat-competència)
- les que comporten la prestació d'un servei públic (activitat-servei)
- Les activitats empresarials al mercat lliure (activitat-empresa)

A aquesta tercera categoria és a la que es refereixen els articles 86.1 LRBRL quan determina que els ens locals hauran de culminar un expedient acreditatiu de la conveniència i oportunitat de "la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art.128.2 de la Constitución". L'article 243 del TRLMRLC adapta al règim jurídic local català aqueixa matèria que es desenvolupada d'una manera completa i congruent amb els principis comunitaris de la lliure competència pel Títol IV (article 136 a 152) del ROAS.

Especialment significatiu és el contingut de l'article 138, dedicat al respecte al principi de la lliure concurrència, redactat amb un tó didàctic pensant amb la funció pedagògica que també tenen les normes jurídiques:

"1. Les entitats jurídiques que, si s'escau, es constitueixin per a l'exercici d'activitats econòmiques s'han de sotmetre a les mateixes regles i condicions que les altres empreses concurrents en el mercat, i no poden percebre cap tipus d'ajudes que suposin avantatges econòmics gratuïts, ja sigui en forma de prestacions positives o mitjançant intervencions que rebaixin o minorin les càrregues que gravin el pressupost de l'entitat jurídica que suposin preferència respecte de les altres empreses del sector, ni utilitzar les prerrogatives de l'administració.

¹⁹¹ Calos Padrós, "Règim jurídic dels governs locals de Catalunya", op. cit, pàgina 651

2. No obstant això, quan l'entitat tingui una minoració dels ingressos d'exploració i un augment dels costos de producció com a conseqüència de la imposició d'obligacions d'interès públic per part d'el·lens local del qual depengui que suposin un desavantatge respecte de la resta d'empreses del sector, se li haurà de concedir algun tipus d'ajuda econòmica per compensar la diferència."

Aqueixa eventualitat està acceptada per la jurisprudència del TJCE (sentència de 22 de novembre del 2001, afer Ferring C-53/00) si es compleixen quatre condicions sintetitzades per Stéphane Rodrigues¹⁹²:

- "l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies;
- les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente,
- la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations,
- lorsque le choix de l'entreprise à charger d'exécution d'obligations de service public n'a pas été effectué dans la cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit avoir été déterminé "sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces

¹⁹² RODRIGUES, Stéphane, "Les subventions aux entreprises de service public ne sont plus nécessairement des aides d'Etat", AJDA, 29 de setembre del 2003, pàgina 1741.

obligations”.

Així, doncs, la potestat administrativa local d'intervenir com empresari en qualsevol activitat està subjecta a un seguit de requisits: el primer, la necessitat d'acreditar en l'expedient que creï l'empresa la conveniència i l'oportunitat de la mesura. Així, s'haurà de demostrar amb raons objectives que l'establiment d'un operador públic és convenient a la vista del contingut que l'article 146 del ROAS determina que ha de tenir la memòria justificativa elaborada per la comissió d'estudi creada amb la composició prevista a l'article 144 del mateix reglament. L'interès públic que ha de concórrer en l'activitat s'ha de poder ponderar en base a les avantatges socials derivades dels béns o serveis a produir, a les activitats a prestar, als llocs de treball a crear -de forma directa o indirecta-, al suport a d'altres activitats locals, a la difusió de la tecnologia o a qualsevol altre que pugui ser acreditada.

En aqueix mateix sentit l'article 243.2 del TRLMC estableix que per adoptar la iniciativa cal: a) l'acord inicial del ple, en què s'ha de designar també una comissió d'estudi integrada per membres de l'ens local i personal tècnic.

- c) Una memòria redactada per la comissió, que ha de servir de base per a la resolució de l'expedient i que ha de tenir en compte els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics de l'activitat, la forma d'exercici, els beneficis potencials i els supòsits de cessament de l'activitat.
- d) La presa en consideració de la memòria pel ple i l'exposició al públic per un període de trenta dies com a mínim, durant el qual es poden presentar reclamacions i al·legacions.
- e) L'aprovació final pel ple de l'ens local.

El fet que els governs locals hagin de justificar la conveniència, l'oportunitat i l'interès públic de les iniciatives econòmiques que vulguin emprendre no significa que el legislador els situï en una posició subsidiària dins del món econòmic on prima la iniciativa privada, com dedueix Carlos Padrós.¹⁹³ La iniciativa pública i privada estan en peu d'igualtat tal com ha establert

¹⁹³ PADRÓS, Carlos, "Règim jurídic dels governs locals de Catalunya", op.cit. pàgina 670.

reiteradament per la jurisprudència constitucional (STC 76/1983, entre d'altres). Més que en el principi de subsidiarietat la causa de complimentar un expedient justificatiu de la decisió d'emprendre activitats econòmiques rau en la necessària motivació de les decisions públiques amb repercussions econòmiques, que mai no poden respondre a la mera liberalitat dels gestors sinó a la consonància amb l'interès públic.

La vinculació de la municipalització al principi de subsidiarietat suposava un límit a la intervenció dels ajuntaments en el mercat, per això s'exigia que en el procediment s'acredités que la municipalització «había de reportar a los usuarios mayores ventajas respecto de la iniciativa privada o la gestión indirecta» (arts. 45.2 y 59.1 R.S.). A partir de l'aprovació de la Constitució del 1978 els criteris són uns altres ja que l'article 38 C.E. reconeix la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat però, al mateix temps l'article 128.2 C.E. legitima la intervenció del sector públic en el mercat.

Segons ha destacat la S.T.S. de 10 d'octubre del 1989, «... se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituye lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional».

Així doncs, la municipalització, el monopoli i el principi de subsidiarietat de la iniciativa pública respecte de la privada han perdut la seva raó d'ésser, i malgrat encara constin repetidament a la legislació vigent sense diferenciació clara la iniciativa pública per a l'exercici d'activitats econòmiques, dels serveis públics i dels serveis reservats, confonent aparentment els tres conceptes.

La decisió dels governs locals d'exercir activitats econòmiques en règim de lliure

concurrència és discrecional a l'empara de la clausula de competència general que legitima l'article 25.1 LRBRL. Aqueixa habilitació legal fins ara ha permès una amplíssima esfera d'actuació -als ajuntaments sobretot- , però en cap cas es tracta d'una decisió arbitrària sinó que està subjecta al requisit de la seva motivació. Així ho va refermar el Tribunal Suprem espanyol amb la sentència – tantes vegades citada- de 10 d'octubre del 1989, quan va haver de pronunciar-se sobre les expressions genèriques que figuraven als estatuts socials de l'empresa municipal de Barcelona "Iniciatives SA" a l'hora de referir-se al seu objecte social:

"...la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se haya de desarrollar con la actividad pública, sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate, la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto, a las mismas reglas de la libre competencia que rige en el mercado".

La memòria justificativa és el document on rau la motivació de la decisió municipal d'intervenir en l'activitat empresarial. Tal com està regulada a l'article 146 del ROAS és el fonament conceptual, jurídic i organitzatiu de l'activitat i el seu redactat és més rigorós i congruent que el contingut a l'article 96 del TRRL (no aplicable directament a Catalunya) que afegeix tres exigències més: que l'activitat sigui d'utilitat pública, que es presti dins del terme municipal i que sigui en benefici dels seus habitants. Que s'hagi de prestar dins del terme municipal no és congruent amb el caràcter mateix de l'activitat empresarial, de fet el TRLMC no estableix aquest requisit i atenent que la seva aplicació és preferent respecte del TRRL les empreses municipals catalanes d'aquest caire no es senten vinculades per aquesta restricció.

Les formes de gestió dels serveis públics són també els instruments que els ens locals poden utilitzar per realitzar activitats econòmiques, si bé l'art. 243.3 del

TRLMRLC i l'art. 137.1 del ROAS limiten les opcions a : organismes autònoms de caràcter industrial, comercial o financer, figura que cal entendre substituïda per les entitats públiques empresarials (a partir de l'art. 85.bis de la LRBRL modificat per la llei 57/2003), societat mercantil de capital públic o mixt i societat cooperativa, segons determini la memòria justificativa de l'activitat, d'acord amb allò que estableix l'article 146.d) del mateix Reglament. Però, cal tenir en compte l'article 152 ROAS, relatiu a les formes jurídiques que es poden adoptar en els casos d'exercici d'activitats econòmiques per part de diversos ens locals i que preveu la constitució de consorcis o altres formes convencionals coparticipades.

Una d'aqueixes formules convencionals coparticipades poden ser les Agrupacions d'Interès Econòmic previstes a l'article 141 del ROAS:

- a. Les societats i els organismes autònoms de caràcter industrial, comercial o financer dependents dels ens locals poden constituir, entre si o amb societats i organismes dependents d'altre ens local o administració, agrupacions d'interès econòmic, sense ànim de lucre, per tal de facilitar el desplegament o millorar els resultats de la seva activitat.
- b. L'objecte de l'agrupació s'ha de referir a una activitat econòmica auxiliar de la que despleguin els membres d'aquella.

L'agrupació no pot tenir directament o indirecta participacions en els seus membres ni dirigir ni controlar les activitats d'aquests o de tercers.

- c. En els aspectes no fixats, s'ha d'aplicar la legislació sobre les agrupacions d'interès econòmic."

El règim jurídic de les AIE està contingut a la Llei 12/1991, de 29 d'abril, que les defineix com una figura associativa creada amb la finalitat de facilitar o desenvolupar l'activitat econòmica dels seus membres tenint com a límit la impossibilitat de substituir-los en les tasques ordinàries que els corresponen.

Les AIE tenen personalitat jurídica i caràcter mercantil però desproveïdes d'ànim de lucre per a si mateixes, s'hauran d'inscriure al registre mercantil.

L'esposició de motius de la llei diferencia aqueixa figura de la seva homònima en l'àmbit del dret de la Unió Europea: "La función que está llamada a desempeñar la Agrupación de Interés Económico en el mercado interior la desenvuelve en el ámbito comunitario la figura de la Agrupación Europea de Interés Económico. Esta figura se halla regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio, que en diversos puntos remite o habilita a la legislación de los Estados miembros para el desarrollo o concreción de sus propias previsiones. La ejecución de esas previsiones del texto comunitario se lleva a cabo, como resultaba obligado, en esta misma Ley, que aspira a regular, conjunta y homogéneamente, ambas figuras, estableciendo, en los límites permitidos por el Reglamento comunitario, el carácter supletorio de la figura española respecto de la europea.

No coincide de manera absoluta la configuración de ambas instituciones, aunque ha procurado mantenerse el máximo paralelismo y, desde luego, la unidad de tratamiento en sus rasgos esenciales. La figura europea se halla inspirada en el precedente francés del mismo nombre y constituye un tipo autónomo, desvinculado, por la propia fragmentariedad del ordenamiento comunitario, de otros tipos societarios. La figura española, siendo naturalmente tributaria de esos mismos antecedentes, ha tratado de entroncarse, dada su afinidad tipológica, en el marco, bien conocido y experimentado en nuestra tradición jurídica, de la sociedad colectiva."

L'ajuntament de Reus participa dues AIE (Mux de la TDT_TL1T, AIE i Agrupació per a la Promoció del Port Tarragona, AIE). Alguns ajuntaments espanyols, com és el cas del de Sevilla han creat una AIE per a l'optimització de recursos comuns a les diverses empreses municipals

B. LA GESTIÓ PEL MATEIX ENS LOCAL AMB ORGANITZACIÓ ESPECIAL DESCONECENTRADA

La forma de gestió directa per la pròpia entitat local, sense òrgan especialitzat (és a dir, emprant el personal funcionari integrat a l'estructura administrativa municipal) o amb una organització "ad hoc" amb consell d'administració i un gerent ha merescut poca atenció doctrinal atesa la persistent apologia durant les dues darreres dècades de la fugida cap a les formes personificades del dret mercantil. Una prova d'aqueixa desatenció n'és el fet que en cap dels avantprojectes destinats a substituir o modificar la LRBRL elaborats a instàncies del govern espanyol s'hi dedica estudi o proposta preferent. Ens hem de remonar a l'any 1991 quan la Secretaria General Tècnica del MAP edita un treball de l'INAP dirigit pel professor Juan Miguel de la Cúetara Martínez dedicat a les modalitats de prestació dels serveis locals on s'hi fa menció pormenoritzada a "Algunos problemas de la gestión de los servicios públicos municipales"¹⁹⁴.

Els articles 252 I 253 del TRLMRLC i els articles 190 a 198 del ROAS regulen a Catalunya les dues variants de la gestió directa per la pròpia entitat local, essent cada cop més emprada l'última fórmula de la gestió directa mitjançant una organització especial descentralitzada per les avantatges que comporta: possibilitat d'una prestació específica d'un servei públic determinat, amb un òrgan de direcció denominat consell d'administració i un gerent, i una secció pressupostària pròpia i una comptabilitat especial. Sense necessitat de crear una persona jurídica hom pot visualitzar socialment l'atenció individualitzada d'un servei públic als ulls de la ciutadania. L'èxit d'experiències com l'Organisme Especial de Gestió de Residus del Consell Comarcal de l'Alt Camp n'és un bon exemple.

Les potencialitats innovadores de la mateixa administració ordinària municipal constitueixen un terreny poc explorat que les circumstàncies derivades de la

¹⁹⁴ "Introducción a los servicios públicos locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión", Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

crisi econòmica de llarg abast que estan travessant el conjunt de les administracions públiques poden resituar al primer pla de l'actualitat. Així l'assumpció de responsabilitats directives per part de funcionaris locals, amb habilitació estatal o sense, la col·laboració públic-privada sense necessitat d'ens instrumentals personificats que en facin d'intermediaris són àmbits oberts a formulacions organitzatives originals i adequades a les necessitats contemporànies.

C. LES FORMES INSTRUMENTALS PERSONIFICADES DE LA GESTIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS

L'article 249 del TRLMC estableix que la facultat d'establir el sistema de gestió dels serveis públics correspon a la potestat organitzadora dels ens locals i que els servies es poden gestionar directament o indirectament i especifica, en els seus apartats 2 i 3, les diverses formes de gestió.

"2. La gestió directa pot adoptar les formes següents:

Gestió pel mateix ens local.

Organisme autònom.

Societat mercantil amb capital social íntegrament públic.

3. La gestió indirecta pot adoptar les formes següents:

Concessió

Gestió interessada.

Concert.

Arrendament.

Societat mercantil o cooperativa amb capital social mixt."

De totes aquestes variants en resten excloses de l'objecte del present anàlisi les formes indirectes que es presten mitjançant la col·laboració privada, (llevat de la societat mercantil o cooperativa amb capital social mixt) atès que l'objecte

prioritari com ja s'ha anunciat a la introducció són les variants en les quals la potestat d'autoorganització dels ens locals es manifesta amb més intensitat deixant la tradicional fórmula de la concessió i les seves variants més la recentment incorporada (a la legislació contractual) col·laboració públicoprivada per una altra ocasió. I en canvi hi afegirem altres modalitats gestores que estan reconegudes a la legislació estatal bàsica però encara no són incorporades a la legislació catalana (cas de les EPEL i les Agències per a la millora dels serveis públics) i altres figures amb personalitat jurídica pròpia (cas els consorcis i les fundacions) i d'altres fórmules sense personificació (cas dels convenis interadministratius i els encàrrecs de gestió).

Hom hauria de començar definint que s'entén per empresa pública local, i en aquest sentit valdria com a precedent en l'àmbit de l'administració de la Generalitat la Llei 4/1985, de 29 de març que regula la creació i funcionament de les empreses públiques, entitats de dret públic i societats amb participació majoritària de la Generalitat. L'article 1 del Text refós d'aquesta Llei aprovat pel Decret legislatiu 2/2002, de 24 de desembre, disposa la seva aplicació a:

"a) A les entitats autònomes de la Generalitat que realitzen operacions o presten serveis de caràcter principalment comercial, industrial o financer.

b) A les empreses de la Generalitat:

b.1. Entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia sotmeses a la Generalitat, però que han d'ajustar la seva activitat a l'ordenament jurídic privat.

b.2. Societats civils o mercantils amb participació majoritària de la Generalitat, de les seves entitats autònomes o de les societats en les quals la Generalitat o les esmentades entitats posseeixin també participació majoritària en el seu capital social.

c) A les societats civils o mercantils vinculades a la Generalitat, és a dir, les que són gestores de serveis públics la titularitat dels quals l'ostenta la Generalitat o les que han subscrit convenis amb aquesta, i en les quals aquesta posseeixi la facultat de designar tots o una part dels òrgans de direcció o participa

directament o indirectament en ells, com a mínim, en un 5% del capital social”.

Les empreses locals així configurades esdevindrien una vessant de l'activitat local diferent de la que es realitza en règim de lliure competència, desvinculada de qualsevol servei públic, i diferent també dels serveis públics gestionats amb el concurs dels particulars. Existiria d'aquesta manera un sector públic local que es caracteritzaria per l'assumpció directa per part de l'ens local de les decisions econòmiques dels serveis gestionats mitjançant la creació de persones jurídiques, públiques o privades, que actuen ambdues ajustant llur activitat a l'ordenament jurídic privat, sense perjudici de les matèries exceptuades en l'acord de creació, pel règim estatutari de les mateixes i per les relacions de tutela amb la corporació local de referència.

C.1 ELS ORGANISMES AUTÒNOMS LOCALS

En el redactat inicial de l'article 85.3.b) LRBRL només esmentava els organismes autònoms com una de les variants de les formes de gestió directa sense altra concreció posterior. La doctrina els defineix com les personificacions instrumentals constituïdes per un ens local del qual depenen per desenvolupar activitats de caràcter administratiu, industrial, comercial, financer o anàleg. Estan regulats a l'article 254 TRLMC que especifica també que els correspon, en règim de descentralització, l'organització i l'administració del servei sens perjudici de les facultats de tutela que es reservin els òrgans de govern de l'ajuntament davant els quals es poden impugnar els actes administratius dictats per l'organisme autònom mitjançant recurs d'alçada.

El ROAS (articles 199 a 210) en regula els supòsits de creació i el règim de funcionament ja siguin de caràcter administratiu o dedicats a les activitats econòmiques. Dels primers només interessa destacar la previsió continguda a l'article 202.2 del ROAS segons la qual els estatuts de l'organisme autònom poden preveure la presència de representants socials a la junta de govern si la classe del servei o el nombre de treballadors ho fa aconsellable. Per aquesta via

els organismes autònoms a més de la seva naturalesa essencialment administrativa poden esdevenir instruments de participació ciutadana en la gestió del serveis públics en integrar-se persones representatives del sector en el qual està incardinat l'organisme a la junta de govern del mateix.

Pel que fa als organismes autònoms dedicats a l'exercici d'activitats econòmiques cal entendre que la modificació introduïda per la Llei 57/2004 adaptant a la LOFAGE les figures dels organismes autònoms fa que el seu objecte s'hagi de limitar a activitats pròpiament administratives en sentit estricte inhibint-se de les de caràcter comercial i industrial que han quedat reservades a les entitats públiques empresarials. Atès el caràcter bàsic de la legislació estatal en aqueixa matèria la legislació catalana s'ha d'interpretar de conformitat amb aqueixa previsió encara que no hagi estat formalment adaptada a la LRBRL.

El règim comú dels organismes autònoms de caràcter econòmic està contingut a l'article 210 del ROAS que preveu que les seves activitats i la forma de contractació resten sotmesos a les normes de dret mercantil, civil o laboral, sens perjudici de les matèries que exceptuïn els estatuts i la normativa de contractació pública. "Les relacions de tutela amb la corporació local de la qual depenen, com també els actes que impliquin l'exercici de potestats administratives, tenen, en tot cas, caràcter administratiu", especifica el darrer paràgraf de l'apartat 1 d'aquest article.

Cal que ressenyar que anteriorment a la modificació de l'article 85 LRBRL la determinació continguda a l'article 201.3 del ROAS que estableix que no podran a la vegada tenir com a objecte un servei econòmic i una activitat econòmica que no tingui la consideració de servei públic, establint una interdicció de caràcter general pel comú dels ajuntaments de Catalunya respecte de la qual només en resulta exceptonat l'Ajuntament de Barcelona en virtut de la previsió justament en sentit contrari establerta a l'article 49.2 de la Llei 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta municipal de Barcelona.

Sobre la qüestió de la possible complementarietat de la prestació de serveis

públics i exercici d'activitats econòmiques es va pronunciar l' Informe 2/2001, de 23 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya sobre la possibilitat que un organisme autònom comercial de caràcter local pugui participar com a licitador en un procediment d'adjudicació de contractes administratius. Parcs i Jardins de Barcelona, Institut Municipal, va formular la consulta sobre i podia participar, en règim de lliure concurrència, en concursos convocats per altres administracions pel manteniment, conservació o execució de zones verdes públiques a la ciutat de Barcelona a d'altres municipis i si podia obtenir la corresponent classificació empresarial o bé ser declarat exempt.

"Si bé la LCAP no conté referència expressa sobre la possible relació contractual entre administracions públiques amb objecte propi dels contractes que en el Llibre II d'aquesta Llei es regulen, sí fixa, pel contrari, algunes regulacions en les quals es contemplen expressament la circumstància que el licitador o l'adjudicatari sigui un organisme públic".

"Així, l'apartat 1 de l'article 26 LCAP, preveu que no serà exigible la classificació quan "el contractista" sigui una universitat pública. També la disposició addicional vuitena contempla la possibilitat que sigui una empresa pública la que presenti una proposició en una licitació i pugui beneficiar-se d'un criteri d'adjudicació addicional en el supòsit que tingui en la seva plantilla un nombre de treballadors minusvàlids no inferiors al 2 per cent. Així mateix, l'article 132 LCAP contempla la possibilitat que l'adjudicatari d'un contracte de concessió d'onra pública sigui una administració pública".

Les directives comunitàries que coordinen els procediments d'adjudicació dels contractes públics, per la seva part, reconeixen expressament la possibilitat que el licitador i adjudicatari d'un contracte públic sigui un organisme públic. Per tant no hi ha inconvenient que un organisme autònom de caràcter comercial, avui una EPE, pugui ser licitador i adjudicatari d'un contracte licitat per una altra administració pública. Les limitacions per contractar poden derivar

però d'altres requisits específics de capacitat continguts en la LCAP o d'altres principis propis del règim jurídic de les administracions públiques que es contenen en la Llei 30/1992 (així el principi de competència com element configuratiu de la capacitat d'obrar dels òrgans administratius de l'article 12 o el requisit que l'objecte social de l'empresa adjudicatària tingui relació directa amb l'objecte de la licitació del 192 LCAP).

"Certament, la interpretació que es propugna ha de superar determinades regulacions contingudes en la LCAP, que semblen pensades exclusivament sobre la base de la condició d'empresa privada de l'adjudicatària d'un contracte administratiu. Certament, l'aspecte que més dificultats ofereix és justament la classificació empresarial. En aquest sentit, si Parcs i jardins de Barcelona participés en contractes de serveis amb pressupost igual o superior a 150.000 euros hauria, en principi, de comptar amb el requisit de classificació empresarial que es fonamenta en la consideració de documents i en el càlcul d'índexs que han estat pensats fonamentalment en què el sol.licitant sigui una empresa privada".

Conclusió Cinquena. "Parcs i jardins de Barcelona, Institut Municipal, pot participar en les licitacions públiques convocades per altres administracions públiques i ser adjudicatària de contractes administratius, sempre que el seu objecte social i l'abast material i territorial de la seva capacitat d'obrar ho permeti".

Sisena. "El sistema legal de classificació empresarial i, concretament, els criteris i les regles d'aplicació per determinar la categoria estan basats en què el sol.licitant és una entitat subjecta al Dret privat, la qual cosa impossibilita la seva aplicació a un organisme públic de manera que no és possible, amb els criteris i les regles establertes a la legislació vigent, procedir a la classificació empresarial de Parcs i Jardins de Barcelona. En tot cas, l'exempció d'aquest requisit en una licitació pública hauria de complir les condicions i seguir el procediment previstos a l'article 25.3 LCAP".

C.2.- LES SOCIETATS MERCANTILS DE CAPITAL ÍNTEGRAMENT PÚBLIC

Les societats mercantils locals són les personificacions instrumentals anònimes o limitades, creades per exercir activitats econòmiques i serveis públics regint-se pel dret privat, llevat d'excepcions reservades al dret administratiu, el capital social d'elles quals pertany íntegrament a una o diverses entitats locals. La seva regulació està prevista als articles 85 de la LRBRL, 255 a 257 TRLMC i 211 a 226 del ROAS. L'article 85 ter de la LRBRL ha estat introduït per la Ley 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per la modernització del govern local:

- "1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.
2. La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.
3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas."

Aqueix article transcriu gairebé literalment la Disposició Addicional 12 d'ela LOFAGE, en la redacció donada per la Disposició Final Primera de la Ley 33/2003, de 3 de novembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas però amb algunes diferències: hom afegeix el control d'eficàcia específicament, permet que les societats mercantils públiques es puguin constituir amb capital aportat per un organisme autònom o una entitat (remetent en aqueix cas als estatuts societaris la configuració i funcionament dels òrgans

societaris, poguent eludir l'equiparació automàtica entre ple de l'ajuntament i junta general de la societat) i en canvi no preveu que sigui una societat mercantil la que pugui crear-ne una altra de filial. La falta de sistemàtica en el conjunt de l'articulat fa que, per exemple, no s'especifiqui l'obligatorietat de la publicació dels estatuts socials com a requisit previ a l'inici de les activitats de l'empresa a diferència d'allò que s'estableix a l'article 85 bis. 3 per als organismes autònoms i les epel.

No és una aportació ni significativa ni novedosa a la regulació existent de les societats mercantils locals, que ha canviat poc, però en canvi sí que ho ha fet les normes estatals de caràcter bàsic que li són aplicables i que han anat reconduint l'impuls inicial que va portar a la seva eclosió fugint del dret administratiu. Les normes pressupostàries, comptables, de control financer i d'eficàcia estan contingudes al TRLHL, el règim contractual és el dissenyat per la LCSP i el de responsabilitat patrimonial és el comú de la LRJPAC. Malgrat que el ROAS suposa una clara progressió en comparació amb la situació anterior resta pendent la definició de quines són les normes especials sobre les empreses públiques en l'àmbit local a que es refereix l'article 255.3 de la Llei 8/1987, de 15 d'abril, municipal i de règim local de Catalunya, quan diu textualment:

“La societat ha d'adaptar una de les formes de responsabilitat limitada i actuar amb subjecció a les normes del dret mercantil sens perjudici de les matèries exceptuades per l'acord de creació i de l'aplicació de les normes especials sobre empreses públiques”.

Pel que fa als serveis públics l'article 227 del ROAS preveu que per a la gestió dels serveis municipals es poden crear societats mercantils de capital social íntegrament públic pertanyent a diverses entitats locals segons la proporció que lliurement acordin en els seus estatuts. Malgrat aquesta previsió normativa són molt poques les societats d'aquestes característiques creades a Catalunya fins ara. Això permetria als ajuntaments tenir capacitat real d'assumir serveis com la

recollida domiciliària d'escombraries que no són viables de gestionar per un ajuntament en exclusiva. El ROAS no ho preveu però no hi ha impediment legal de cap mena per a que es pugui utilitzar organismes autònoms i societats mercantils de capital social mixt (públic i privat) pertanyents a diversos ajuntaments per gestionar serveis públics.

Cada vegada és més freqüent que els ajuntaments utilitzin fórmules jurídicoprivades per gestionar serveis públics. En el cas de la societat mercantil, el servei s'exerceix "*en règim d'empresa privada i el capital social ha de pertànyer íntegrament a l'ens local*" (article 255.1 del TRLMC). Els articles 211 a 227 del ROAS desenvolupen les previsions genèriques de la Llei, però l'apartat 3 del 211 no va més enllà d'assenyalar com a matèries excepcionals respecte del registre mercantil ordinari. Les referents a les funcions de direcció i vigilància que exerceixi l'ens local sobre aquesta i les de contractació i d'altres de caràcter administratiu que es refereixen els articles 217 (normes regulades de caràcter administratiu) i 225 (programa d'actuació i règim de contractació) d'aquest reglament.

El procediment i les formes de creació d'aquestes societats es troba regulat a l'art. 212 del ROAS. El seu apartat cinquè remet per a la tramitació de l'acte previ de la constitució de la societat i l'aprovació dels estatuts pels quals s'haurà de regir, al procediment que l'art. 201 del mateix reglament estableix per a la constitució d'organismes autònoms (acord inicial del ple de l'ajuntament aprovant la seva constitució i estatuts, exposició al públic per termini de trenta dies, resolució de les al·legacions formulades i aprovació definitiva pel ple). De tota manera la simplicitat del procediment descrit a l'article esmentat ens obliga a adreçar-nos a les prescripcions que els articles 243 i 244 del TRLMC estableixen per a l'exercici d'activitats econòmiques per part dels ens locals, per tal de completar les seves determinacions.

En el cas que la constitució de la societat coincideixi amb la implantació d'un servei caldrà tenir en compte el procediment que amb aquest fi s'estableix a

l'art. 159 del ROAS, si a més es tracta d'un servei reservat als ens locals serà necessari atenir-se a allò que disposa l'art. 183 del mateix reglament. En el cas que preveu l'article 239 del TRLMC (referit a la transformació d'una societat anònima o de responsabilitat limitada, inicialment privada, en societat mercantil amb capital íntegrament públic) el procediment d'adquisició d'accions ha de cobrir tots els tràmits de la municipalització. En una iniciativa d'aquests tipus ha de ser acreditada de forma escrupolosa la necessitat i la conveniència d'escollir una determinada empresa i no una altra. Per tant, els informes jurídics, d'intervenció i de valoració de l'empresa que s'adquireix, han de ser exhaustius.

En tot cas, el procediment de creació de les societats mercantils té dues fases: la subjecte al dret administratiu que culmina amb la publicació íntegra dels seus estatuts socials al BOP i inseriment d'un referència al DOG, i la fase sotmesa al dret civil i mercantil que acaba amb l'elevació a públic mitjançant escriptura notarial dels seus estatuts i inscripció dels mateixos al Registre Mercantil.

Aqueix és el marc normatiu és insuficient per abastar les múltiples interrogants i incidències que plantegen a la pràctica la creació i el desenvolupament d'elles societats mercantils així constituïdes. Hagués calgut que la regulació de la LMRLC fos més extensa o s'hagués aprovat una llei específica i complementària. Dit això, però, hom no evitar entrar a valorar les experiències globalment considerades que els resultats d'aqueixa fórmula gestora ha tingut a Catalunya al llarg dels darrers decennis quan molts ajuntaments catalans van optar per aqueixa figura per a la prestació dels més diversos serveis locals.

Hi ha pocs estudis des del punt de vista jurídic que analitzin les dimensions quantitatives i qualitatives de les societats mercantils locals, entre els quals destaquen els redactats per José Luis Martínez-Alonso, que posen de manifest la progressiva acceleració del creixement d'aqueixa mena de societats en els darrers anys, fins i tot quan la crisi econòmica començava a fer estralls a les finances de molts ajuntaments (entre els anys 1998 i el febrer del 2012 el nombre de societats mercantils locals a Catalunya va passar de 192 a 342).

El mateix autor apunta només algunes línies d'anàlisi en el terreny qualitatiu sobre el balanç d'aqueixes societats i assenjala algunes de les problemàtiques més punyents: "El hecho de que la creación de las PIL supone una decisión organizativa costosa toda vez que compromete recursos para el futuro, y los detrae de las Administraciones matriz, lo que comporta en numerosos casos duplicidad de estructuras y la renuncia a aprovechar las ventajas de las organizaciones ya constituidas (división del trabajo, especialización y profesionalización, economías de escala y optimización de recursos, entre las más significativas)". I afegeix, entre d'altres : "Las dificultades de estas personificaciones para hacer frente a los requerimientos derivados de la complejidad de la contratación de bienes y servicios, la gestión de sus recursos humanos y de la logística, consecuencia todo ello de la limitada capacidad de las PIL inherente a su atomización"¹⁹⁵

Menys benevolent es mostra Antonio Aragón quan afirma l'existència d'un "continuo fraude de ley en el uso de las sociedades mercantiles" en analitzar l'activitat contractual de les societats mercantils locals : "Dados los importantes vacíos normativos aludidos, han sido frecuentes las malas prácticas y gestiones fraudulentas en el seno de las sociedades mercantiles locales. Principalmente, el tribunal de Cuentas y los órganos autonómicos de naturaleza fiscalizadora equivalente, de forma reiterada dictan informes demoledores, informes que en la mayoría de los casos no logran reparar, por su extemporaneidad, el daño causado". I tot seguit n'esmenta algunes de significatives: "Las decisiones estratégicas y las gestiones adoptadas por las sociedades públicas no están suficientemente motivadas ni soportadas documentalmente. No resulta posible evaluar la adecuación de la gestión realizada a la consecución del objeto social. No puede concluirse, ante la falta de justificación de las operaciones, si las sociedades han aplicado los principios de igualdad y concurrencia en sus

¹⁹⁵ MARTINEZ-ALONSO CAMPS, José Luis, "Procesos de extinción, separación y reestructuración de las personificaciones instrumentales locales en un contexto de crisis económica. Especial referencia al caso de Cataluña", dins l'Anuario del Gobierno Local 2011, Institut de Dret Públic, Barcelona, 2012, pàgina 210.

relaciones con terceros. No es posible determinar si el Consejo de Administración ha contado con información suficiente para el conocimiento de la actividad desarrollada por los gestores.”¹⁹⁶

La falta de transparència del funcionament de les emepreses municipals i les trabes posades pels directius de les mateixes al dret d'informació dels regidors han estat una constant en moltes d'elles. Aqueixa pràctica ha donat lloc a sentències clarificadorres com les recaigudes en contenciosos que han tingut com a protagonista l'Ajuntament de Marbella i que han servit per clarificar situacions similars que s'han donat al hòlding municipal Innova SA a l'Ajuntament de Reus. La jurisprudència vincula el dret a la informació dels regidors amb el dret constitucional de participació política (article 23 CE) que permet en cas de considerar-se vulnerat la sol·licitud d'empara davant dels tribunals contenciosos pel procediment especial i sumari per a la defensa dels drets fonamentals.

Segons té declarat el Tribunal Suprem entre altres en la seva sentència de 30.11.2001 que fa referència a la sol·licitud d'informació de diversos regidors de l'Ajuntament de Marbella en relació als ens instrumental, els regidors tenen dret a l'examen de la documentació existent en les societats i demás ens instrumentals de gestió vinculats a la Corporació. També segons la STS de 27 de novembre del 2000 per exercir aquest dret els regidors no han de justificar la finalitat per a la qual sol·liciten la informació, ja que segons estima l'alt tribunal " *La razón de la solicitud de una información se debe entender implícita en el ejercicio de sus funciones por parte de los Concejales, a quienes corresponde el control y fiscalización de los órganos de gobierno de la Corporación (artículo 22.2.a. de la Ley 7/1.985), lo que implica que éstos no tengan por qué dar una razón formal de todas sus actividades de control, ...*".

De la mateixa manera té també declarat la jurisprudència (entre altres STS de 27 de juny del 1988) que la negació del dret a la informació per un risc de

¹⁹⁶ ARAGÓN ROMÁN, Antonio, "La contratación de las sociedades mercantiles locales. Conceptos y claves", El Consultor, , número 15-16, 15 a 30 d'agost del 2012, pàgina 1.782.

divulgació d'aquesta no és ajustada a dret "*porque en el supuesto de que estuviera obligado (el regidor) a mantener reserva sobre su contenido e incumpliere sus obligaciones podría dar lugar a su responsabilidad, entre otras a la establecida por el art. 78.4 de la Ley citada (Ley 7/1985) y 18 y 19 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 2568/86 de 28 de noviembre*", sense que es pugui fer a priori un judici preventiu sobre l'ús de la documentació.

C.3.- LA SOCIETAT MERCANTIL DE CAPITAL SOCIAL MIXT

Cada vegada és més freqüent la utilització per part dels ajuntaments de formes jurídic-privades de prestació de serveis per satisfer necessitats públiques i en canvi el recurs a les societats mercantils de capitalmixt públic privat continua essent excepcional pel baix nombre d'aqueixes¹⁹⁷. Els pocs casos coneguts s'han utilitzat per intervenir en l'activitat econòmica promocionant la formació d'empreses (cas, per exemple de Reus Desenvolupament Econòmic SA) o fent ressorgir les que estaven en crisi o substituint les concessions preexistents per empreses mixtes arran de la necessitat d'una major implicació de l'ens local titular del servei (cas de l'Empresa Municipal d'Aigües de Tarragona SA).

Inicialment tres eren les avantatges d'acudir a la fórmula d'empresa mixta: "Agilizar la funcionalidad de ciertos servicios, liberalizandolos de las rigideces de los principios presupuestarios, de los métodos selectivos del personal y de las trabas del procedimiento administrativo", como reconoce la STS de 8 de octubre de 1982. Aportar el capital y experiencia del socio o socios privados en la gestión del servicio público y en la actividad mercantil, buscando que su ánimo de lucro redunde en mayor control, calidad y competitividad del servicio o actividad. Frente a los organismos autónomos, cuya competencia se limita a las

¹⁹⁷ Ja l'any 2000 des d'un analista del sector privat com Alejandro Martínez hom assenyalava aqueix dèficit en l'article "La empresa pública mixta como modelo de gestión de servicios públicos en el ámbito local", Anàlisi Local, número 29, març-abril del 2000.

atribuidas expresamente en sus Estatutos (vinculación negativa de la Administración a la Ley: opera como límite externo a la libertad de determinación), las personas privadas (y las sociedades mixtas lo son) pueden acometer cualquier actividad que no se oponga al fin establecido”.¹⁹⁸

L'article 264 del TRLMC, ofereix un marc prou ampli de possibilitats:

"Els ens locals poden gestionar els serveis de naturalesa econòmica mitjançant la constitució de societats mercantils d'economia mixta, societats anònimes o de responsabilitat limitada, o la participació en les ja constituïdes".

En aquests casos, doncs, el servei s'exerceix en règim d'empresa privada i la participació de l'ens local en el capital social pot ser majoritària o minoritària. Per a la constitució de la societat, s'estableixin els següents procediments:

Fundació directa de l'empresa per l'ajuntament que sol·licita, per al seu desenvolupament, l'ajut dels particulars inversionistes. En aquest cas, quan la corporació ja ha seguit tot el tràmit de l'article 243 del TRLMC (desenvolupat als art. 142 i següents del ROAS), prèvia a l'exercici de l'activitat econòmica (acord del ple, comissió d'estudi, exposició pública en la memòria i aprovació final de la constitució de l'empresa), l'ajuntament ha d'optar per:

Primer. Iniciar el procés de subscripció obert als particulars d'acord amb el procediment de fundació successiva de les societats previst en la Llei de societats anònimes.

Segon. Convocar un concurs d'iniciatives obert a aquells que estiguin interessats a cooperar en la constitució de l'empresa per fixar la forma i la participació de les parts pública i privada en el capital social.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, "Las sociedades municipales de economía mixta", Revista de Estudios Locales, número 23, setembre-octubre del 1998.

Adquisició per la corporació local d'accions o participacions de societats ja constituïdes o mitjançant la subscripció d'ampliacions de capitals de les mateixes.

Conveni amb una empresa única ja preexistent, en el qual s'establiran les modificacions estatutàries que siguin necessàries o, si s'escau, els requisits i les condicions per a la constitució de la societat mercantil de responsabilitat limitada o societat anònima quan l'empresa preexistent tingui una altra forma jurídica.

Transformació de la societat de capital social íntegrament públic en una altra en que el capital només pertany parcialment a l'ens local.

En els procediments descrits, als tres primers apartats, la participació de la societat pot ser directa de l'ens local o per mitjà d'un organisme autònom o una societat de capital públic municipal. En el cas, però, que s'utilitzi aquesta forma indirecta, el procediment de formació de voluntat de la corporació i la decisió de constituir l'empresa mixta correspon sempre al ple de l'ajuntament corresponent i a l'organisme autònom de l'Administració local o a l'empresa pública, complir i executar l'acord plenari aportant dels seus recursos la part que li correspongui del capital social de l'empresa mixta que es crea.

En el supòsit referenciat al punt quart, article 283.4 del ROAS, prèviament a la transformació de la societat s'haurà de complir allò que estableix l'article 188.5 del mateix reglament per portar a terme el canvi de la forma de gestió del servei, és a dir, instrucció de l'expedient necessari per a la implantació d'un servei (elaboració d'una memòria justificativa, projecte d'establiment i reglament del servei) amb les adaptacions oportunes al cas.

S'han de fixar en l'escriptura de constitució o ampliació de capital el valor complet de l'aportació en el moment de la constitució o de la modificació estatutària per a la incorporació de l'ens local. Els ens locals poden aportar

exclusivament la concessió del servei degudament valorada. El ple de la corporació local designarà, en el supòsit de participació directa en el capital d'una empresa mixta, els representants de la corporació a la junta general de la societat, i, si s'escau, la representació que li pertochi en el consell d'administració, que serà, com a mínim, proporcional a la seva participació en el capital social.

En el cas de participació per mitjà d'un organisme autònom o una societat mercantil de capital públic, correspondria als òrgans competents dels mateixos les citades designacions. Les designacions podran recaure en membres de la corporació o en altres persones especialment capacitades, siguin funcionaris o no. La renovació de les corporacions locals implicarà també la renovació dels seus representants en els òrgans deliberatius i executius de la societat. En tot cas, l'escriptura de constitució ha de consignar les facultats reservades als que representen l'ens local en la societat (art. 288.3 ROAS)

En la constitució o en els estatuts de la societat, s'haurà de preveure la forma d'amortització del capital privat durant el període fixat, finalitzat el qual revertirà íntegrament a l'ens local l'actiu i passiu de la societat, en condicions normals d'ús pel que fa a les instal.lacions, béns i material afectes al servei, sense que això impliqui cap mena d'indemnització. El capital privat a amortitzar estarà integrat per les aportacions de capital realitzades, ja inicialment o com a conseqüència de les possibles ampliacions acordades, augmentat o disminuït proporcionalment a la seva participació. En l'acord de constitució o en els estatuts de la societat han de constar els criteris per a l'amortització del capital privat, la qual s'ha de fonamentar en la valoració de les accions. Aquesta valoració, s'ha de fer en funció del balanç i dels beneficis de la societat dels darrers cinc anys (art. 289.4 del ROAS).

La modificació o supressió dels serveis que presti la societat d'economia mixta per part de l'ens local, que representin el cessament de la seva activitat o la dissolució de la mateixa abans del termini fixat en l'acte de constitució o en els

estatuts, produirà els efectes previstos més amunt i, en aquest cas, l'amortització del capital tindrà caràcter indemnitzable.

El ROAS amplia aquestes determinacions amb una sèrie d'indicacions per a l'establiment de garanties que reforcin el paper de la participació de l'ens local dins la societat, tenint en compte l'objecte de prestar un servei públic que té la mateixa. D'aquesta manera el ROAS estableix que en l'escriptura de constitució de la societat o en els seus estatuts es podrà preveure la intervenció de l'ens local en les vendes de participació privada mitjançant l'exercici d'un dret d'adquisició preferent a favor del mateix ens o de l'òrgan o societat pública que es determini (art. 286 ROAS).

Una altra possible garantia que s'estableix és la opció de fixar en els estatuts o en l'acord de constitució, la necessitat d'un quòrum especial, que en tot cas exigeixi el vot de l'ens local per a l'adquisició d'acords sobre l'emissió d'obligacions, augment o reducció de capital social, transformació, fusió o dissolució en la societat i, en general per a qualsevol modificació dels estatuts de la societat (art. 287 ROAS). En tot cas l'art. 288 del ROAS, estableix que serà necessària l'autorització de l'ens local per a les modificacions estatutàries que alterin la posició participativa en el capital social. A banda d'aquest mecanisme, el ROAS estableix també la possibilitat de controlar externament la societat mitjançant la possibilitat de designació d'un delegat amb facultats d'inspecció que s'haurien de fixar als estatuts de la societat (art. 293.1 ROAS). De la mateixa manera es determina que els estatuts hauran d'incorporar, d'acord amb allò que estableix la legislació mercantil, la facultat de l'ens local de fiscalitzar i inspeccionar la comptabilitat i les instal·lacions de la societat.

Hi ha poques empreses mixtes a Catalunya ja que els governs locals són reticents a fer ús d'aqueixa possibilitat ja que comporta compartir projecte de gestió i potestats de decisió amb emprenedors privats avesats a formes de treball i estímuls econòmics per resultats que són a la pràctica poc compatibles amb els gestors públics locals, electes i directius. Un dels pocs casos de

transformació –encara en curs- d’una societat mercantil de capital íntegrament municipal per a esdevenir empresa mixta és l’empresa de l’Ajuntament de Reus Gestió de Serveis Funeraris SA (GESFURSA).

C.4.- SOCIETAT COOPERATIVA AMB CAPITAL MIXT

L’article 266 del TRLMC i l’art. 295 del ROAS estableix que els ens locals, per prestar els serveis públics de la seva competència, poden promoure la creació de cooperatives o participar en les ja constituïdes. En aquests casos, l’aportació de l’ens local en relació amb el capital social només pot ser parcial. En defecte de regulació específica per a la peculiar naturalesa jurídica d’aquestes cooperatives, cal adreçar-se a la Llei 4/1983, de 9 de març, de regulació de societats cooperatives a Catalunya modificada parcialment per la Llei 13/1991, d’1 de juliol. Són aplicables a les cooperatives les disposicions corresponents a les societats mercantils (SA mixtes) en defecte de normativa específica pròpia, i en general les disposicions que es contenen al ROAS que puguin ser-li d’aplicació. El procediment de formació de la voluntat municipal és el mateix que el vist en l’apartat corresponent a la societat mercantil amb capital social mixt. Són pràcticament desconegudes les experiències de cooperatives mixtes a Catalunya.

D. LES FORMES INSTRUMENTALS PERSONIFICADES DE LA PRESTACIÓ DELS SERVEIS LOCALS DE LA NORMATIVA ESTATAL VIGENT PENDENTS D’INCORPORAR A LA NORMATIVA CATALANA

D.1- LES ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS

L’article 85.bis LRBRL arran de la Ley 57/2003, remet als articles 45 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 d’abril, de Organización y Funcionamento de las Administración General del Estado i atès el caràcter bàsic d’aquest article s’ha d’aplicar de forma preferent a la normativa catalana relativa als organismes autònoms anteriorment descrita i resulta d’aplicació directa a les entitats

públiques empresarials introduïdes directament per aquest precepte i sense regulació pròpia de caràcter autonòmic. Aqueix precepte –en la seva part substancial- és del tenor literal següent:

“1. La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resultase de aplicación, con las siguientes especialidades:

a) Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.”

La nota distintiva de les EPEL¹⁹⁹ és que adopten un règim jurídic mixt, de dret públic pel que fa a la formació de la voluntat dels seus òrgans de govern i administració, a l'exercici de les potestats administratives i de dret privat en allò tocant a les activitats comercials, industrials que tinguin encomanades. El fet de poder atribuir a les EPEL l'exercici de potestats administratives és un dels seus valors potencials que poden justificar la seva constitució i allò que les fa diferents de les societats mercantils que per la seva naturalesa no poden assumir aquesta doble dimensió. Concretament l'article 85 bis.2. c) hom es preveu que “los estatutos determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas”.

¹⁹⁹ MONTOYA MARTIN, Encarnación, “Las entidades públicas empresariales en el ámbito local”, IUSTEL, Madrid, 2006.

Una de les novetats d'aquest precepte és que preveu, excepcionalment, que les EPE que tinguin assignada la funció de dirigir o coordinar a altres ens de la mateixa o distinta naturalesa (apartat 1.a), últim paràgraf). Serien, per tant, una fórmula organitzativa a l'abast d'aquells ajuntaments que han arribat a un nivell de complexitat de tal envergadura que precisen d'un ens que integri les actuacions d'altres ens instrumentals, per exemple societats mercantils, essent aquest el seu objecte estatutari no pas el desenvolupament d'activitats econòmiques al lliure mercat. Aqueixa excepció resulta contradictòria amb la naturalesa de les activitats productives de bens i serveis destinats a ser lliurats al consum a través del mercat que la LOFAGE fixa amb estricta determinació com a finalitat de les EPEL. En l'avantprojectes de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local del 2007 redactat per tal de subsituir la LRBRL s'eliminava aqueixa excepció per incongruent.

Un dels pocs casos conegut en els que un ajuntament ha fet ús d'aqueixa previsió és el de Reus que l'any 2007 va crear EPEL INNOVA per tal d'agrupar les empreses municipals que depenen de la societat hòlding INNOVA i que es financen majoritàriament amb ingressos de no mercat. L'objecte que figura als seus estatuts és l'adquisició, tinença i gestió d'accions i participacions d'altres societats o entitats en l'àmbit municipal que li es propi així com la prestació d'altres serveis previstos en els seus estatuts i la gestió de serveis i activitats econòmiques que li encarregui l'Ajuntament de Reus en els àmbits social, educacional i d'atenció a les persones amb situació de dependència. Per això s'ha constituït com a mitjà propi i servei tècnic de l'Ajuntament de Reus d'acord amb les determinacions que preveïen els articles 4.1.n) I 24.6 de la LCSP (ara TRLCSP).

La diversitat d'objectius fundacionals de les EPE repercuteix a l'hora d'establir el règim de contractació que li resulti aplicable. Així ho detalla Martínez-Alonso: "Amb la LCSP, les EPE que no tenen caràcter mercantil o industrial són qualificades com a poders adjudicadors, però no com a administracions públiques (arts. 3.2 in fine i 3.3.b), raó per la qual se sotmeten sols a les

prescripcions següents (arts. 173 a 175): a les de l'adjudicació dels contractes subjectes a regulació harmonitzada (arts. 13 a 17, aplicació de la Directiva 2004/18/CE) en superar els llindars comunitaris; en cas de no superar-los, l'adjudicació estarà sotmesa als principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no-discriminació, així com a l'observança de les instruccions que hauran d'aprovar a l'efecte. Les EPE que sí tinguin caràter mercantil o industrial no són considerades poders adjudicadors, i únicament han d'ajustar-se en l'adjudicació dels contractes als principis i a l'observança de les instruccions esmentats al paràgraf anterior (arts. 3.3 a contrari i 176, amb l'excepció del 17, LCSP)"²⁰⁰.

"Una última cuestión de importancia desde el punto de vista tanto de la organización como del régimen jurídico general –assenyala Fernando García Rubio²⁰¹- de las EPE's es la referida al citado régimen jurídico que en principio, recordemos, nos encontramos ante una entidad de carácter administrativo, que tiene una vocación empresarial, por lo cual, el régimen jurídico será muy distinto en unos supuestos u otros; en los supuestos de ejercicio de potestades administrativas, adopción de contratos administrativos, etc., deberemos de tener en cuenta, como es lógico, las determinaciones de la legislación administrativa en los supuestos remitidos por la LRBRL, LOFAGE y estatutos, debiéndose considerar en los estatutos los actos de los órganos a que hemos hecho referencia anteriormente que agotan la vía administrativa, a los efectos de posibilitar la tutela judicial efectiva y el ejercicio de los correspondientes recursos en la vía administrativa. En el resto de los supuestos los actos de dichos órganos serán enjuiciables tan solo por una vía de derecho privado y por tanto no requerirán expresa previsión en los estatutos ni en normas de organización alguna".

D.2. LES AGÈNCIES PER A LA MILLORA DELS SERVEIS PÚBLICS

²⁰⁰ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis, "Personificaciones instrumentales locales, a l'Informe de l'Observatori de Govern Local, coordinat per Jaume Magre Ferran, editat per la Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 2006, pàgina 603.

²⁰¹ GARCÍA RUBIO, Fernando, "Las Entidades Públicas Empresariales", Revista de Estudios Locales, número 117, febrer del 2009, pàgina 42.

Les agències per a la millora dels serveis públics de la llei 28/2006, de 18 de juliol, ja hem vist com han tingut poc èxit en l'àmbit de l'administració estatal. A Catalunya hi ha hagut alguns ajuntaments que han optat per incorporar-les al seu organigrama de modalitats gestores, com és el cas de l'Ajuntament de Figueres que ha creat l'Agència Local de l'Energia. Altres com l'Ajuntament de Reus han adoptat la denominació d'Agència per rebatejar un organisme autònom local com és el cas de l'Agència de Promoció Turística i Comercial de Reus.

E) ELS CONSORCIS LOCALS

El consorci és una figura que té el seu origen en el Dret mercantil i que constitueix per al Dret privat l'expressió més lleugera de les formes d'unió entre empreses. Els mercantilistes han definit els consorcis com a unions de tipus transitori, que tenen per objecte realitzar en comú una tasca concreta i determinada. La teoria mercantil, però, no arriba a distingir-ne un perfil acabat ni una regulació detallada, i aquesta indefinició es manté, en gran mesura, amb la seva introducció en la realitat jurídicoadministrativa. Amb tot, la institució consorcial pública utilitzada de primer per l'Administració estatal que s'inspira en la tardició jurídica italiana²⁰², s'ha estès notablement en la realitat administrativa local.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 1955 (arts. 37 a 40), és de les primeres normes locals que es refereix als consorcis establint que els ajuntaments poden constituir-los amb entitats públiques de diferent nivell amb la finalitat de gestionar un servei d'interès local. Per tant els atorga caràcter estatutari, dotats de personalitat jurídica i poder per utilitzar qualsevol de les formes de gestió dels serveis públics²⁰³.

²⁰² MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, Jose Luis, "Los consorcios en el derecho español (análisis de su naturaleza jurídica)", Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1974.

²⁰³ MORELL OCAÑA, Luis. "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años", *RAP*, núm. 150, setembre-desembre 1999, pàgs. 385-388.

A partir d'aquestes referències, la doctrina estava dividida entre els que sostenien el caràcter de persona jurídica independent i els que els consideraven ens locals sectorials. Aquesta segona tesi es veié positivitzada en l'art. 107 del Reial Decret 3046/1977 d'articulació parcial de l'Estatut de règim local, que atorgava als consorcis la consideració d'ens locals. La LRBRL no comparteix aquest criteri i no els inclou en la relació d'ens locals de l'art. 3 sinó en l'art. 87: "Las entidades locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, con concurrentes con los de las Administraciones públicas". Com a novetat afegeix la possibilitat que participin en els consorcis locals entitats privades sense ànim de lucre.

Cal dir d'entrada, no obstant això, que la regulació positiva del consorci presenta orientacions diferents segons la norma a la qual ens adrecem. Així, l'article 7 de la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC) s'inclina clarament per un tractament convencional del consorci, ja que sembla preveure aquesta figura com una concreció, no sempre imprescindible d'un conveni. La LRBRL i el TRLMC, en canvi, donen al consorci un tractament més institucional, no derivat necessàriament d'un conveni. Tot i aquesta aparent diversitat de criteris, la majoria d'autors coincideixen a qualificar els consorcis com a entitats públiques de caràcter associatiu no territorial, amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d' obrar²⁰⁴.

La LRBRL i TRLMC defineixen el consorci com una entitat pública de caràcter associatiu que pot ser constituïda pels ens locals amb altres administracions públiques per a finalitats d'interès comú, o amb entitats privades sense ànim de lucre per a finalitats d'interès públic concurrents amb les dels ens locals

²⁰⁴ Vegeu per tots GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1997, vol. I, 8a edició, pàgs. 388 i 389.

(arts. 87 LRBRL i 269 a 272 LMRLC). D'aquesta definició es dedueixen les dues característiques bàsiques de la seva naturalesa: la d'associació entre administracions, o entre aquestes i els particulars (amb la condició que aquests estiguin integrats mitjançant entitats sense ànim de lucre), i la del seu caràcter instrumental. EL TRLMC atorga al consorci personalitat jurídica pròpia per crear i gestionar serveis o activitats d'interès local (art. 269.2) i, tot i que a voltes s'ha qualificat el consorci com una forma especial de gestió dels serveis públics²⁰⁵, val a dir que, per assolir les seves finalitats, explícitament la llei li reconeix que "pot utilitzar qualsevol de les formes de gestió de serveis establertes per la legislació de règim local" (art. 270.2).

Els estatuts del consorci són els que determinaran el seu règim orgànic, funcional i financer, és a dir: els òrgans de govern del consorci i les seves atribucions, el nombre de representants de cadascun dels ens consorciats en aquests, les aportacions econòmiques que caldrà satisfer, etc., sense que s'estableixin especials limitacions. La llibertat de pactes a l'hora de configurar el consorci és allò que hi ha donant impuls en els darrers anys. Cal precisar però que hi ha una diferència qualitativa en aquells consorcis integrats per diverses administracions públiques amb un objecte social d'interès local i aquells altres consorcis que gestionen interessos que no són estrictament locals i en els que sovint hi participa una posició minoritària d'entitats locals al costat d'altres administracions públiques. Només en els primers, el règim jurídic aplicable és el vigent per a les entitats locals ja que en els segons, és normalment l'ordenament estatal o autonòmic l'aplicable en els termes que estableixin els estatuts.

El procediment per a la seva creació es troba establert al ROAS, i d'acord amb el seu article 313 s'ajustarà a l'esquema següent:

- Acord dels òrgans competents dels ens locals, de les administracions i

²⁰⁵ Sobre aquesta qüestió, vegeu SOSA WAGNER, Francisco., *La gestión de los servicios públicos locales*, Ed. Civitas, 4a ed., Madrid, 1999, pàg. 214 i següents.

altres membres que l'integrin en què manifestin la voluntat de constituir un consorci, i aprovació inicial dels estatuts pel ple.

- Informació pública durant 30 dies (edictes al BOP i al DOGC).
- Aprovació definitiva dels estatuts i acord de constituir el consorci.
- Publicació dels estatuts (al BOP i al DOGC).
- Nomenament dels representants que han d'integrar els òrgans de govern del consorci per cada entitat consorciada.
- Sessió constitutiva de l'òrgan decisor superior del consorci i elecció del president i del vicepresident.
- Inscripció al Registre d'entitats locals de Catalunya (article 116 del Reglament de demarcació territorial i població dels ens locals).

L'acord dels ens locals per crear, adherir-se, modificar, separar-se o dissoldre els consorcis s'ha d'adoptar amb el vot favorable de la majoria absoluta dels membres de la corporació. Idèntic quòrum serà necessari per aprovar i modificar els seus estatuts (art. 114.3. d) del TRLMC ja que dins de les "altres organitzacions associatives" a què es refereix aquest precepte cal entendre inclosos els consorcis.

En el moment de la inscripció del consorci al Registre d'entitats locals, la Direcció General d'Administració Local podrà formular el requeriment al qual es refereix l'art. 181 del TRLMC, si considera que els estatuts aprovats pels ens locals infringeixen l'ordenament jurídic i, si escau, interposar un recurs contenciós-administratiu.

El TRLMRLC preveu també una garantia especial amb la finalitat d'evitar la duplicitat en la gestió de serveis, i pot vedar la participació dels municipis en consorcis en què intervinguin comarques a les quals no pertanyin, si l'objecte del consorci és coincident amb una activitat o servei declarat d'interès comarcal en el programa d'actuació de la comarca a la qual pertanyi. A aquesta regla general podrà oposar-s'hi excepció en cas que es demostrï objectivament la necessitat o la conveniència de la participació, i ho autoritzi el

Departament de Governació (art. 272.2).

Com ja s'ha esmentat, el règim orgànic, funcional i financer del consorci haurà de determinar-se per mitjà dels seus estatuts (art. 316 ROAS), però s'exigeix que l'òrgan decisor superior del consorci sigui integrat per representants de tots els membres que en formen part (art. 317 ROAS). El funcionament i el règim d'impugnació dels seus acords i resolucions s'ajustarà, amb excepció de les peculiaritats que es fixin als estatuts, al que s'estableix en la normativa aplicable als ens locals. Els estatuts han de preveure també els mitjans de finançament de les activitats que tingui per objecte el consorci. Generalment, una part correspondrà als ingressos generats per les mateixes activitats, a través de taxes o preus públics, en relació als quals el consorci té capacitat de fixar-los i gestionar-ne la recaptació. D'altra banda, es nodrirà, en bona mesura, de les aportacions de les entitats consorciades, d'acord amb els criteris generals que siguin fixats als estatuts (art. 319 ROAS). Els ens consorciats que vulguin separar-se'n han de formular el pre-avis en el termini que fixin els estatuts i estar al corrent de les obligacions anteriors i garantir el compliment de les que hi hagi pendents. Arribat el cas (324 ROAS) l'acord de dissolució l'ha d'adoptar l'òrgan superior de govern del consorci i ha de ser ratificat pels òrgans competents dels seus membres.

F) LES FUNDACIONS CREADES PELS ENS LOCALS

El dret de crear fundacions està situat en l'articulat constitucional immediatament després de l'article 33 CE que regula el dret de propietat, no és pas una ubicació capriciosa sinó que s'escau a una concepció que situa aqueixa institució en l'àmbit del dret privat. Estudis recents²⁰⁶ analitzen el desenvolupament legislatiu i la jurisprudència constitucional de les fundacions creades per les entitats locals, o ens depenents, en una evolució que partint d'una interpretació restrictiva de l'ús que les administracions públiques podien

²⁰⁶ MALARET GARCIA, Elisenda i MARSAL FERRET, Marc, "Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción", Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005.

fer d'aqueixa figura fins arribar al Codi Civil de Catalunya que estableix un règim jurídic únic, independent de quina sigui la personalitat de qui les constitueix.

Altra qüestió és les especificitats que les fundacions creades per les entitats locals han de complir quan tenen la consideració de personificacions instrumentals. Segons Francisco Sosa Wagner: "Las fundaciones son hoy auténticas formas de gestión, extravagantes como vemos de la legislación local propiamente dicha"²⁰⁷. Hi ha el precedent de les fundacions públiques de servei de l'article de l'article 85 del RSCL que han quedat en desús després que la LRBRL les substituís pels organismes autònoms locals. Els supòsits a que feia referència aqueix article els detalla Luis Morell Ocaña d'aqueixa manera: "Cuando el artículo 85 RSCL recoge la posibilidad de la Fundación, está refiriéndose al caso de que por compra, donación o disposición fundacional –en este caso con arreglo a la voluntad del fundador- adquieran de los particulares bienes adscritos a determinado fin. Y luego menciona la Fundación pública cuando se refiere al adecuado desarrollo de funciones de beneficencia, de cultura o de naturaleza económica que así lo aconsejaran"²⁰⁸

L'article 50 de la carta municipal de Barcelona les inclou entre les modalitats gestores dels serveis públics locals. Per la seva part, d'acord amb allò que disposa l'article 3.1. f) de la LCSP, són ens del sector públic les fundacions constituïdes amb una aportació majoritària, directa o indirecta, d'una o varies entitats integrades al sector públic, o el patrimoni fundacional de les quals, amb caràcter de permanència, està format en més del cinquanta per cent per bens o drets aportats o ceditats per aqueixes entitats.

En matèria de fundacions la normativa vigent està prevista a la Llei 4/2008, del 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, i a la Ley 50/2002, de 26

²⁰⁷ SOSA WAGNER, Francisco,...op. cit pàgina 59.

²⁰⁸ MORELL OCAÑA, Luis, "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años", Revista de Administración Pública, número 150, setembre-desembre del 1999, pàgina 396.

de desembre, de fundacions. D'acord amb l'article 46 de la Llei 50/2002, les fundacions del sector públic es configuren com a entitats que poden realitzar activitats relacionades amb l'àmbit competencial de les entitats del sector públic fundadores i que han de coadjuvar a la consecució dels fins d'aquelles. És a dir tenen un paper col·laborador en la consecució de determinats objectius d'interès general.

En relació a aquesta matèria la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya ha tingut ocasió de pronunciar-se en els informes 4/2004, de 10 de desembre i 4/2007, de 28 de juny. El primer d'aquests informes analitza l'ús de la fórmula fundacional per part de les administracions públiques. En aquest sentit distingeix entre les anomenades fundacions públiques i les fundacions del sector públic. Les primeres, l'exemple paradigmàtic de les quals són les fundacions públiques sanitàries, es defineixen perquè es tracta de fundacions que, malgrat l'ús d'aquesta denominació, són organismes públics amb personalitat jurídica pròpia vinculats o dependents de l'Administració per al desenvolupament de la seva activitat i que per tant tenen un estricte caràcter instrumental respecte de l'Administració que les crea. En canvi respecte de les segones, que serien les definides a l'article 46 de la Llei 50/2002, el caràcter d'ens instrumental d'una Administració no és sempre fàcilment determinable, per la qual cosa caldrà l'anàlisi en cada cas.

El segon dels informes conclou que la qualificació una fundació com a mitjà propi d'un ens adjudicador s'ha de dur a terme d'acord amb la jurisprudència i amb els criteris interpretatius construïts pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees en la relació a la doctrina dels contractes interns o *in house providing*. Aquesta doctrina és la que ha recollit l'article 24.6 de la LCSP a l'establir que "*...els ens, organismes i entitats del sector públic podran ser considerats mitjans propis i serveis tècnics d'aquells poders adjudicadors per als quals realitzin a la part essencial de la seva activitat quan aquests tinguin sobre aquell un control anàleg al que poden exercir sobre els seus propis serveis. Si es tracta de societats, a més, la totalitat del seu capital ha de ser de titularitat*

pública.

En tot cas, s'entén que els poders adjudicadors tenen sobre un ens, organisme o entitat un control anàleg al que tenen sobre els seus propis serveis si poden conferir-los encàrrecs de gestió que siguin d'execució obligatòria per a ells i d'acord amb instruccions fixades unilateralment per qui fa l'encàrrec i la retribució dels quals es fixi en referència a tarifes aprovades per l'entitat pública de la qual depenguin.”

També cal tenir en compte que als efectes de considerar una fundació creada per una societat municipal com a mitjà propi de l'Ajuntament caldria que aquest autoritzés a la societat a constituir fundacions, la qual cosa hauria d'estar prevista als seus estatuts, per tal d'establir un vincle entre aquella i aquest. D'altra banda caldria que els estatuts de la fundació reconeguessin expressament la condició de mitjà propi i servei tècnic de l'Ajuntament en els termes de l'article 24.6 de la LCSP.

Per escrit de data 16 de gener de 2009, l'Ajuntament de Reus va formular a la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, una consulta relativa a la possibilitat de modificar els estatuts de les actuals fundacions constituïdes o promogudes per les societats municipals en el sentit que aquestes puguin tenir la consideració de mitjà propi i servei tècnic de l'Ajuntament en els termes de l'article 24.6 de la Llei de contractes del sector públic (LCSP), i en conseqüència poder conferir-los encàrrecs de gestió.

En data 10 de març la referida Direcció General emet la resposta a la consulta formulada i assenyala que la consideració d'una fundació com a mitjà propi i servei tècnic de les entitats del sector públic fundadores, no resultaria, en principi, coherent amb la conceptuació de les fundacions com a entitats amb personalitat jurídica pròpia i independent. Tanmateix també es diu que caldria examinar cada cas en concret, i valorar la previsió estatutària que es vol incorporar per la qual cosa recomana la presentació d'un esborrany de

modificació d'estatuts de cadascuna de les fundacions en les quals es planteja la incorporació de la previsió de considerar-la com a mitjà propi.

Per tot l'exposat entenc que la consideració com a mitjà propi d'una fundació que hagi estat constituïda o participada per l'Ajuntament, de manera directa o indirecta, requereix una anàlisi acurada sobre la concurrència dels requisits previstos a l'article 24.6 de la Llei de contractes del sector públic seguint els criteris interpretatius fets pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees a aquest efecte, i atenent a un criteri de prudència, interpretant la normativa restrictivament pel que fa a aquesta possibilitat ja que el règim jurídic vigent no està prou consolidat i clarificat en aquest punt. Una opinió divergent en aqueix aspecte és la que manté Carmen Alonso Higuera a qui la societat municipal Innova SA l'any 2008 perquè es pronunciés sobre la possibilitat que l'Ajuntament de Reus pugui encomanar encàrrecs de gestió a la Fundació Privada SAGESSA-Salut a l'empara de l'article 4.1. n) de la LCSP. La referida lletrada conclou el seu informe afirmant que en el pla "purament teòric, no existeix cap inconvenient legal que impedeixi que l'ajuntament de Reus puguiefectuar encomandes de gestió d'activitats, prestacions i/o serveis a la Fundació, sempre que no impliqui exercici d'autoritat ni l'ús de potestats públiques." L'Ajuntament de Reus entre tots els de Catalunya és dels que més ha fet ús de la fórmula fundacional com a ens instrumental, una pràctica que s'ha anant extenent cada cop més entre els governs locals del nostre país que fins i tot estan creant fundacions a partir de societats mercantils de capital íntegrament públic o consorcis.

Una mesura contradictòria amb la política de reducció del nombre d'ens instrumentals creats per les administracions és la de facilitar el creixement del sector fundacional al qual acudeixen un nombre creixent d'ajuntaments –i també el mateix Govern de la Generalitat- ara que s'inicia el crepuscle del sector empresarial públic. La Llei 7/2012, de 15 de juny, de modificació del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques. Entre les diverses modificacions destaca la de l'article 331-2, eliminant la regulació

relativa a les fundacions públiques introduïda per la Llei 4/2008, i per tant, la regulació del Codi civil no distingeix entre fundacions públiques i privades. També hom modifica l'article 331-5, per tal d'afavorir la creació de fundacions en redueix fins a 30.000 euros la dotació inicial necessària per a constituir-les quan anteriorment el límit era de 60.000 euros.

G) FORMES ASSOCIATIVES LOCALS: ELS CONVENIS INTERMUNICIPALS I LES COMUNITATS DE MUNICIPIS

Més enllà de les fórmules analitzades anteriorment hi ha la possibilitat d'articular la col·laboració voluntària entre diversos ens locals sense necessitat de crear una nova persona jurídica: a) les comunitats de municipis i b) els convenis entre ajuntaments.

a) El Parlament de Catalunya, mitjançant la Llei 21/2002, de 5 de juliol, de setena modificació de la Llei 8/1987 de 15 d'abril, va crear la figura de les comunitats de municipis, regulades en els arts. 123 i següents TRLMC. Aquestes comunitats són associacions de municipis per gestionar i executar tasques i funcions comunes, sense personalitat jurídica pròpia que s'articulen en base a un conveni subscrit entre els ajuntaments que decideixen voluntàriament associar-se. "Aquesta institució de la comunitat de municipis té un antecedent immediat, si bé amb perfils força diferents, en la figura dels agrupaments de municipis propugnada per l'Informe de la Comissió d'Experts sobre Organització Territorial²⁰⁹, la qual s'inspirava en les agrupacions de municipis per al manteniment d'un secretari comú, ja tradicionals en

²⁰⁹ Aqueix Informe, conegut també amb la denominació d'Informe Roca, elaborat el desembre del 2000 fou encarregat a una comissió d'experts presidida per Miquel Roca i Junyent, per Acord de Govern de 3 d'abril del 2000, a instància dels diferents grups parlamentaris presents al Parlament de Catalunya. L'Informe no va prosperar, ni es va arribar a publicar oficialment, atesa l'oposició que va aixecar alguna de les mesures que s'hi contenien, especialment les que promovien la supressió o agrupació forçosa dels municipis de menys de mil habitants. Però la causa principal és la poca consistència i profunditat jurídica de les seves consideracions, on va pesar més la part elaborada pels geògrafs que integraven la comissió (quatre sobre un total de vuit) que no pas els fonaments legals, jurisprudencials i doctrinals del seu contingut, molt breu per cert.

l'ordenament local espanyol".²¹⁰

"Constitueixen un subtipus de conveni de col·laboració entre municipis, qualificat per la previsió legal expressa", especifica Martínez-Alonso²¹¹. Els acords que adoptin, però, vinculen tots els municipis agrupats i tenen eficàcia davant tercers, com si fossin adoptats per tots i cadascú dels municipis que integren la comunitat. Tots els municipis responen, doncs, de forma solidària dels acords adoptats pels òrgans de la comunitat.

El procediment de creació comença amb un decret d'alcaldia de cadascun dels municipis que la promouen que incorpora un projecte de conveni referent als aspectes orgànics i de funcionament i la designació d'un regidor de cada corporació que ha d'integrar el consell de la comunitat. Aquest expedient es sotmet a informació pública durant un termini de 20 dies per a l'examen i presentació d'al·legacions. Finalitzat el període d'exposició, els plens de cada ajuntament, per majoria absoluta, han d'acordar la constitució de la comunitat. Tant l'acord com el conveni han de ser publicats al BOP.

Aquesta figura innovadora, caracteritzada per la seva adaptabilitat a les diverses situacions i necessitats de les entitats locals aporta l'avantatge de la seva absoluta disponibilitat en funció de les canviants conjuntures de la política local. En no tenir personalitat jurídica, ni haver de seguir un complicat i llarg procés de constitució com les mancomunitats, la seva existència depèn de l'efectiva utilitat als interessos municipals en presència, de manera que l'ajuntament pot desvincular-se de la comunitat només complint les parts contingudes en el conveni. La seva eficàcia il·limitada en el temps també juga a favor de la seva aplicabilitat. El fet cert, però, és que fins ara pocs ajuntaments²¹² han fet ús d'aquesta figura que, en no tenir personalitat jurídica,

²¹⁰ MIR BAGÓ, Josep, "Valoració de les últimes modificacions de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya", El Clip número 19, octubre del 2002, Institut d'Estudis Autònoms.

²¹¹ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis, "Règim jurídic dels governs locals de Catalunya", op. cit. pàgina 610.

²¹² Un exemple positiu és el de la Comunitat de municipis de la Llera del Ter, integrat pels ajuntaments de Bordils, Celrà i Flaçà per a la gestió en comú de serveis en l'àmbit de l'educació,

no té accés al Registre d'entitats del Departament de Governació de la Generalitat.

b) Per la seva part, els convenis entre ajuntaments són l'expressió de la lliure voluntat i en pla d'igualtat que hom es concreta en el principi de coordinació (article 103.1 CE), reflectit als articles 26.1 i 57 LRBRL que preveuen l'exercici de les competències locals de manera associada entre diversos ens. Al seu torn el TRLMC així ho preveu en els articles 150 a 191 i el ROAS ho concreta entre els preceptes 303 a 311. Supletòriament són d'aplicació les determinacions dels articles 6 a 8 de la LRJPAC. Malgrat aqueixa regulació les contorns d'aqueixa figura i sobretot l'ús pràctic que se'n fa ha portat al Tribunal de Cuentas va aprovar en data 30 de novembre del 2010 una moció adreçada a "Las Cortes generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas"²¹³.

El Tribunal de Cuentas fa notar l'absència d'un concepte legal o jurisprudencial o doctrinal, generalment acceptat, realliu a aqueixa institució que sovint s'empra per tal de referir-se a acords subscrits sota una pluralitat de denominacions (protocols, contractes-programa...) i realitats jurídiques molt diverses. L'article 4.1 n) de la LCSP ha consolidat una figura diferenciada, l'encàrrec de gestió entre administracions públiques i els seus ens instrumentals, fet que ha possibilitat que entre les figures del conveni i el contracte hi hagi marge per delimitar l'àmbit escaient al conveni: "acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos que convienen, efectos que, por tanto, no proceden de uno solo de ellos sino de todos".

La qüestió pendent de resoldre és a quina categoria han d'incloure's els convenis signats amb entitats públiques que es regeixen pel dret privat quan la LCSP inclou en la categoria de convenis interadministratius els que es celebren entre "entitats públiques" i en la de convenis Administració-administrats els que

de serveis socials, culturals, esportius i mediambientals, publicat al BOP de la Província de Girona número 147, de 26 de juliol del 2007.

²¹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, número 480, de 28 d'octubre del 2011.

s'acordin amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat. "Ante este dilema, y considerando que la expresión "entidad pública", no definida en el ordenamiento administrativo, se utiliza normalmente como equivalente a "entidad de derecho público", ha entendido el Tribunal de Cuentas que lo procedente es considerar incluidos en el primer grupo los convenios suscritos con aquellos organismos públicos que, de conformidad con la legislación administrativa general, tienen la condición de Administración Pública (art. 2.2 LRJ-PAC y art. 43 d ela Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración general del estado (LOFAGE), mientras que en el segundo se han de entender comprendidos los celebrados con las sociedades mercantiles de participación mayoritaria o exclusivamente pública y las fundaciones públicas, cuya pertenencia al sector público no les confiere la condición de Administración ni aún de entidades públicas, así como los celebrados con cualesquiera entidades privadas, aunque persigan fines de interés general, por cuanto tampoco esta circunstancia las convierte en públicas. En efecto, los organismos públicos, con la Administración centralizada de la que constituyen entes instrumentales o con otras Administraciones Públicas establecen relaciones jurídicas, que no parece que deban situarse en el plano de las realciones administrativas con particulares, sino en el de las interadministrativas".

.../...

"Pues bien, la relación de dependència o instrumentalidad del organismo público pugna con la nota de igualdad de los subscriptores, propia de los convenios interadministrativos. De ahí que la vía del convenio, en principio, no puede considerarse adecuada para formalizar este tipo de relaciones, que deberán reconducirse, en su caso, a la encomienda de gestión, bien a la contemplada en el artículo 4.1 n) LCSP, si su objeto es contractual, bien a la contemplada en el art. 15 LRJ-PAC, en caso contrario".

Fetes aqueixes consideracions el Tribunal de Cuentas eleva a les Corts Generals un seguit de propostes derivades de la principal: que es completi i sistematitzi el vigent marc legal dels convenis de col·laboració i en especial (proposta

tercera) que es precisi en quina mesura les relacions entre l'Administració centralitzada i els organisme públics depenents o vinculats a aquella poden canalitzar-se mitjançant convenis de col·laboració o si han de canalitzar-se mitjançant encàrrecs de gestió, bé siguin les contemplades a l'article 4. n) LCSP, bé siguin les previstes a l'article 15 LRJ-PAC. I una altra de molt significativa n'és la tercera de les propostes finals: "Que se justifique la ejecución del convenio mediante la comprobación material d elas inversiones, tanto por el órgano gestor como por la intervención. Con respecto a la justificación en su vertiente financiera deberá comprender la acreditación d esos gastos reales en que hubiera incurrido la parte responsable d esa gestión, que en ningún caso deberan rebasar su valor de mercado".

La pràctica d'establir convenis de col·laboració entre ajuntaments per prestar un servei públic en favor d'un dels signants a canvi d'una contraprestació econòmica mitjançant un ens instrumental depenen exclusivament d'un dels municipis ha estat interrompuda a partir de sentències judicials que han limitat els supòsits als quals hom pot aplicar la figura del conveni d'aquelles altres relacions que han de ser regulades per la normativa contractual pública. Així la sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana de data 13 de març del 2003 resol el recurs interposat per la societat mercantil Aguas de Valencia SA contra l'acord de l'Ajuntament de Silla aprovatori del conveni entre aquell ajuntament i el de Torrent.

L'Ajuntament de Torrent va crear l'any 1996 una empresa mixta amb un soci privat minoritari per a la gestió del cycle integral d el'aigua a la localitat. Posteriorment l'Ajuntament de Picanya va sol·licitar al de Torrent que l'empresa mixta prestés també el servei al seu municipi i a tal efecte es va subscriure un conveni entre ambdós ajuntaments i es van modificar els estatuts d el'empresa perquè aqueixa pogués actuar fora del terme municipal de Torrent en favor d'altres munipis que així ho sol·licitessin, com va ser el cas del de Silla que dona lloc a la sentència que estem analitzant.

El TSJCV considera que "Aigües de l'Horta SA, e sigal de tercero que cualquier otra persona jurídica d eDerecho privado al no mediar vinculación alguna entre esta persona jurídica y el Ayuntamiento", de Silla. "Y es que la participación mayoritària en esta sociedad del Ayuntamiento de Torrent cuenta con relevancia dentro del propio espacio físico en el que este municipio desarrolla una actividad prestacional de servicios pero no cuando los mismos se ejercen extramuros de tal localidad. En este supuesto la sociedad por el constituïda pierde los rasgos singulares que le son característicos para entrar en el mercado como una entidad más que trata de diseñar su volumen negocial por el cauce de un incremento en la prestación de servicios públicos –objetivo tendencial explícito d ela sociedad- que le pueden ser adjudicados".

El TSJCV acaba fallant que el conveni subscrit suposa una "exclusión ilícita d ela normativa legal aplicable en materia de contratación pública: libre concurrència a la prestación del servicio si no se opta por la prestación directa del mismo a través del propio Ente público sea por sí mismo o por medio de la constitución de una persona pública o privada interpuesta" i per tant, l'anul·la i deixa sense efecte.

H) ELS ENCÀRRECS DE GESTIÓ

Hom pot definir els encàrrecs de gestió com aquella decisió unilateral que un poder adjudicador efectua a un ens instrumental o tècnic que en depen que aqueix no pot rebutjar llevat que no s'esigui dins els límits definits per les finalitats per les quals ha estta creat i que així han de constar als seus estatuts. Les tarifes que ha de percebre l'ens destinatari de l'encàrrec han d'estar preestablertes i els termes del mateix s'han de fixar en un document administratiu. D'acord amb allò que preveu l'article 4.1 n) del TRLCSP aprovat per RDL 3/2011, de 4 de novembre, resten exclosos del seu àmbit els negocis jurídics en virtud dels quals s'encarregui a una entitat que d'acord amb l'article 24.6 del mateix cos legal tingui atribuïda la condició de mitjà propi, la realització d'una determinada prestació.

A la vista de l'article 24.6 TRCLSP l'encàrrec de gestió no és la mateixa figura que "se contiene en el art. 15 de la LRJPAC. Aquella tiene perfiles propios que la semejan más al acto unilateral antes mencionado pues el articulo 24.6 de la LCSP asocia a las encomiendas de gestión el hecho de que "sean de ejecución obligatoria" para las empresas que reciben el encargo "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", términos imperativos que no se ven en el art. 15 de la LRJPAC que, al contrario, se refiere a la formalización de la encomienda de gestión, en defecto de norma expresa, mediante "acuerdo expreso" de los órganos o entidades intervinientes (apartado 3); acuerdo que sugiere el concierto de voluntades que precisamente elude el art. 24.6 de la LCSP."²¹⁴

Els encàrrecs de gestió es formalitzen mitjançant convenis en els quals han de quedar reflectits i especificats els termes del lliurament de fons i les activitats de comprovació de l'execució material de l'activitats encarregada i la fiscalització econòmica de la mateixa a càrrec de la intervenció municipal que ha de supervisar també que les contractacions que efectui l'ens instrumental amb tercers s'ajustin als procediments previstos al TRLCSP, com assenyala La Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía al seu informe 2/2008, de 27 de novembre, sobre diverses qüestions relatives als encàrrecs de gestió formula a petició de l'Empresa de Gestión Ambiental SA.

²¹⁴ LLIDÓ SILVESTRE, Joaquín, "Un ámbito de exclusión de la legislación de contratos públicos: las operaciones "in House". Su regulación en la LCSP", El Consultor, número 19, 15 d'octubre del 2008, pàgina 3.231. I també GALÁN DEL FRESNO, Juan Manuel, "Las encomiendas de gestión en la Ley de Contratos del Sector Público", Contratación Administrativa Práctica número 90, octubre del 2009.

3.LA PROPOSTA D'AVANTPROJECTE DE LLEI DE GOVERNS LOCALS DE CATALUNYA (2009)

Un cop aprovat l'Estut d'Autonomia de Catalunya de l'any 2006, el Departament de Governació i Administracions Públiques de la Generalitat va iniciar els treballs preparatoris de la redacció de la Llei de Governs Locals que havia de desenvolupar les previsions estatutàries en aquesta matèria. La redacció del estudis preliminars fou encarregada, mitjançant un conveni subscrit a l'efecte, a la Universitat Rovira i Virgili, concretament al Departament de Dret Públic, qui lliurà en data desembre del 2007 un Document de Bases i al 2008 una proposta articulada d'Avantprojecte de Llei de Governs Locals. El doctor Josep Ramon Fuentes i els professors Juan Ignacio Soto, Xavier Forcadell i Jaume Renyer n'assumirem la coordinació dels treballs i la responsabilitat dels textos presentats després d'un llarg i intens procés participatiu que comptà amb la col·laboració d'un ample ventall d'experts en les diverses branques del dret local.²¹⁵

El primer text en el qual es sintetitzaven les línies mestres de la reforma fou el Document de Bases per a l'elaboració d'un avantprojecte de Llei de Governs Locals. El punt de partida era la pretensió de desenvolupar íntegrament el capítol VI, dit del Govern local, del Títol II referit a les institucions del nou EAC aprovat per Llei Orgànica 6/2006, de 19 de juliol, incloent en un sol cos legal l'àmbit que absten les quatre lleis territorials promulgades l'any 1987 pel Parlament de Catalunya amb les seves modificacions. Hom volia integrar en una única llei la totalitat del govern local per tal de afaïonar el model d'administració volgut per l'Estatut i trencar la inèrcia legislativa consistent en anar esmenant puntualment les diverses lleis que desenvolupen les competències de la Generalitat en l'àmbit local.

Els principis inspiradors del que podria d'haver estat una llei de governs locals

²¹⁵ El conjunt dels treballs realitzats fou publicat en el volum titulat "Estudis per a una Llei de Governs Locals de Catalunya 2007-2011", Tirant lo Blanc, València, 2011.

catalana eren els de legalitat, democràcia, autonomia local, subsidiarietat i proximitat, d'equilibri territorial i de diferenciació, assimetria i flexibilitat institucional, i suficiència financera. Pel que fa al model d'administració local que hom pretenia desenvolupar aqueix s'orientava a donar compliment al mandat estatutari fonamentat en el paper preeminent dels municipis i les vegueries, esdevenint els consells comarcals l'administració perifèrica de la vegueria concebuda –a diferència de les diputacions actuals- amb una potent capacitat de gestió mercès a la incorporació de matèries com l'urbanisme. Les àrees metropolitanes completaven el sistema institucional.

El Document de Bases incorporava finalment les línies mestres de reforma dels diversos sectors del règim jurídic local, des del funcionament dels òrgans de govern al comú de les institucions a les normes de contractació, passant evidentment per tot un seguit de propostes per a una nova regulació dels serveis públics locals i l'exercici d'activitats econòmiques per part dels ens locals. Partint de la diversa capacitat dels ajuntaments catalans per tal d'assumir les competències potencialment asequibles més enllà de les mínimes i obligatòries els redactors generalitzarem la figura de la Carta municipal com a instrument en el qual cada ajuntament fent ús de l'autonomia local i les potestats d'autoorganització que se'n deriven, dimensiona la seva activitat prestacional i organitzativa.

Aqueixa idea, malgrat l'avantprojecte no va prosperar al seu moment, ha estat represa per l'Ajuntament de Reus que en data 28 de gener de l'any 2011 va acordar presentar al Parlament de Catalunya la sol·licitud per ser designat municipi de gran població en el termes que va introduir a la legislació bàsica local la llei 57/2003, introduint en la memòria justificativa l'assoliment d'aqueix nou status a la seva plasmació en una carta municipal pròpia. Aqueixa petició va ser admesa a tràmit parlamentari com a proposició de llei es troba en fase de dictàmen en ponència.

El setembre del 2008 va ser lliurat l'Avantprojecte de Llei de governs locals de

Catalunya al departament de Governació i Administracions Públiques. Es tracta d'un text de tres-cents cinquanta articles amb una voluntat omnicomprensiva de tots els ens que integren el món local català fins ara segmentat en lleis específiques que parteix de l'ancoratge estatutari en el text aprovat el 2006, per tant és concebut prèviament a la sentència del Tribunal Constitucional de 28 de juny del 2010 que en restringeix substancialment les potencialitats innovadores.

La proposta d'avantprojecte s'orienta cap a una regulació no uniforme del règim local, justificada per un model d'organització territorial propi: l'article 83 de l'Estatut determina que Catalunya estructura la seva organització territorial bàsica en municipis i vegueries, essent destinades les diputacions a ser substituïdes pels consells de vegueria segons estableix taxativament l'article 91.3. Congruentment, una eventual llei de governs locals ha de situar la vegueria com a àmbit específic per a l'exercici del govern intermunicipal de cooperació local i el municipi com a "ens local bàsic de l'organització territorial de Catalunya i el mitjà essencial de participació de la comunitat local en els afers públics", tal com estableix l'article 86.

"Pel que fa a les competències –diu el preàmbul de l'avantprojecte-, l'article 84.1 de l'Estatut garanteix als municipis un nucli de competències pròpies que han d'ésser exercides amb plena autonomia, subjecta només a control de constitucionalitat i legalitat. La llista de competències sobre matèries que contempla l'apartat segon d'aquest precepte no només es refereix als municipis sinó als "governos locals". La LGLC articula i sistematitza la previsió sobre "distribució de responsabilitats administratives en les matèries a que fa referència l'apartat 2 entre les diverses administracions locals". És a dir, residenciar convenientment aquest llistat de matèries en cadascun dels governs locals en els quals s'estructura l'organització territorial i, en el cas dels municipis, atenent la seva capacitat de gestió i els principis de subsidiarietat, diferenciació i suficiència financera".

Atès que l'avantprojecte ha de respectar la regulació bàsica estatal en la

matèria, l'article 77 inclou un llistat de competències locals congruent amb la LRBRL, però introduint a l'article següent –el 78- l'obligació pels municipis de més de vint mil habitants d'elaborar un programa d'actuació municipal quadrienal on inclouran els projectes d'inversions i d'activitats més rellevants que en prioritzin i concretin l'exercici. Hom intentar combinar l'uniformisme de la legislació estatal amb un precepte que moduli a la mesura de cada ajuntament la seva capacitat real de gestió de les competències –obligatòries o voluntàries– que assumeix.

Analitzar el conjunt de l'avantprojecte no és l'objecte d'aquesta tesi doctoral, però només cal assenyalar que és la primera proposta articulada completa que des de l'any 1987 afronta el repte de reformar globalment el règim dels governs locals de Catalunya. Les tesis contingudes a l'avantprojecte foren objecte d'un debat restringit als actors acadèmics, governamentals i locals que no va tenir prou temps per ser desenvolupat atès que el Govern de la Generalitat va desestimar el propòsit d'una reforma global i integradora de les lleis dites d'ordenació territorial per atorgar la prioritat a l'aprovació de la Llei de l'Àrea Metropolitana de Barcelona i a la Llei de vegueries.

A banda dels criteris polítics divergents amb la idea nuclear de l'avantprojecte des d'altres sectors acadèmics es van alçar opinions divergents respecte dels criteris inspiradors de l'avantprojecte esmentat. Així l'informe encarregat per la Fundació Pi i Sunyer sobre l'esborrany de l'avantprojecte de Llei de Governos Locals de Catalunya, dirigit per Alfredo Galán i datat el 25 de maig del 2009, va desqualificar-lo genèricament i globalment.

En exercici de les competències estatutàries durant el mandat 2006-2010 del president José Montilla es van tramitar i aprovar diferents normes sectorials que a diferència de la proposta d'avantprojectes de Llei de governs locals no incorporaven els criteris i principis de la Directiva de Serveis²¹⁶ i no han estat

²¹⁶ RENEYER ALIMBAU, Jaume, FONT MONCLÚS, Joan Anton i SABATÉ VIDAL, Josep Maria, "La Directiva de serveis i els ens locals de Catalunya. Criteris per a l'adaptació de la normativa local a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior",

criticats amb la mateixa severitat tot i que incidien en matèries pròpies dels governs locals. Així, per exemple, pel que fa a les activitats recreatives, el dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat, número 293, de 26 de maig del 2009, relatiu al projecte de regulació administrativa dels espectacle públics i les activitats recreatives adverteix de l'omissió de tota referència a la Directiva de serveis, i en el fonament jurídic segon fa una sèrie de consideracions al respecte:

"1. La Directiva de Serveis 2006/123/CE estableix en un context de simplificació de procediments (art. 5), diversos mecanismes que abasten, per exemple, la finestra única (art. 6); el dret d'informació (art. 7); i els procediments per via electrònica (art. 8).

Així mateix, es restringeix enormement i a la vegada se simplifica el règim d'autoritzacions per accedir a la prestació d'un servei (art. 9), establint les condicions necessàries per a la concessió de l'autorització, evitant qualsevol marge de discrecionalitat i arbitrarietat administrativa.

En tal sentit, els criteris que marca la Directiva de Serveis, en els supòsits de necessitar la concessió d'una autorització, es basen, en primer lloc, en la condició que no resultin discriminatoris, en segon lloc, que resultin justificats per raons imperioses d'interès general i que, a la vegada, es tracti de criteris que respectin el principi de la proporcionalitat.

Així mateix, els dits criteris hauran de ser, segons la Directiva de Serveis, clars i inequívocs, transparents i accessibles. Finalment, els criteris a tenir en compte hauran de ser objectius i fets públics amb anterioritat.

En qualsevol cas, les condicions de concessió no es podran afegir a les que ja s'imposin al prestador dels serveis, per part del seu corresponent Estat d'origen. En qualsevol cas, les denegacions d'autoritzacions hauran de ser motivades i

susceptibles de ser impugnades per via judicial.

A l'últim, cal recordar específicament que el règim d'autoritzacions que estableix la Directiva de Serveis, essencialment des de l'article 10 al 15, ambdós inclosos, no qüestionen específicament el repartiment de competències, en el si de cadascun dels estats membres (art. 6 i 9)."

En la conclusió, el Consell Consultiu adverteix que "no es pronuncia amb detall sobre les possibles discrepàncies o tensions entre la Directiva de Serveis 2006/123 i el text del Projecte de Llei objecte de dictamen". El Parlament de Catalunya va aprovar la Llei 11/2009, del 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives incorporant a la seva exposició de motius aquest paràgraf, sense introduir cap modificació en el seu articulat en la línia de les consideracions del Consell Consultiu: "El règim de control administratiu sobre els espectacles públics, les activitats recreatives i els establiments en què aquests es duen a terme, establert per aquesta llei, és plenament coherent amb la Directiva de Serveis 2006/123 (CE) del Parlament Europeu i del Consell, del 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior."

Pel que fa a la prevenció i control ambiental de les activitats, s'ha de destacar la manca de tota referència a la Directiva de serveis per part del legislador català a la Llei 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats. Aqueixes dues mostres de descurança en la tasca legislativa reflecteixen la poca capacitat d'innovació i d'inciativa en matèries que eren de la competència de la Generalitat, que sumades a la paralització de les propostes en matèria de governs locals dibuixen un panorama marcat per l'estancament de les iniciatives de reforma.

Dit això, les línies estratègiques de l'avantprojecte són encara vàlides i poden tenir vigència efectiva malgrat la sentència del Tribunal Constitucional 32/2010 afecta de ple les matèries competèncials autonòmiques i locals. Per aqueix

motiu hom pot sintetitzar les principals qüestions relatives a les formes de gestió dels serveis públics locals plantejades al Document de bases i contrastar quina redacció s'hi donva a l'articulat de la proposta d'avantprojecte.

a) El principi inspirador de la nova regulació que es proposava en aqueix àmbit era el d'implantar "una concepció dels serveis públics locals que deixi enrere la visió endògena de les prioritats de l'Administració per donar pas a una visió exògena que tingui en compte les preferències de la comunitat veïnal canalitzades mitjançant un catàleg de serveis inclosos en la carta municipal que cada ajuntament es compromet a prestar segons les seves disponibilitats i objectius estratègics."

Aqueixa idea enllaça amb les experiències britàniques i italianes estudiades també per l'INAP²¹⁷ però mai fins ara introduïdes a l'ordenament jurídic estatal.

Per això l'article 79 de l'avantprojecte reproduïx el llistat de servis mínims segons els trams de població dels municipis que estableix la legislació bàsica vigent però a l'apartat 2 de l'article es preveu aqueixa innovació:

"Els municipis, a través de la Carta municipal, podran assumir voluntàriament competències més enllà dels serveis mínims que els hi corresponguin pel seu nivell de població, sempre que així es justifiqui per la seva capacitat de generar recursos econòmics, la seva situació geogràfica, la tipologia especial del municipi o d'altres circumstàncies, les quals s'hauran de reflexar en una memòria justificativa. Aquesta memòria haurà de ser objecte d'informe favorable del consell de vegueria i s'inclourà en el programa d'actuació municipal com a requisit previ a la incorporació de l'exercici de noves competències a la Carta municipal."

b) Complementàriament a aqueix principi nuclear el propòsit manifest dels redactors era "invertir la tendència a buidar de contingut efectiu el principi d'autonomia local, atorgant prioritat a la potestat d'autoorganització dels seus

²¹⁷ Cartas de Servicios Públicos, Documentos INAP, número 4. novembre del 1995.

propis serveis fins al punt de preveure que el reglament que hauria de substituir al ROAS tingui caràcter supletori respecte de les determinacions organitzatives i de funcionament contingudes en la Carta municipal i els reglaments reguladors dels serveis específics de cada ajuntament.”

c) Pel que fa als serveis essencials l'article 80 preveu una doble fórmula que consisteix en reproduir el llistat dels que l'article 86.3 LRBRL defineix com a tals però introduint la seva equiparació amb els serveis mínims obligatoris i deixant la porta oberta a que la legislació –catalana s'entén- consideri essencials. El redactat d'aqueix article és el següent:

“1. En el marc de les normes comunitàries relatives a la lliure concurrència i la gestió dels serveis públics, els ens locals poden establir un règim específic de serveis que la legislació consideri essencials.

2. Tenen la consideració de serveis essencials els que tinguin la condició legal de serveis mínims obligatoris, i en qualsevol cas: l'abastament i sanejament d'aigües, la recollida, el tractament i aprofitament de residus, els escorxadors, mercats i llotges centrals i el transport públic de viatgers”.

d) Les activitats econòmiques i els serveis públics tenen un tractament conjunt al capítol II del Títol XX, comprensiu de les activitats i els serveis dels ens locals, específicament l'article 277 enuncia el règim de prestació dels serveis i exercici d'activitats econòmiques en els següents termes:

“1. Els ens locals poden ser titulars dels serveis que aquesta Llei o la legislació sectorial els atribueixen i també exercir activitats econòmiques prèvia instrucció de l'expedient corresponent i en el que n'acrediti l'interès local.

2. L'exercici d'activitats econòmiques per part dels ens locals està sotmès a les normes comunitàries europees sobre el mercat interior i la competència.

3. Els serveis que aquesta Llei o la legislació sectorial atribueix als ens locals seran organitzats i gestionats també de conformitat amb les normes comunitàries europees sobre el mercat interior i la competència, llevat que

l'aplicació d'aquestes normes sigui un obstacle per a l'acompliment de la missió particular que amb l'atribució d'aquest servei els hagi estat encomanada.”

Pel que fa a la creació, organització i supressió de serveis hom afirma la potestat d'autoorganització a l'article 278.1 per tot seguit modular aqueixa habilitació general a l'apartat 2 establint que: “Els ens locals, d'acord amb llur capacitat aprovaran un catàleg de serveis on s'establiran els estàndards de qualitat i es definirà el règim de l'actuació administrativa de cadascun d'ells.” I a l'article 279 es determina el contingut que ha de tenir la reglamentació dels serveis que de manera expressa i específica per a cadascun els ens locals han d'acordar de regular-los abans de començar a prestar-los, definint les formes de prestació que han “de respondre el màxim possible a les necessitats dels usuaris i tendir a l'assoliment d'un nivell elevat de qualitat, seguretat i accessibilitat del servei.”

e) Partint de la classificació tradicional entre formes de gestió directes i indirectes vigent, al Document de bases s'anuncia la voluntat introduir-hi:

1) les agències públiques (actualment sols estan previstes per a l'Administració general de l'Estat a la Llei 28/2006, considerant que si a l'àmbit local s'havien previst, com a mínim, les mateixes modalitats que a l'Estat és coherent incorporar també aqueixa última modalitat).

2) les entitats públiques empresarials (vigents a la legislació local bàsica a l'art. 85.2.A.c) de la LRBRL) especialment indicades per a prestar serveis públics amb contingut econòmic que, no obstant això, no assoleixen un nivell d'autofinançament total (ràdio i televisió local, per exemple);

3) el conveni entre administracions com a instrument per a la gestió dels serveis públics locals que estalvia acudir a una nova personificació.

A l'articulat de l'avantprojecte la regulació de la gestió dels serveis locals segueix a la Secció segona, comprensiva dels articles 282 a 284 que introdueix

com a novetat una nova reordenació de les formes de gestió que tot i respectant la legislació bàsica vigent l'amplia les variants de la gestió directa subdividint-la en gestió pel mateix ens local i gestió associada, incorporant aqueixa última la comunitat d'ens locals, la mancomunitat de municipis i els consorcis locals, totes elles figures preexistents i amb una regulació pròpia i específica que no es veu alterada per la seva qualificació com a formes de gestió:

Article 282. Formes de gestió dels serveis locals

1. La facultat d'establir la forma de gestió dels serveis locals correspon a la potestat organitzadora dels ens locals. Els serveis locals es poden gestionar directament o indirecta.
2. La gestió directa pot portar-se a terme pel mateix ens local o de forma associada amb altres.
3. La gestió pel mateix ens local pot adoptar les següents formes:
 - a) Sense personificació del servei
 - b) Organisme autònom
 - c) Agència pública
 - d) Entitat pública empresarial
 - e) Societat mercantil de capital íntegrament públic.
4. La gestió associada pot adoptar, a més de les esmentades en l'apartat a) les següents formes:
 - a) Comunitat d'ens locals
 - b) Mancomunitat de municipis
 - c) Consorci
5. La gestió indirecta pot adoptar les formes següents:
 - a) Concessió.
 - b) Gestió interessada.
 - c) Concert.
 - d) Societat mercantil o cooperativa de capital social mixt.
6. No podran gestionar-se de forma indirecta o mitjançant formes de dret privat els serveis públics que impliquin l'exercici d'autoritat.

El redactat d'aqueix precepte evitar reproduir literalment la legislació estatal bàsica sense contradir la regulació dels articles 85, 85 bis i 85 ter de la LRBRL, adoptant un text harmònic i congruent en el conjunt de l'avantprojecte. Així, per exemple, l'article 286, dedicat a l'organisme autònom evita l'exhaustivitat de l'article 85 bis per sintetitzar allò essencial d'aqueixa forma gestora en el següent redactat:

"1. Per a la gestió directa dels serveis de caràcter administratiu es poden constituir organismes autònoms que tenen personalitat jurídica pròpia de caràcter públic. La constitució requereix la dotació d'un patrimoni independent i comporta la imputació a l'organisme autònom de drets i obligacions pròpies.

2. Correspon a l'organisme autònom, en règim de descentralització, l'organització i l'administració del servei públic, sens perjudici de les facultats locals de direcció i control.

3. Els organismes autònoms actuen plenament sotmesos al dret públic. Es regeixen de forma particular pels seus estatuts que hauran de ser aprovats pel ple o assemblea de l'ens local i publicats al Butlletí Oficial de la Vegueria. Els estatuts determinaran el seu objecte, els béns i recursos afectats al seu compliment, la organització i el règim de funcionament dels seus òrgans de govern, el sistema de designació del seu personal directiu, la regidoria, àrea o entitat a la qual s'adscriuen i les facultats de direcció i control que aquest es reserva.

4. El seu règim pressupostari, comptable i financer s'ajustarà al que preveu la legislació de finances locals."

La voluntat de respectar la legislació bàsica estatal es fa evident a l'article 287 dedicat a incorporar a la legislació catalana la figura de les agència públiques de l'administració estatal sense caure en la reiteració normativa a base de copiar el redactat que les defineix a la Llei 28/2006 sinó que afaïçonant el seu contingut amb uns perfils pròpis:

"1. Els ens locals podran crear agències públiques per al desenvolupament de programes específics de polítiques públiques que desenvolupi en l'àmbit dels

serveis de la seva competència.

2. La seva creació haurà de ser acordada per l'òrgan col·legiat plenari prèvia aprovació d'una memòria on es posin de manifest els seus objectius i la conveniència de la seva creació.

3. Les agències es constitueixen com a entitats de dret públic, sotmeses a dret públic i es regiran específicament pel seus estatuts i l'encomanament de gestió de gestió que subscriuran amb l'ens local del qual depenguin.

Un criteri similar hom adopta a l'article 288, relatiu a les entitat públiques empresarials:

"1. Els serveis locals de caràcter econòmic es poden gestionar directament per mitjà d'una entitat pública empresarial. La constitució requereix la dotació d'un patrimoni independent i comporta la imputació a l'entitat de drets i obligacions pròpies.

2. Correspon a l'entitat, en règim de descentralització, l'organització i l'administració del servei públic, sens perjudici de les facultats locals de direcció i control. Es poden també assignar a aquestes entitats la direcció o coordinació d'altres ens de la mateixa o diferent naturalesa que gestionin serveis del mateix ens local.

3. Les entitats públiques empresarials es regeixen de forma particular pels seus estatuts que hauran de ser aprovats pel ple o assemblea de l'ens local i publicats al Butlletí Oficial de la Vegueria. Els estatuts determinaran el seu objecte, els béns i recursos afectats al seu compliment, la organització i el règim de funcionament dels seus òrgans de govern, el sistema de designació del seu personal directiu, la regidoria, àrea o entitat a la qual s'adscriuen i les facultats de direcció i control que aquest es reserva. Determinaran en cas d'assignar-se'ls potestats administratives l'òrgan o òrgans que les poden exercir.

4. Les entitats públiques empresarials ajustaran el seu règim pressupostari, comptable i financer al que preveu la legislació de finances locals.

5. Pel que fa al seu règim de contractació estarà sotmès al que preveu la normativa de contractes del sector públic respecte als poders adjudicadors."

Menys dificultats d'encaix entre la legislació bàsica i la que es proposa presenten els articles 289 a 291 dedicats a les societats mercantils, ja que el contingut de l'únic article referit a aqueixa figura a la LRBRL -el 85 ter- és genèric com s'escau a allò que hauria de ser un precepte bàsic, és a dir, que no pot esgotar la matèria a regular deixant sense marge d'intervenció normativa al legislador autonòmic. Així doncs, l'avantprojecte opta per un contingut didàctic (inspirant-se en aqueix sentit del precedent del ROAS) i inclou de les innovacions derivades de la normativa comunitària i estatal.

Els serveis locals de caràcter econòmic gestionats per mitjà d'una societat mercantil s'exerciran en règim d'empresa privada i el capital social pot pertànyer íntegrament a l'ens local o a diversos ens locals o fins i tot altres administracions en cas de la prestació associada introduïda a l'article 282.4 del mateix avantprojecte. Aquesta participació pot ser directa o mitjançant un organisme autònom, una agència pública, una entitat pública empresarial o un altra societat de capital íntegrament públic i en tot cas ha de ser aprovada pel ple de l'ens local.

La societat ha d'adoptar la forma de responsabilitat limitada o anònima i actuar amb subjecció a les normes del dret mercantil, sens perjudici de les matèries exceptuades per l'acord de creació i de l'aplicació de les normes especials sobre les empreses públiques.

La direcció i l'administració de la societat estarà formada segons l'article 291 pels òrgans següents:

- a. La junta general. En cas de pertànyer tot el capital social a un únic ens local aquesta serà assumida pel ple o assemblea. En cas contrari els estatuts determinaran la seva composició havent de ser-hi representats tots els ens associats.
- b. El consell d'administració o una altre òrgan d'administració de la societat d'entre els que preveu la normativa mercantil.
- c. La gerència.

En matèria de contractació, les societats se subjecten a les normes de contractació pública quan d'acord amb les mateixes puguin considerar-se poders adjudicadors, en els altres casos hauran de respectar en l'adjudicació dels seus contractes els principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no discriminació. Pel que fa a les relacions entre aquestes societats i l'ens local matriu s'estarà al que disposa la normativa de contractació pública en relació a l'anomenada contractació domèstica o de mitjans propis.

Finalment, les formes indirectes tenen també la seva pròpia Secció, la Quarta, de la qual només ens interessen els articles referits a les societats mercantils d'economia mixta i les cooperatives:

Article 295. Societats mercantils d'economia mixta

1. Els ens locals poden gestionar els serveis de naturalesa econòmica mitjançant la constitució de societats mercantils d'economia mixta que podran ser societats anònimes o de responsabilitat limitada, o la participació en les ja constituïdes. La participació en la societat pot ésser directa de l'ens local o per mitjà d'un organisme autònom, una agència pública, una entitat pública empresarial o una societat de capital públic, prèvia autorització de l'ens local matriu. Aquestes relacions es regiran mitjançant un contracte.
2. En el procés de fundació d'aquestes societats s'ha d'assegurar la lliure concurrència i la igualtat d'oportunitats de la participació del capital privat, ja sigui per mitjà de subscripció pública o per concurs d'iniciatives. En el cas d'una societat ja constituïda, el plec de condicions ha d'establir, si s'escau, la necessitat de modificar els estatuts de la societat per adaptar-los a les exigències del plec.
3. Aquesta societats es poden crear també per mitjà d'un conveni amb una empresa única ja existent. En aquest cas, el conveni ha d'establir les modificacions estatutàries que siguin necessàries o, si s'escau, els requisits i les condicions per a la constitució de la societat mercantil d'economia mixta.

Article 296. Participació en el capital social

1. L'ens local pot ésser majoritari o minoritari en la societat. La representació de l'ens local respon a la seva quota participativa. En qualsevol cas, i tractant-se de gestió indirecta és necessària l'autorització de l'ens local per a les modificacions estatutàries que n'alterin la posició participativa en el capital social.
2. S'ha de fixar en l'escriptura de constitució o d'ampliació de capital el valor de l'aportació de l'ens local. El capital social ha d'ésser desemborsat comple o assembleament en el moment de la constitució o d'ampliació de capital.
3. Els ens locals poden aportar exclusivament la concessió del servei, degudament valorada.
4. El capital privat s'ha d'amortitzar dins el període de la gestió del servei. Acabat aquest període, l'actiu i el passiu de la societat reverteixen a l'ens local.

f) Les activitats econòmiques dels ens locals tenen una regulació pròpia a la Secció V. De l'activitat econòmica dels ens locals:

Article 301. Exercici d'activitats

1. Les entitats locals mitjançant la instrucció d'un expedient acreditatiu de la conveniència i oportunitat de la mesura podran exercir la iniciativa pública per a l'exercici d'activitats econòmiques, respectant el principi de llibre concurrència en el mercat. L'aprovació d'aquest expedient correspondrà als òrgans col·legiats plenaris de l'ens local que en determinarà la forma concreta d'exercici.
2. Les activitats econòmiques hauran de ser concretes i determinades i estar directament vinculades amb els interessos públics propis de l'ens local, al qual revertiran els beneficis obtinguts.. En cap cas l'activitat realitzada podrà ser subvencionada o finançada per l'administració local, llevat de que obtingui una minoració dels ingressos d'explotació o un augment dels costos de producció com a conseqüència de la imposició d'obligacions per part de l'ens local del que depengui si suponen un desavantatge respecte la resta d'empreses del sector.
3. L'exercici d'activitats econòmiques pels ens locals es podrà dur a terme

mitjançant entitats públiques empresarials o societats mercantils de capital públic o mixt, que podran actuar fora del terme municipal.

4. La iniciativa pot ser exercida, quan s'escaigui de manera associada amb altres ens locals o amb altres administracions.

5. Per a la tramitació de l'expedient esmentat a l'apartat 1 caldrà seguir el següent procediment:

- a. L'acord inicial del ple, en què s'ha de designar també una comissió d'estudi integrada per membres de l'ens local i personal tècnic.
- b. Una memòria redactada per la comissió, que ha de servir de base per a la resolució de l'expedient i que ha de tenir en compte els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics de l'activitat, la forma d'exercici, els beneficis potencials i els supòsits de cessament de l'activitat.
- c. La presa en consideració de la memòria pel ple o assemblea i l'exposició al públic per un període de trenta dies com a mínim, durant el qual es poden presentar reclamacions i al·legacions.
- d. L'aprovació final pel ple o assemblea de l'ens local.

6 No és aplicable el procediment establert en aquest article si es tracta de la simple administració o explotació per l'ens local del seu patrimoni.

g) Cal articular les formes de gestió dels serveis públics i les personificacions instrumentals que realitzen activitats econòmiques d'una manera integradora:

"Cal desenvolupar una regulació que faci possible que una societat mercantil de capital total o parcialment públic pugui prestar serveis públics i activitats econòmiques simultàniament. En aquest àmbit, la legislació catalana de règim local vigent és molt més adequada al marc comunitari que fa compatible la lliure concurrència en una economia de mercat i l'excepció, total o parcial, d'aquest principi en relació amb alguns serveis públics en els quals preval l'interès general per sobre de la llibertat de mercat. El tractament d'aquestes matèries en el ROAS és plenament actual i aprofitable. Fins ara el criteri

imperant era que una mateixa persona jurídica no podia fer alhora activitats econòmiques i prestar serveis públics: calien personificacions diferenciades que es corresponguessin a objectes i règims jurídics diferenciats. A partir de la Llei 4/2007, de 3 d'abril, de transferència de les relacions financeres entre administracions públiques i empreses públiques, i de transparència financera de determinades empreses, la legislació estatal pot començar a evolucionar cap a un sistema en el qual sigui possible combinar activitats econòmiques i serveis públics en una mateixa persona jurídica. Aquesta Llei estatal, que és fruit de la transposició directa d'una directiva comunitària (la 2006/111/CE de la Comissió), defineix que les empreses estaran obligades a portar comptabilitats separades quan les administracions públiques estatals, autonòmiques o locals els hagin concedit drets especials o exclusius, o els hagin confiat la gestió d'un servei públic d'interès econòmic general, rebin qualsevol tipus de compensació per gestionar un servei d'interès econòmic general o explotin drets especials o exclusius i duguin a terme altres activitats.

Per això l'article 302 de l'avantprojecte que porta per títol precisament "Compatibilitat entre activitats econòmiques i serveis públics", intenta donar resposta a aqueixa qüestió amb el següent redactat:

1. Les empreses públiques podran tenir a la vegada com objecte un servei públic o una activitat econòmica sempre i quan la empresa porti a terme un règim de comptabilitat separada.
2. El departament corresponent de la Generalitat, d'acord amb la normativa comunitària europea i la bàsica estatal, establirà la classificació entre les empreses públiques que desenvolupen serveis públics o activitats econòmiques."

i) El redimensionament del sector públic empresarial local i de les personificacions instrumentals locals que han adquirit unes dimensions desproporcionades en relació amb els objectius que justifiquen la seva creació. Desbordant fins i tot la capacitat dels governs matriu per dirigir-les d'una manera integradora i congruent dins del conjunt de l'administració municipal. Davant d'aquesta realitat disfuncional la reforma de la legislació local catalana

que es proposa hauria d'introduir les mesures de racionalització següents:

1) Establir la preferència per als instruments de gestió directa que no suposin *desdoblament* de la personificació, ja es refereixi a una sola administració (organització especial desconcentrada o òrgans de participació), ja es refereixi a l'actuació conjunta de dos o més entitats locals (comunitats de municipis o d'ens locals, i convenis de col·laboració).

2) Preveure amb caràcter general que les personificacions instrumentals locals desenvoluparan les activitats específiques per a les quals hagin estat creades, i que les funcions generals referides a aquestes personificacions seran prestades o proveïdes pels serveis de les administracions matriu (secretaria, intervenció, tresoreria, contractació administrativa, selecció de personal i provisió de llocs de treball i logística, entre els més rellevants), ja sigui directament o mitjançant delegació o encàrrec de gestió, quan sigui necessari un instrument jurídic formalitzat.

j) La legislació local catalana no resol la qüestió de quines són les potestats que poden tenir atribuïdes les personificacions instrumentals locals, sinó que ho remet als seus estatuts (TRLMRLC, 8.3). Aquesta indefinició planteja molts dubtes i problemes que hom proposava soventar aplicant els següents criteris d'atribució:

"1) Pels organismes autònoms i entitats públiques empresarials les potestats: *financera, programació i planificació, l'exercici de la sancionadora* (no en la seva regulació), *execució forçosa, protecció dels béns, control i direcció immediats del servei i presumpció de legitimitat i executivitat dels actes.*

2) Queden reservades a l'administració matriu, per la doble raó de ser privatives de les entitats territorials i està atribuït el seu exercici exclusivament al ple (LRBRL, art. 22, 33 i 47.2), les potestats: *reglamentària i d'autoorganització*, que inclou el *control i direcció superiors del servei,*

tributària, expropiatòria, i revisió d'ofici dels actes.

k) Pel que fa al funcionament dels ens de gestió directa al Document de bases s'hi especifica el propòsit que "cal millorar les previsions actuals sobre la seva submissió als mateixos principis de funcionament que l'administració de la qual són instruments. Ens referim al seu règim de contractació, de personal de patrimoni, d'accés a la informació per part dels ciutadans i dels electes locals, ja que serveixen a l'interès públic com l'administració de la qual depenen i gestionen com aquells fons públics."

Article 280. Igualtat en l'accés i participació dels usuaris

1. En l'accés als serveis públics i en la utilització d'aquests s'ha de respectar el principi d'igualtat en relació amb totes aquelles persones que compleixen els requisits establerts per la reglamentació del servei.

2. Si les característiques o la naturalesa del servei ho permeten, els ens locals han d'establir les tècniques de participació dels usuaris en el desenvolupament dels serveis públics, per tal de garantir llur funcionament adequat i llur millora.

Article 281. Accés a la informació

El dret d'accés a la informació que aquesta llei i la legislació de procediment administratiu reconeixen als interessats, als ciutadans i als electes locals és plenament aplicable als serveis locals sigui quina sigui la forma de prestació dels mateixos.

l) Finalment cal articular aquesta nova regulació de manera que es reconegui i faciliti la prestació de serveis o activitats de forma conjunta entre diferents ens locals. Avui les relacions econòmiques i comercials no poden limitar-se i constreñir-se dins de les línies divisòries dels termes municipals traçades fa molts anys, en conseqüència cal preveure la possibilitat que la iniciativa local superi el terme municipal quan no està revestida o acompanyada de potestats ordenadores o de policia (*d'imperium*) que per força han de limitar-se al seu àmbit. Si la considerem una activitat amb igualtat de condicions amb les altres

que puguin portar a terme en el mercat, la igualtat s'hauria de preconitzar quan sigui necessari també en aquest aspecte.

ll) Les cooperatives

1. Els ens locals, per prestar els serveis públics de llur competència, poden promoure la creació de cooperatives, d'acord amb el que estableixen aquesta Llei i les que regulen aquestes entitats.
2. Els ens locals poden participar també en les cooperatives ja constituïdes que aconsegueixen o assemblen activitats d'interès públic, amb la finalitat assenyalada per l'apartat 1.
3. En tots els casos, l'aportació de l'ens local en relació amb el capital social només pot ésser parcial.
4. Són aplicables a aquesta forma de gestió les disposicions corresponents a les societats mercantils, llevat de les excepcions fixades per reglament d'acord amb l'especial naturalesa jurídica de l'entitat.

Pel que fa als consorcis tot i que han estat conceptuals com a forma de gestió directa associada per l'article 282.4, tenen una secció específica, la VI:

m) Dels consorcis

Respecte dels consorcis locals el Document de Bases per a l'elaboració d'un avantprojecte de llei de governs locals plantejava clarificar la qüestió relativa a les potestats atribuïbles als ens instrumentals i als consorcis en els següents termes: "Respecte dels consorcis és imprescindible que en els estatuts es consignin expressament les potestats atribuïdes al consorci (LRBRL, art. 4 i TRLMRLC, 8.3). El fet que la modificació de la LRBRL per la Llei 57/2003 reforçés les potestats de les mancomunitats, constitueix un argument per estendre-les als consorcis atesa la identitat de raó entre ambdues associacions voluntàries d'entitats locals. Això no obstant, en quedaria exclosa l'expropiatòria per dictat exprés del TRLMRLC (art.8.3.b), motiu que no impedeix que el consorci pogués resultar-ne beneficiari de la potestat exercida per l'ens local

territorial corresponent.

Sobre la base de les consideracions precedents serien susceptibles d'atribuir als consorcis les *potestats* següents: *autoorganització* (en el marc dels seus estatuts); *reglamentària* (referida als serveis que presti); *tributària* i *financera* (amb exclusió dels impostos, i concretada a taxes, preus públics i l'apel·lació al crèdit); *de programació o planificació*; *execució forçosa* i *sancionadora* (en relació amb els serveis i béns del consorci); *revisió d'ofici dels actes*, les necessàries per a la *protecció dels béns*; *presumpció de legitimitat* i *executivitat dels seus actes*; *prelacions i preferències dels seus crèdits* i *inembargabilitat de llurs béns i drets en els termes establerts per les lleis*.²¹⁸

Traduint en forma articulada aqueixes intencions la regulació dels consorcis a l'avantprojecte de llei de governs locals tenia una secció pròpia, la sisena, dins del Capítol II, relatiu a les activitats i els serveis dels ens locals:

"Article 303. Consorci

1. El consorci és una entitat pública de caràcter associatiu que pot ésser constituïda pels ens locals amb altres administracions públiques per a finalitats d'interès comú o amb entitats privades sense ànim de lucre que tenen finalitats d'interès públic concurrents amb les dels ens locals.
2. El consorci és de naturalesa voluntària i té personalitat jurídica pròpia per a crear i gestionar serveis i activitats d'interès local o comú. Es constitueix per acord de les diferents entitats que l'integren o per adhesió posterior, segons les normes internes que el regeixen.
3. En els estatuts del consorci es determinarà la naturalesa local del mateix, o bé si es regeix per la legislació bàsica en matèria de procediment, o pel procediment regulat per la Generalitat. En aquest supòsit, l'òrgan de govern estarà format majoritàriament per representants de l'administració local.

Article 304. Òrgans del consorci

²¹⁸ "Estudis per a una llei de Governos locals de Catalunya", op. cit. pàgina 192.

Seran òrgans del consorci:

- a. President: Serà aquell que representi el consorci i se li atribuiran les competències concretes en els estatuts
- b. Consell de Govern. Format per els representants de les administracions associades. En els consorcis locals l'administració local tindrà majoria. El nombre de representants, que haurà de ser impar, serà proporcional a la representació que tingui cadascuna de les entitats associades. Les seves funcions li vindran atribuïdes en els Estatuts.
- c. Gerent. La persona que portarà la gestió diària del consorci, d'acord amb les instruccions del Consell de Govern. Les seves funcions seràn les que li atribueixin de forma expressa els seus estatuts.

Article 305. Règim i formes de gestió

1. Als consorcis que tenen per objecte la cooperació entre les administracions públiques, els són aplicables, en tots els casos, les normes que regulen les relacions interadministratives.
2. El consorci pot utilitzar qualsevol de les formes de gestió del servei establertes per la legislació de règim local.
3. Els consorcis seran considerats administracions públiques i com a tals subjectes a la normativa de contractació pública en els termes previstos a la legislació de contractes del sector públic.”

n) Les fundacions

Tot i que no tenen la consideració de formes de gestió dels serveis públics hi ha una Secció, la VII, dedicada a la regulació de les fundacions privades locals:

De les fundacions privades locals

Article 306. Fundacions privades d'iniciativa local

1. Els ens locals podran crear fundacions o participar en les mateixes per al

desenvolupament o foment d'activitats científiques, culturals, esportives, educatives o assistencials, i si concorren els tres requisits següents:

- a. Que s'hagin constituït amb una aportació dels ens locals de Catalunya o d'organismes públics o altres ens que en depenguin, tant si l'aportació es fa de manera directa com indirecta.
- b. Que més del meitat del seu patrimoni fundacional estigui format per béns o drets aportats pel sector públic; o,
- c. que més de la meitat dels membres del patronat siguin nomenats també pels ens locals de Catalunya o per organismes públics o altres ens que en depenguin.

2. S'atorgarà una Carta fundacional, que tindrà caracter irrevocable, i que s'haurà de formalitzar en una escriptura pública, hi han de constar: la denominació, el domicili i la nacionalitat dels fundadors, la voluntat de constituir una fundació, els estatuts de la fundació, la dotació inicial, amb la indicació, si no és en diners, de la naturalesa dels béns, la pertinença, el títol d'aportació i la valoració i la designació de les persones que han de constituir el patronat inicial.

o) Convenis i comunitats de municipis

Al Document de Bases previ a la proposta d'avantprojecte de llei de governs locals s'hivan incloure algunes consideracions comunes als convenis i a les comunitats d'ens locals per tal de promoure l'utilització d'aqueixes fórmules de col·laboració com a instruments aptes per a la gestió dels serveis públics locals amb la finalitat d'estalviar que els ajuntaments acudeixin a noves personificacions.

“Per aconseguir-ho convindria afegir a la regulació actual sobre els convenis de col·laboració i les comunitats de municipis algunes previsions legals expressades per reforçar l'instrument del conveni com a forma de gestió de serveis públics. Tot seguit es proposen algunes determinacions:

3.1) Crear la figura de la *comunitat d'ens locals*, associació voluntària d'entitats locals constituïda per a la prestació de serveis públics o el desenvolupament d'altres activitats d'interès comú, i articulada sobre la base d'un conveni formalitzat entre les parts.

3.2) En el marc del que regula el conveni corresponent, pertocuen a la *comunitat d'ens locals* totes les competències, les potestats i les funcions que li atribueixen els ens locals agrupats (aplicació previsió de l'art. 127.1 del TRLMRLC).

3.3) Específicament, la *comunitat d'ens locals* pot tenir personal adscrit, ja sigui d'alguna de les entitats agrupades, ja hagi estat contractat o nomenat de resultes del conveni formalitzat. La persona adscrita serà destinada, contractada o nomenada per l'entitat concreta que s'acordi, i el cost directe i indirecte que se'n derivi serà finançat pel conjunt d'entitats agrupades.

3.4) Els acords que adopten vinculen totes les entitats agrupades i tenen eficàcia davant tercers, com si fossin adoptats per tots i cadascun dels ens locals que integren la comunitat (aplicació art. 123.2 del TRLMRLC).

3.5) Tots els ens locals agrupats responen de forma solidària dels acords adoptats pels òrgans de la comunitat (aplicació art. 127.2 del TRLMRLC).²¹⁹

²¹⁹ RENYER, Jaume, FUENTES, Jospe Ramon, SOTO, Juan Ignacio, FORCADELL, Xavier, "Estudis per a una Llei de Governos Locals de Catalunya 2007-2011", pàgina 190-191.

4. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010 I EL SEU IMPACTE SOBRE LES COMPETÈNCIES ESTATUTÀRIES EN MATÈRIA DE RÈGIM LOCAL

La sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya del 2006 afecta a l'esquema de distribució de competències sobre règim local previst a l'article 160 EAC que distingeix entre submatèries que són competència exclusiva de la Generalitat (apartat 1) i la resta d'àmbits on les competències són compartides amb l'Estat atesa l'existència de normes bàsiques estatals dictades a l'empara de l'article 149.1.18 CE. Sobre aqueix precepte el Tribunal Constitucional no formula cap declaració d'incostitucionalitat o interpretativa, però això no significa –com assenyala Antoni Bayona²²⁰– “que no hi hagi un impacte de la Sentència sobre la interpretació d'aquestes competències. En aquest sentit, les competències exclusives de l'apartat 1 es veuen indefectiblement afectades per la declaració interpretativa sobre l'article 110 EAC, que és el que es refereix genèricament a les competències exclusives de la Generalitat, en relació amb les quals el TC vol deixar clar que la noció estatutària d'exclusivitat no exclou la possible aplicació dels títols competencials exclusius de l'Estat que resulten de l'article 149 CE, i en aquest cas, concretament, de l'apartat 18 relatiu a les bases del règim jurídic de les administracions públiques”.

Aqueix precepte va ser expressament declarat constitucional al FJ 100 de la STC 32/2010, desestimant les al·legacions presentades pels recurrents malgrat que el paràgraf quart puntualitza el següent: “Hemos de advertir de nuevo que la competencia de la Generalitat para asignar competencias a los gobiernos locales se circunscribe a las materias en las que el estatuto atribuye competencias a la Comunidad Autónoma. En efecto, esta cuestión ya fue abordada en el análisis del artículo 84 EAC, donde concluimos que no existe vulneración de la competencia estatal para atribuir competencias a los entes

²²⁰ BAYONA ROCAMORA, Antoni, “Règim local”, dins el número especial de la Revista Catalana de Dret Públic dedicat a la Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, pàgina 216.

locales en aquellas áreas en las que el Estado disponga de competencia estatal para atribuir competencias a los entes locales en aquellas áreas en las que el Estado disponga de competencias "ratione materiae" incluidas las bases en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE) (fundamento jurídico 37). Pues bien, en este caso el precepto estatutario impugnado atribuye a la Generalitat la determinación concreta de las competencias que hayan de tener los entes locales, lo que deberá circunscribirse a las áreas de competencia de aquélla y, por tanto, respetar las competencias del Estado".

Al Fonament Jurídic 36 de la Sentència es tracta una altra qüestió clau, la impugnació dels recurrents (noranta diputats del Partido Popular) al·legant que l'Estatut no pot regular el règim local. El Tribunal no admet aqueix plantejament i valida la regulació estatutària d'aqueixa matèria amb tot un seguit de precaucions: "...en principio, ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, en tanto que su norma institucional básica, contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial, con el fin de vincular al legislador autonómico, del régimen local en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE".

"El Tribunal Constitucional –com observen Alfredo Galán i Ricard Gracia²²¹- no entra, en aquest punt, en la polèmica apuntada pels recurrents sobre si els ens locals han de ser considerats o no institucions autònomes pròpies en el sentit de l'article 147.2.c CE, qüestió particularment interessant en el cas de l'Estatut català, tenint en compte que l'article 2.3 considera que els governs locals "també integren el sistema institucional de la Generalitat", encara que matisa seguidament que ho fan "com a ens en els quals aquesta s'organitza territorialment, sens perjudici de la seva autonomia". Efectivament, el Tribunal

²²¹ GALÁN GALÁN, Alfredo Galán i GRACIA RETORTILLO, Ricard, "Incidència de la Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional en la regulació de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya sobre els governs locals", al número especial de la Revista Catalana de Dret Públic dedicat a la Sentència 31/2010, del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, pàgina 227.

esquiva entrar en el fons adduint que "sin una mayor argumentación y concreción impugnatoria por parte de los Diputados recurrentes, no puede estimarse que en su conjunto el capítulo VI transgreda la reserva estatutaria ex artículo 147.2 CE, ni que impida el ejercicio de la competencia estatal en la materia", enllesteix el tema al FJ 36.

Tot seguit el mateix Tribunal afegeix una altra precaució tot puntualitzant que la regulació estatutària es promulga "con el fin de vincular al legislador autonómico" com si així volgués desvincular el legislador estatal del deure d'observar els preceptes estatutaris aparentant ignorar que fomen part integrant del bloc de la constitucionalitat. Amb aqueixa inhibició mancada de motivació esquiva una altra qüestió pendent de ser resolta explícitament: l'articulació entre regulació estatutària sobre règim local i legislació estatal bàsica sobre aqueixa mateixa matèria. Aparentment el TC resol el problema afirmant que és "obvia" l'obligació del legislador estatutari de respectar la competència estatal bàsica deduint que deriva directament dels preceptes constitucionals, com si el vincle entre llei orgànica estatutària i Constitució fos menor. A falta de pronunciament jurisprudencial exprés en aqueix aspecte crucial cal acudir al principi de jerarquia normativa per resoldre el dubte i mentre no s'estableixi altrament el contingut normatiu que es deriva de l'Estatut d'Autonomia s'aplica prioritàriament a la legislació estatal bàsica. I la conclusió que se'n deriva és que normativa estatal sobre règim local s'ha d'interpretar conforme al redactat originari de l'Estatut i si el contradeix esdevé susceptible de recurs d'inconstitucionalitat.

Cal fer la consideració que el règim local no és només un aspecte del règim jurídic de les administracions públiques sino que va més enllà de la competència que correspon a l'Estat d'aprovació de la legislació bàsica ex article 149.1.18 CE. L'autonomia local deriva de la mateixa Constitució que li atorga substantivitat alhora que reconeix a l'Estat i a les Comunitats Autònomes competències per regular-ne el seu abast. Això és el que fa l'article 84.2 i 3 EAC que enumera una sèrie de matèries respecte de les quals els governs locals de

Catalunya han de tenir en tot cas competències pròpies. El Tribunal Constitucional al FJ 37 puntualitza que aqueixa previsió estatutària està dirigida al legislador autonòmic ja que es tracta de matèries respecte d'elles quals la Generalitat ha assumit competències: "En otras palabras, el elenco competencial que el precepto estatutario dispone que tiene que corresponder a los gobiernos locales en modo alguno sustituye ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone, a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el artículo 149.1.18 CE. La falta de una expresa mención en el precepto estatutario a la competencia estatal ex artículo 149.1.18 CE ni vicia dicho precepto de inconstitucionalidad, ni puede impedir de ninguna manera el ejercicio de esa competencia estatal (fundamentos jurídicos 59 y 64)".

Amb aqueixa argumentació el Tribunal Constitucional desestima la impugnació de l'article 84.2 (i també de l'apartat 3 del mateix article que reserva a les lleis aprovades pel Parlament de Catalunya la distribució entre les diferents entitats locals catalanes les responsabilitats administratives a les que es refereix l'apartat anterior). Així doncs, hom pot deduir del literal de la mateixa sentència que el règim local és competència estatutària i que en exercici d'aqueixa competència pot superposar a la legislació bàsica estatal una regulació pròpia als ens locals de Catalunya tot distribuint entre ells les responsabilitats administratives que els hi atribueix. La plena vigència constitucional dels preceptes estatutaris que atribueixen aqueixes competències a la Generalitat preserva essencialment la seva potestat legislativa sobre el règim local català i la possibilitat en el futur el seu desplegament normatiu.

Ara bé, la constitucionalitat de les vegueries examinada pel Tribunal Constitucional tot relacionant els articles 83.1, 90 i 91 EAC amb l'article 2.3 EAC que les inclou en el sistema institucional de la Generalitat resulta avalada, però subjecta a la interpretació que se'n fa als Fonaments Jurídics 40 i 41. La principal qüestió de fons que planteja la Sentència es refereix a la naturalesa de la vegueria com a entitat local i la seva relació amb la província, que només pot

respondre a dues concepcions: o bé la vegueria és un ens diferent a la província (i per tant hi ha de coexistir) o bé és la mateixa província amb una denominació i un òrgan de govern diferent. Ambdues són adequades a la Constitució, però l'opció de la coexistència resulta incompatible amb l'article 91.3 EAC que n'imponeix la substitució de la diputació per la vegueria. "Dit d'una altra manera –comenten Galán i Gracia²²²– el Tribunal declara que la garantia constitucional de la província no inclou la protecció de la seva denominació quant a tipus d'entitat local (una cosa que havia fet fins avui), ni tampoc la d'una única forma de govern provincial identificada amb les diputacions, com ja havia afirmat en relació amb les comunitats autònomes uniprovincials (STC 32/1981). Però, a més, constata, paralel·lament, que aquestes modificacions pot fer-les un estatut d'autonomia".

La constitucionalitat d'aquesta segona opció està condicionada a que en el procés d'implantació dels consells de vegueria correspon a la legislació estatal determinar "su composición y el modo de elección de sus miembros, correspondiendo también a la normativa básica estatal regular sus competencias en el orden local" (FJ 41). Aqueixa declaració s'ha de posar en relació amb allò que disposa la sentència en matèria de distribució de competències sobre règim local als Fonaments Jurídics 94 i 100, atès que pel que fa a la forma de govern i les competències atribuïdes a les vegueries és de caràcter compartit entre Estat i Generalitat.

Tal com explica Hèctor López Bofill: "La decisió sobre les competències compartides continguda a la STC 31/2010, de 28 de juny, en relació a l'article 111 EAC encara és més contundent en la mesura que inclou una declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat davant l'intent de la norma estatutària de condicionar el concepte de bases estatals"²²³. Segons el Tribunal Constitucional, l'estat no es troba condicionat per les modulacions que introdueixi l'Estatut ja

²²² GALÁN GALÁN, Alfredo i GRACIA RETORTILLO, Ricard, op cit, pàgina 235.

²²³ LÓPEZ BOFILL, Hèctor, "Distribució de competències i reformes estatutàries. Un estudi comparat del sistema de distribució de competències en els estatuts reformatos i els efectes de la STC 31/2010, de 28 de juny", a la Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, número 14, octubre del 2011, pàgina 206.

que l'exercici de les seves competències deriva directament de la mateixa Constitució i de la interpretació que en faci la jurisprudència constitucional. Precisament, des de la sentència 32/1981, de 28 de juliol, sobre la llei catalana de transferència urgent i plena de les diputacions catalanes a la Generalitat la línia interpretativa sostinguda pel Tribunal Constitucional ha donat com a resultat que en múltitud de matèries l'Estat pot arribar fins i tot a dictar les bases per via infralegal i la Generalitat trobar-se obligada per mandat estatutari a desenvolupar aqueixes bases per llei sense que regeixi el principi de jerarquia normativa i la conseqüent prioritat de la vinculació llei orgànica-Constitució per davant de la vinculació llei de bases-Constitució. Un resultat que en si mateix hauria de resultar inconstitucional.

Com assenyala Hèctor Lòpez Bofill: "Es manté també la idea que la relació bases-desenvolupament ha de permetre a la Generalitat un àmbit per realitzar polítiques pròpies però, a tenor de la STC 32/2010, sembla que aquesta declaració és irrellevant a efectes de limitar la potestat legislativa estatal"²²⁴.

Certament, l'Estatut no pot acotar l'abast de les bases estatals, però la conclusió que no comparteixo és que a la Generalitat no li quedi marge teòric per desenvolupar opcions legislatives pròpies. El Tribunal Constitucional afirma: "De sustituir los Consejos de veguería a las Diputaciones corresponderá a la legislación del Estado determinar su composición y el modo de elección de sus miembros, correspondiendo también a la normativa básica estatal regular sus competencias en el orden local" (FJ 41). Queda clar, doncs, que el Parlament de Catalunya pot exercir la seva potestat normativa respectant l'autonomia provincial potenciant el paper de la vegueria en el marc de la legislació catalana sobre governs locals deduïnt allò que correspon a la legislació bàsica estatal mentre aqueixa no sigui dictada o desenvolupant-la en cas que s'hagi promulgat, així com mitjançant la delimitació de les funcions d'el·l'article 84.2 EAC que se li vulguin atribuir. Josep Ramon Fuentes Gasó apunta la possibilitat de tractar de manera específica les Terres de l'Ebre, els Pirineus i la Catalunya

²²⁴ LÓPEZ BOFILL, Hèctor, op. cit, pàgina 208.

central "com a àmbits funcionals propis, amb el nom de sotsvegueries o el que s'estimi més convenient"²²⁵. Aqueix autor suggereix un reforçament competencial de les quatre "vegueries provincials" per tal de donar compliment al mandat estatutari de dotar a Catalunya d'un nivell supramunicipal fort que desenvolupi les funcions administratives i organitzi els serveis públics locals en un nivell pròxim a la ciutadania.

²²⁵ FUENTES GASÓ, Josep Ramon, "El règim local de Catalunya i la viabilitat d'articulació d'una planta política i administrativa pròpia després d'ela sentència del Tribunal Constitucional de 28 de juny de 2010", al número especial de la Revista Catalana de Dret Públic dedicat a la Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006", pàgina 223.

5. PROSPECTIVA SOBRE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS LOCALS

A. La fugida, i el retorn, al Dret Administratiu.

Fa gairebé vint anys, un article del professor Ignacio Borrajo "El intento de huir del Derecho administrativo"²²⁶ va tenir la fortuna encertar en els termes d'un debat que arriba fins als nostres dies: "la huida del Derecho público por parte de un número creciente de organizaciones administrativas que, ya najo veste de sociedades mercantiles, ya directamente por disposición de la ley que crea al ente público, someten su actuación logística y prestacional a las normas del Derecho privado desligándose de las leyes administrativas".

Borrajo escriu en un moment en el qual les administracions públiques, des de l'estatal a la local, passant per la de la Generalitat estimulen la creació d'ens instrumentals deslligats de les lleis administratives i adpta una postura preventiva però no dogmàtica (com altres autors que se'n planyen d'aqueix fenomen) advertint que el sotmetiment al dret privat no equival necessàriament a la fugida de tota mena de control. Com ja havia fet notar anteriorment José Manuel Sala Arquer: "el nuevo Derecho mercantil ya no es ese paradigma de flexibilidad y autonomía d ela voluntad que a veces se describe, sino un ordenamiento en el que proliferan los controles, auditorías externas, búsqueda de la transparencia y competitividad, y protección de los consumidores"²²⁷.

Borrajo i bona part de la doctrina van optar per relativitzar aqueix fenomen en base a dues consideracions complementàries a la reflexió precedent del professor Sala: d'una banda, efectes del dret comunitari la titularitat pública o privada de les empreses resultat indiferent, i d'altra banda, a més de la jurisdicció contenciosa-administrativa els tribunals dels altres ordres ja controlen el compliment de les obligacions civils, mercantils i laborals dels ens instrumentals.

²²⁶ BORRAJO INIESTA, Ignacio, "El intento de huir del Derecho administrativo", Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pàgines 233-250.

²²⁷ SALA ARQUER, José Manuel, "Huida al derecho privado y huida del Derecho", REDA, número 75, 1992, pàgina 403.

El procés de creació d'ens instrumentals per part de les administracions públiques ha tingut dues vessants: la mercantil, amb la pretensió d'imitar la gestió gerencial privada amb constitució d'empreses públiques i l'administrativa amb l'objectiu de promoure una cultura de responsabilitat per resultats mitjançant una nova modalitat d'entitats de dret públic introduïda per la Ley 28/2006, de 18 de juliol, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. L'agenciació de les administracions públiques és una innovació extrapolada de l'administració comunitària europea que l'Estat va adoptar inicialment creant l'Agencia Tributaria, que no ha reeixit a generalitzar com es pretenia amb l'aprovació d'aqueixa llei i que no ha transcendit a l'administració local.

Per una via o per l'altra, hom ha arribat a una munió d'ens creats amb la pretensió que desagregant-los del tronc comú hom assoliria una major eficiència a través de l'especialització organitzativa. Aqueixa presumpció àmpliament difosa segons la qual la ineficiència i la inoperativitat de l'estructura administrativa a l'hora de gestionar els serveis públics justifica que calgui fugir del Dret Administratiu i dels mètodes burocràtics que els són propis per tal d'adoptar instruments mercantils, propis del Dret civil i del Dret Mercantil, per tal de bastir una "nova gestió pública" pretesament adequada a les necessitats d'eficàcia i eficiència.

La proliferació d'ens instrumentals de diferent naturalesa ha estat un fenomen comú a totes les Administracions, estatal, autonòmica i local, i s'ha donat sota l'impuls de governs de totes les ideologies al llarg de les tres darreres dècades. Pel que fa a l'administració local catalana, a data 1 d'agost del 2012 al Registre d'ens locals del Departament de Governació de la Generalitat de Catalunya hi consten inscrits: 670 ens de gestió i 76 societats públiques, dues categories que no coincideixen amb les formes gestores dels serveis locals, a les quals cal afegir 300 consorcis i 69 mancomunitats i un nombre indeterminat de fundacions creades per ens locals d'entre les 2.494 inscrites al Registre de Fundacions del Departament de Justícia de la Generalitat.

L'informe de fiscalització del Tribunal de Cuentas sobre el sector públic local, corresponent als exercicis 2006, 2007 i 2008, aprovat el 24 de març del 2011 assenyala que: "en los supuestos examinados en diferentes fiscalizaciones, la única razón apuntada por el ayuntamiento para justificar la creación de un nuevo ente instrumental (sociedad municipal) es la presunta ineficacia e inoperatividad de la sunidades administrativas que gestionaban la prestación de los servicios municipales. Sin embargo, esa fundamentación no ha quedado justificada con la documentación aportada para acreditarlo; y, en todo caso, ello pudiera y debiera haber originado la incoación de las pertinentes actuaciones de los órganos competentes dirigidas a corregir esa situación y, en su caso, exigir las responsabilidades en que se hubiera incurrido, pero no puede justificar, por sí sola, una modificación organizativa²²⁸".

El Tribunal de Cuentas conclou proposant una sèrie de recomanacions dignes de ser tingudes en comptes cara a la reforma del règim local:

"En relación con la organización y configuración del sector público local:

1. La racionalización y la evolución del sector local hacia un modelo más eficaz y eficiente para el desempeño de las competencias que el ordenamiento jurídico otorga a las entidades locales, pasa por el estudio y diseño de un mapa local acorde a las necesidades demográficas, económicas y sociales actuales y orientado a formas más lógicas de prestación de servicios a los ciudadanos, eliminando y evitando, en lo posible, tanto la duplicidad de actuaciones y solapamiento de competencias no sólo entre distintas entidades locales sino entre distintas administraciones públicas, en especial, así como la persistente presencia de entidades que no prestan ningún servicio o que carecen de actividad y promoviendo, en su caso, fórmulas de agrupación de entidades para una mayor economía, eficacia y eficiencia en la prestación de servicios.

²²⁸ <http://www.tcu.es/uploads/I890.pdf>

2. Simultáneamente, sería necesario abordar integralmente la regulación de las funciones encomendadas a la administración local mediante la atribución de un elenco cerrado de competencias precisas que permitan garantizar su suficiencia financiera. Asimismo sería necesario que esta regulación evitara la actual proliferación de entidades integrantes del sector institucional local, restringiendo las causas de constitución de los entes instrumentales mediante su vinculación con la ejecución de los servicios públicos prestacionales o con el desarrollo de actividades económicas, con expresa exclusión de aquellos servicios meramente administrativos.

3. Se considera asimismo necesario una nueva regulación de los registros públicos donde actualmente se inscriben las entidades locales, para que recogiendo de forma dinámica su existencia, su creación o extinción y su actividad orgánica y económica, permitan conocer, en todo momento y con precisión, la verdadera extensión del sector público local, con independencia de la naturaleza jurídica de las entidades que lo integran, y faciliten su control.

4. Atendidas las competencias autonómicas sobre el desarrollo del régimen local y en aras a evitar una petrificación subjetiva de este subsector público con olvido de la calidad de los servicios que justifican su existencia, sería deseable que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas establecieran estándares mínimos de calidad de los servicios municipales, incluidos los prestados por las EATIM, que permitan dotar de objetividad a las verificaciones periódicas, igualmente reguladas en la normativa autonómica, sobre calidad de los servicios prestados por las Entidades locales. Tales informes, en los términos de los artículos 4.3 y 5 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación territorial de las Entidades locales, permitirían la iniciación de expedientes dirigidos a fundamentar las posibles decisiones relativas a la fusión de municipios o a pronunciarse sobre la extinción de las EATIM.”

Encarnación Montoya, tot comentant aqueix informa del Tribunal de Cuentas

afegeix: "Además, sociedades así constituidas fijan su objeto social sin concretar el alcance de la actividad a realizar, sin que conste acreditada su oportunidad por razones de interés público y sin que haya sido evaluada por la entidad local su gestión ni desde un punto de vista financiero, ni de eficacia, por lo que su creación se traduce en una pérdida de control de la actividad realizada que lejos de contribuir a una pretendida mejora en la gestión municipal, supone falta de transparencia de la misma"²²⁹.

Les recomanacions finals de l'informe del Tribunal de Cuentas van en aqueixa mateixa direcció i suggereixen, entre altres mesures, la "necesidad de modificar la regulación cuenta general de cuentas de las entidades locales, para incluir en ella información sobre sociedades mercantiles locales participadas por más de una entidad local en proporción agregada superior al 50%, pero en las que, sin embargo, no participa mayoritariamente ninguna entidad local de forma individualizada, lo que de facto, provoca que las mismas se encuentren fuera del control realizado por los órganos de control externo".

El que ara surt a la llum, arran de l'endeutament asfixiant del sector públic, deixa en evidència la manca de justificació per raons d'interès públic a l'hora de crear ens instrumentals, així com la deficient informació de les seves activitats i sovint l'absència d'assumpció de responsabilitats pels mals resultats assolits. L'apriorisme intel·lectual d'Ignacio Borrajo segons el qual els mecanismes de control del dret civil, mercantil i laboral complementarien els subsistents de caire administratiu no s'ha complert a la realitat, i la jurisprudència no pot suplir per si sola l'activitat correctora de les desviacions dels ens instrumentals més enllà dels seus objectes socials i dels objectius d'eficiència que se'ls pressuposaven i que corresponen a la responsabilitat dels governants.

El fet evident que molts ens instrumentals no hagin respost a les expectatives

²²⁹ Encarnación Montoya Martín, "Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización", ponència presentada al VII Congreso AEPDA, celebrat a Tarragona els dies 11 i 12 de febrer del 2012, pàgina 77 de l'original.

combinat amb la nova normativa d'ajustament pressupostari condueix a la dissolució de bon nombre d'entitats no ha de suposar una involució sense reflexió cap a les formes de gestió pròpies del Dret Administratiu tradicional. Des de la doctrina ja es fan propostes incorporant nocions innovadores com les que apunta Santiago González-Varas: mercat d'interès general ("una denominación posible a efectos de combinar adecuadamente tanto el carácter mercantil de base de los nuevos sectores como su singularidad pública"²³⁰) i dret administratiu privat (aquell que complementa els àmbits materials en els quals inicialment s'aplica el dret privat²³¹) o Manuel Ballbé²³².

En tot cas, s'imposa una reflexió: retornar a dret públic. Dit en paraules d'Encarnación Montoya: "reducir la utilización de las fórmulas de Derecho privado a sus justos términos: el ejercicio de actividades económicas de mercado. Se trata de invertir el proceso seguido hasta ahora y que ha dado lugar a tanto desproósito, reorientar la organización hacia fórmulas jurídicas sometidas en su gestión al Derecho administrativo y control presupuestario, entodas aquellas actividades en las que su naturaleza lo permita, sin menoscabo de la neceasia agilidad y eficiencia"²³³." Com vaig concloure jo mateix en un article recent: "Només mereixeran subsistir les empreses públiques que efectivament prestin serveis i productes que el mercat permeti finançar"²³⁴

B. El personal directiu dels serveis públics locals.

No es pot explicar l'evolució dels darrers anys en pro de la personificació instrumentals de la gestió dels serveis públics locals sense tenir en compte els

²³⁰ GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, "¿Del servicio público a los mercados de interés general?", Cuadernos de Derecho Público, número 12, 2001, pàgina 65. També del mateix autor, "Los mercados de interés general", Editorial Comares, Granada, 2001.

²³¹ GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, "¿Del servicio público a los mercados de interés general?", op. cit, pàgina 73. També del mateix autor, "Derecho Administrativo privado", Editorial Montecorvo, Madrid, 1996.

²³² BALLBÉ MALLOL, Manuel, "El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", RAP, número 174, 2007.

²³³ Encarnación Montoya, op. cit pàgina 89.

²³⁴ RENEYER ALIMBAU, Jaume, "Contradiccions i omissions en la reestructuració del sector públic instrumental a Catalunya", El Debat, 26 de juny del 2012.

elements subjectius que l'han afavorit, bàsicament els electes locals de les ciutats grans i mitjanes de Catalunya –molts dels quals amb dedicació total o parcial a l'exercici del càrrec- i el personal directiu format i promocionat per les escoles privades de negocis per exercir una funció gerencial en el món local.

Amb la denominació de Nova Gestió Pública hom coneix les reformes del sector públic britànic impulsades durant l'etapa de govern del Partit Conservador encapçalat per la Primer Ministre Margaret Thatcher que atès el seu resultat exitós van mirar d'extrapolar-se a d'altres Estats de la UE amb la pretensió de bastir un conjunt de recomanacions orientades a la millora de l'eficiència i l'eficàcia de l'Administració. La seva difusió ha anat acompanyada de l'apologia de la governança (conjunt de processos i eines a través de les quals les persones i les institucions públiques i privades cooperen per tal de gestionar assumptes comuns) aplicada a la gestió pública a tots els nivells.

La literatura segregada al voltant de la NGP és abundantíssima, també a nivell espanyol on una de les primeres estudioses del tema, Blanca Olías de Lima²³⁵, es fa ressó del balanç crític que analistes com Gerry Stocker fan dels problemes de l'experiència britànica amb uns quants anys de perspectiva:

“1- La complejidad del conjunto y la borrosa distribución de responsabilidades ha creado dudas sobre la legitimidad del sistema de gobernanza.

2. Han aparecido nuevos cuestionamientos sobre los niveles de probidad en la conducción de los asuntos públicos.

3. Hay una creciente preocupación sobre la pérdida de capacidad de dirección y coherencia del sistema.

4. Se han planteado dudas sobre el fortalecimiento del sistema de responsabilidad pública”.

Dit això, Blanca Olías afegeix de collita pròpia: “En otras palabras, la

²³⁵ OLIS DE LIMA, Blanca, “La Nueva Gestión Pública”, Prentice Hall, Madrid, 2001.

interpenetración de intereses público/privados que caracteriza el nuevo modelo de gobernanza se ha ejercido en provecho de los últimos, quedando el ciudadano más indefenso que bajo las antiguas burocracias. Puede que las organizaciones prestadoras, que ahora se presentan ante el ciudadano como parte de un mercado de bienes y servicios, sean más eficientes y productivas, pero el beneficiario final de las mismas no son los usuarios sino un entramado de compañías e intereses muy poderosos y difíciles de controlar.

De otra parte, la responsabilidad pública se ha vaciado de contenido por la dificultad de localizar e imputar responsabilidades por los fallos o los abusos del sistema. El sistema de gobernanza se ha vuelto más opaco, emergiendo formas nuevas de corrupción que son, por lo menos, tan nocivas como las precedentes.

Si tenemos en cuenta que la irresponsabilidad, la falta de transparencia y las corruptelas han sido los grandes déficit del sistema burocrático, la evaluación global daría la razón a aquellos que mantienen que la NGP, más allá de sus logros puntuales, e incapaz de resolver los grandes problemas del sector público. Desde esta perspectiva se podría afirmar que la NGP ha tenido mayor capacidad para materializar sus potenciales amenazas que para desplegar sus posibilidades de renovación y mejora del ámbito público".²³⁶

La recepció a l'Estat espanyol, i especialment a Catalunya, de les teories de la NGP va ser entusiasta i van cristalitzar en diversos textos legislatius. En primer lloc, cal consignar l'existència d'un precedent genuïnament autòcton al qual s'han empeltat les tesis gerencials actualment en voga, cal retrotraure's fins a l'època de l'alcalde Porcioles a l'any 1960, quan el règim especial de la ciutat de Barcelona va crear la figura dels delegats de servei, nomenats lliurement per l'alcalde per realitzar tasques de direcció en àmbits diversos –fins a un màxim de sis- de l'administració municipal. Els resultats positius d'aqueixa experiència acreditats al llarg dels anys s'han consolidat amb la regulació de la funció gerencial a la Carta municipal de Barcelona aprovada per Llei 22/1998, del

²³⁶ OLIS DE LIMA, Blanca, "Servicios públicos y gobernanza", Sistema, número 184-185, 2005, pàgina 128.

Parlament de Catalunya.

En segon lloc, en l'etapa en que Jordi Pujol va ocupar la presidència de la Generalitat, es va aprovar la Llei 6/1987, de 4 d'abril, d'organització comarcal de Catalunya va introduir la figura del gerent del consell comarcal (actualment regulat a l'article 16 del Decret legislatiu 4/2003), amb la condició de funcionari eventual, però amb la nota distintiva respecte del comú d'aqueixos funcionaris que pot exercir tasques executives per delegació del ple de la corporació, característica que l'aproxima al tipus de personal directiu que tractem en aqueix apartat. El gerent en l'àmbit local ja ho havia previst a l'Estatuto Municipal de l'any 1924 (article 146) i el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales del 1955 (article 90) especialment previst per a les societats mercantils de capital públic. No obstant aqueixos precedents la vigent LRBRL de 1985 va obviar el tractament de la figura gerencial o directiva.

En tercer lloc, a l'Administració de l'Estat -quan el president Aznar importa les concepcions polítiques del liberalisme anglès- s'hi introdueix una innovació significativa en aprovar-se la LOFAGE l'any 1996 quan s'obre la porta a estructurar els òrgans d'alta administració en dues categories: els superiors i els directius. Aqueixa distinció no es desenvolupa de manera sostinguda i coherent amb posterioritat. Una derivada del capteniment manifestat a la LOFAGE és concreta a la modificació de la LRBRL operada per la Ley 57/2003, de mesures per la reforma del govern local, subsana l'omissió de la LRBRL i introduïa la funció directiva en els municipis de gran població. Concretament l'article 130. 1. B) conceptua com a òrgans directius: els coordinadors general d'àrea o conselleria, els directors generals de les distintes àrees, el titular de l'òrgan de suport a la junta de govern local i el conseller-secretari de la mateixa, el titular de l'assessoria jurídica, el secretari general del ple, l'interventor general i el titular de l'òrgan de gestió tributària, si s'escau.

Aqueix és un esquema directiu híbrid ja que barreja càrrecs electes, funcionaris d'administració local amb habilitació estatal i funcionaris o personal laboral de qualsevol de les Administracions públiques, i excepcionalment professionals

provinents del sector privat amb una experiència mínima de cinc anys (article 85.bis.b, en el cas dels organismes autònoms i entitats públiques empresarials), molt allunyat del directiu professional que mira de fer-se un espai²³⁷ entre el personal eventual (de confiança política) i els funcionaris de carrera.

Un pas envers la superació d'aqueixa regulació precària i d'obertura de lloc d'alta direcció administrativa a professionals provinents del món privat es dona amb la ja citada Ley 28/2006, que creava les agències estatals per a la millora dels serveis públics que havia d'erigir-se en paradigma, això és, "la fórmula organitzativa hacia la que, progresivamente, se van a reconducir aquellos Organismos públicos existentes en la actualidad", segons diu l'exposició de motius de la llei. El personal directiu veia reconegut el seu paper en la figura del director de l'agència segons queda configurat a l'article 11 de la llei, un òrgan executiu que és nomenat i separat pel Consell Rector a proposta del president entre persones que compleixin les qualificacions necessàries per al càrrec, segons els estatuts de la mateixa Agència. A finals del 2011 el nombre d'agències estatals era de 8 i el balanç de l'experiència el resumia Encarnación Montoya amb la següent reflexió: "un paragima fracasado"²³⁸

El segon pas normatiu en la regulació del personal directiu el va donar la Ley 7/2007, de 12 d'abril, del estatuto del Empleado Público, que d'una manera imprecisa i amb caràcter potestatiu es menciona a l'article 13 i que no ha tingut desenvolupament normatiu posterior malgrat els esforços realitzats per les escoles de negocis interessades a penetrar en aqueix terreny (ESADE, per exemple) que han impulsat recentment a l'Associació Catalana de Gestió Pública a presentar una proposta d'estatut del directiu públic. La desigual valoració que mereixen les experiències aportades pels directius professionals a les administracions que han incorporat aqueixes fórmules gestores (no és comparable l'exitosa trajectòria gerencial de l'Ajuntament de Barcelona, amb la irrellevant aportació del personal directiu a la millora de l'eficiència d'una administració sobredimensionada com la Diputació de Barcelona, o el fracàs del

²³⁷ Veure el treball de rafael Jiménez Asensio, "El personal directiu a l'Administració local", Estudis de Relacions Laborals, número 5, 2009, Diputació de Barcelona.

²³⁸ Encarnación Montoya, op. cit... pàgina 13 de l'original.

“hòlding” Innova creat per agrupar les empreses municipals de l’Ajuntament de Reus) han dut a què a la Disposició adicional primera de l’avantprojecte de llei de racionalització i sostenibilitat de l’Administració local hom restringeixi el personal directiu de les diputacions provincials a ser escollit entre funcionaris de carrera de qualsevol administració pública.

L’entrada en vigor de la Llei 7/2007, de 12 d’abril, de l’Estatut Bàsic de l’Empleat Públic (EBEP), va originar alguns dubtes respecte a la seva aplicació en l’àmbit de l’Administració local. Un d’aquests era el del règim del personal directiu previst a l’article 13 de l’EBEP. Respecte a aquesta qüestió per part d’algunes opinions consideraven que a l’empara de la Disposició Final 4a de l’EBEP mentre no fossin dictades les normes de desenvolupament de l’EBEP es mantenen en vigor les vigents en matèria de personal al servei de les administracions públiques, entre altres el DL 2/2003, de 28 d’abril, pel qual s’aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMC), que configura el règim del personal directiu local com un tipus de personal de confiança lliurement nomenat pel Ple de l’ens local.

Aquesta opinió però xoca frontalment amb la previsió continguda a l’article 13 de l’EBEP segon la qual el personal directiu ha de ser designat mitjançant procediments que garanteixin la publicitat i la concurrència, obviant que la Disposició Final 4a de l’EBEP determina la vigència de la normativa preexistent mentre no sigui desenvolupat l’EBEP, en tant que aquesta normativa no sigui contradictòria amb l’EBEP.

Així doncs pot mantenir-se la vigència dels preceptes del TRLMC referits al personal directiu en allò que no s’oposin a l’EBEP, però no en aquells aspectes que siguin contraris a l’EBEP i és evident que designar aquest personal sense publicitat i concurrència seria contrari a l’article 13 de l’EBEP i seria un acte administratiu que no s’ajustaria a la legalitat i que eventualment podria ser declarat nul per la jurisdicció contenciós administrativa si algú l’impugnés. La majoria de directius presents a les administracions locals de Catalunya han

estat nomenats per ocupar els càrrecs que ocupen sense observar aqueixos principis, són per tant professionals que compten amb la confiança política dels governants locals que els han triat. Per això sobta l'argumentació emprada per Francisco Longo (director de l'Institut de Governança i Direcció Pública d'ESADE) a l'article "Qui té por dels directius públics?"²³⁹ per promocionar les seves teòries, com si fossin els partits addictes a l'ordre establert els qui impedissin la irrupció renovadora dels directius professionals formats a les escoles de negocis privades. En una línia similar s'expressa Rafael Jimenez disparant contra els interventors municipals²⁴⁰ (l'enemic a batre per tots els defensors de la gestió pública sense controls interns jurídics i econòmics previs) pel tractament revaloritzat que l'avantprojecte de llei per a la racionalització i la sostenibilitat de l'Administració local fa d'aqueix col·lectiu professional.

Una de les reflexions que hom hauria de centrar el debat dels governs locals és la necessitat que les administracions recuperin la capacitat de previsió i orientació estratègica de la seva actuació per posar-la a l'alcada dels operadors privats. Ara que hom constata la fallida de les previsions empresarials en sectors clau com el bancari o la construcció, amb les conseqüències socialment devastadores que està tenint, és una oportunitat per a revalorar la gestió pública de caràcter estratègic i subsanar les disfuncions que afecten les administracions públiques per evitar que esdevinguin elements coadjuvants de la devaluació de la vitalitat econòmica del nostre país.

El punt de partida, però, ha de ser que les funcions de control jurídic i econòmic intern de les administracions són un factor imprescindible per a l'eficiència de la gestió pública i la seva projecció a mig termini. El discurs aparentment liberalitzador de les funcions reservades de control ha fet fortuna entre les grans coproracions locals a Catalunya més per la càrrega ideològica que els seus propagandistes (els mateixos beneficiaris de la denominada "direcció pública professional") han sabut afegir-hi que no pas a la realitat dels resultats

²³⁹ FRANCISCO LONGO, "Qui té por dels directius públics?", El Periódico, 10 de juliol del 2012.

²⁴⁰ JIMENEZ ASENSIO, Rafael, "La reforma del govern local", El Periódico, 24 de juliol del 2012.

pràctics d'aqueix capteniment. El personal que sota diverses denominacions (gerent, directrius, assessors) ha ploriferat als darrers quinze anys no ha demostrat amb resultats pràctics les virtuts que teòricament havien de reportar a les administracions que els incorporaven (al marge de tot procediment de publicitat que permetés contrastar els seus mèrits): des de l'any 2007, els grans ajuntaments han augmentat el seu endeutament un 20% de promig sense que la intervenció d'aqueixa mena de gestors s'hagi notat enlloc.

Els funcionaris que exercim la funció de control jurídic i econòmic podem també assumir responsabilitats directives (de fet, ja és així en alguns casos singulars) i aportar capacitat d'anàlisi estratègica a partir de les deduccions que podem extreure de les pròpies experiències professionals. Els països amb una economia puixant com Alemanya, Israel o Corea del Sud tenen toptos ells, cadascú a la seva manera, sistemes de supervisió prèvia –i evidentment, posterior- de la gestió pública. A Catalunya, com al conjunt de l'Estat (tant en època de govern socialista com popular), en nom de l'autonomia local i de la no ingerència estatal s'ha mirat de reduir a la mínim expressió la funció dels secretaris, interventors i tesorers. Evidentment aquesta ha estat una opció estimulada pels beneficiaris d'aquixa situació: els gabinets d'assessorament legal i fiscal que acaparen el mercat i el personal directriu que s'ha incorporat a nivells de comandaments de les administracions locals. Per si mateixa l'adopció de mètodes de treball, formes organitzatives i elements personals del món de l'empresa privada sigui una solució estructural a l'atzucac del món local d'ara mateix. Poden ser, això sí, aportacions conjunturals positives i concretament justificades. Per encetar el debat sobre la reforma de l'administració local caldria començar per canviar la concepció segons la qual la funció de control es aliena a la gestió pública i un entrebanc a l'eficiència. Solsament a partir d'aqueixa premissa les administracions públiques podran dotar-se de la capacitat de previsió i intervenció que hores d'ara la crisi ha demostrat que els hi ha mancat.

CONCLUSIONS

Primera. El dret comunitari ha anat perfilant progressivament mitjançant els successius tractats el marc normatiu dins del qual els diversos Estats membres de la UE poden regular un sistema propi i específic d'activitats econòmiques d'interès general, sotmeses a regulació administrativa o exercides directament per les diferents administracions públiques. El procés de consolidació del mercat interior europeu avança malgrat la crisi econòmica que estem vivint a partir del 2007 i l'oposició al mateix per part de les polítiques proteccionistes dels Estats amb tradició intervencionista a la vida econòmica i els prejudicis fomentats pels corrents polítics anticapitalistes i el tardo-socialisme en declivi i sense projecte alternatiu, però que atien l'angoixa de la ciutadania davant les incerteses de tota mena atribuïdes sistemàticament a la liberalització econòmica i política.

El rebuig al projecte de Constitució europea ha portat com a conseqüència la manca d'institucions comunes amb capacitat i legitimitat per orientar estratègicament la sortida de la recessió a escala de la UE i marcar les polítiques estatals en aqueix àmbit. La desqualificació de la directiva Bolkestein²⁴¹ s'ha enquistat com un mite legitimador per part dels contraris a l'Europa liberal, política i econòmica, obviant que l'origen de la crisi dels estats euromediterranis té causes endògenes específiques en els casos de Grècia, Regne d'Espanya, Portugal i República francesa. Això dificulta les reformes administratives en aqueixos estats que comparteixen tots ells el tret comú d'estar ancorats en un model intervencionista més que en un tipus d'administració reguladora estimuladora de la competitivitat i competitiva ella mateixa.

Malgrat la ralentització de les reformes institucionals a escala europea la dinàmica generada per les directives i la jurisprudència del TJUE han penetrat en els ordenaments jurídics estatals i subestatals en un sentit transformador i

²⁴¹ NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, (directora), "La termita Bolestein. Mercado único versus derechos ciudadanos", Civitas, Madrid, 2012.

modernitzador de les formes prestacionals d'aqueixes administracions. A partir, sobretot, del tractat de Maastricht al 1993, estem vivint una mutació en les relacions UE-Estats-entitats territorials subestats, que es caracteritza per la penetració del dret comunitari cap a noves matèries objecte de regulació que absten directament a les diferents administracions públiques. Concurrencia i servei públic no són dos principis incompatibles, ans al contrari són complementaris ja que només tenen sentit si s'analitzen conjuntament en funció dels objectius finals de la Unió Europea, la llibertat política i econòmica, en un marc continental de solidaritat i cohesió social i territorial. Les tensions que naturalment es produeixen entre concurrencia i serveis públics són fruit de la dialèctica que s'estableix quan es concreta en l'àmbit local, ja que la societat no és pas un marc estàtic sinó canviant, i la recerca permanent de l'equilibri entre aquestes dues tendències és la característica de les societats obertes.

Seguint l'esquema d'anàlisi proposat per Pierre Le Mire²⁴² partim dels principis del dret comunitari (bàsicament el principi de lliure circulació -de mercaderies, persones, serveis i capitals- i el principi de lliure concurrencia) i dels dos grans mitjans d'actuació (l'harmonització de les legislacions dels Estats i l'aplicació de polítiques comunes, especialment del medi ambient i de cohesió econòmica i social), per avaluar el seu impacte sobre els ens locals. L'aplicació del principi de lliure concurrencia afecta directament a tres aspectes de la vida quotidiana de les entitats locals: a) els dits monopolis de gestió de serveis públics locals, b) les ajudes públiques i c) els contractes públics. En la mesura que els estats avancin en la reforma d'aqueixos tres àmbits estaran en millors condicions per sortir de l'atzucac actual.

Segona. Correspon a cada Estat definir, sector per sector, l'abast dels serveis universal i del servei d'interès econòmic general, i en quins supòsits estaran exclosos de les normes de concurrencia comunitària, i es podran beneficiar de les normes de discriminació positiva establertes en cada estat. Això és, els drets especials i exclusius que es puguin atorgar a cada cas. L'Estat espanyol és dels

²⁴² Pierre le Mire "les repercussions de la construction européenne sur les col.lectivités lcoales"

que va amb retard a l'hora de reformar el marc normatiu intern per tal d'adaptar-lo a les tendències europees descrites anteriorment. La reforma constitucional de l'article 135 CE, per exemple, que pot tenir potencialment un efecte benèfic ha estat precipitada i entrada amb calçador per tal d'aplicar el principi d'estabilitat pressupostària en un context d'accelerada recessió econòmica i augment del dèficit de totes les administracions públiques. I, el que és més rellevant, sense transmetre una visió global de cap a on van les reformes que cal emprendre a cada nivell d'administració.

Concretament pel que fa a l'administració local, la política legislativa dels decennis posteriors a l'aprovació de la Constitució i la LRBRL ha tingut el tret comú de deixar en segon terme la reforma del règim local bàsic i en canvi avançar en l'estatalització de la normativa contractual, de liberalització econòmica i de transposició del model estatal de gestió dels serveis públics al món local, reduint-ne per aqueixa via l'autonomia constitucionalment garantida. Alhora, a la pràctica hi ha hagut un laxisme generalitzat de les administracions estatal i autonòmica catalana a l'hora d'exercir les funcions de tutela i així poder corregir les mancances detectades pels organismes de control dels comptes públics sobretot en els ens instrumentals locals que actuen conforme al dret privat. La falta de regulació és a l'origen d'aqueix dèficit que a darrera hora hom mira de reconduir d'una manera sobtada a través d'aplicació dels principis de la legislació d'estabilitat i sostenibilitat pressupostària més que en una reforma global autocentrada en l'administració local mateixa.

Per altra banda, la política legislativa impulsada pels successius governs estatals i la jurisprudència constitucional han anat corsecant l'àmbit competencial potencialment a l'abast de les comunitats autònomes en matèria de règim local fins al punt que la STC 31/2010 sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya ha dut al bloqueig de tota reforma global del sistema de govern local català. Tal com es desprenia originàriament del text estatutari aprovat pel Parlament de Catalunya. Aqueix fet, afegit a la manca d'iniciativa estatal per tal de modificar íntegrament el règim local bàsic ha conduït a l'atzucac en que es troba hores

d'ara l'administració local catalana.

Tercera. Pel que fa a les competències de la Generalitat en relació amb la matèria local, certament han quedat molt minvades després de la sentència del Tribunal Constitucional 32/2010 sobre l'Estatut de Catalunya del 2006, però hi ha marge per emprendre -tot respectant allò corresponent a legislació estatal bàsica- una llei de governs locals pròpia en el context de la qual es regulin els serveis públics locals i les diferents modalitats gestores vigents i les pedents d'incorporació.

En aqueix sentit, malgrat els anys transcorreguts, continuo considerant essencialment vigents les conclusions que tancaven la ponència²⁴³ que vaig aportar al II Congrés de Municipis de Catalunya l'any 2001:

“Primera.- Promoure les formules associatives del món local que respectant la pervivència dels actuals ajuntaments possibilitin la gestió conjunta de serveis públics locals i desestimar en aquest punt el plantejament limitatiu i sesgat de l'informe de la comissió d'expert sobre organització territorial de Catalunya, que no ha tingut en compte aquestes possibilitats i ha apostat per una política dirigista d'agregació forçosa de petits municipis.

Segona.- Vetllar per a que en la propera llei d'urbanisme de Catalunya és contemplin i es promoguin instruments de plantejament urbanístic conjunt de diversos ens locals com element potenciador de la millor de la prestació dels serveis locals.

Tercera.- Introduir un estatut específic dels serveis públics locals dins del règim català de l'administració local, amb tractament singular de l'empresa pública local, desestimant les tendències restrictives en aquest àmbit del projecte de llei d'estabilitat pressupostària per considerar-lo restrictiu amb l'autonomia local.”

²⁴³ RENYER ALIMBAU, Jaume, “Noves perspectives per a la prestació dels serveis públics locals a Catalunya”, publicada al meu llibre “Quatre anys al Consell Consultiu. Vots particulars i altres textos 2000-2004”, CEDECS, Barcelona, 2004, pàgines 69-83.

El Departament de Governació i Administracions Públiques de la Generalitat durant l'etapa de govern del president Artur Mas (2010-2012) va crear una comissió d'experts destinada a redactar una llei de governs locals i una altra d'hisendes locals, que no ha donat com a resultat cap text articulat. També en mateix període no s'han aprofitat les potencialitats que comporta la transposició de la Directiva 2006/123/CE. Cal recordar, respecte d'aquesta qüestió, que d'acord amb l'art. 113 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, correspon a la Generalitat el desplegament, l'aplicació i l'execució de la normativa de la Unió Europea quan afecti l'àmbit de les seves competències, en els termes que estableix el títol cinquè del mateix Estatut.

En resum, les necessàries reformes que cal escometre per adequar les competències dels governs locals i les seves formes prestacionals als canvis a tots nivells que imposa la recessió econòmica global només es podran engegar si es dona un gir estratègic radical que només pot emmarcar-se en les transformacions d'àmbit polític i institucional que Catalunya té pendents com a nació.

Quarta.- Els mateixos governs locals de Catalunya, sobretot, els de les ciutats grans i mitjanes, l'Ajuntament de Barcelona i l'àrea metropolitana de Barcelona estan adoptant decisions per tal de capgirar la tendència expansiva a la creació d'ens instrumentals, societats mercantils singularment que havien estat predominant fins fa pocs anys. La recessió econòmica li obliga, però també el balanç negatiu que presenten en uns quants anys de perspectiva, experiències societaries que havien estat presentades com exitoses, cas d'INNOVA a l'Ajuntament de Reus (una societat holding que havia arribat a gestionar els pressupostos consolidats ens municipals els darrers anys). Aquest canvi d'actitud dels governs locals va acompanyat de la revalorització de les capacitats humanes i materials pròpies de l'Administració no personificada, amb l'aprofitament de les capacitats dels funcionaris a l'Administració estatal també com a personal directiu local. Un canvi en la cultura organitzativa de les

Administracions locals catalanes que pot fer-les més competives, més reduïdes, amb capacitat de planificació estratègica i col·laboració amb el sector empresarial privat sense necessitat d'haver de recórrer necessàriament a les formes instrumentals del dret privat i innovant les potencialitats que ofereix el dret administratiu en fase d'adaptació a les corrents modernitzadores que arriben d'Europa.

BIBLIOGRAFIA

ARANA GARCÍA, Estanislao, "LAS SOCIEDADES MUNICIPALES DE GESTIÓN URBANÍSTICA", Marcial Pons, Madrid, 1997.

AUBY, Jean-François, "LES SERVICES PUBLICS LOCAUX", Berger-Levrault, París, 1997.

ÁVILA URIBE, José Luis, "LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN EXCLUIDOS DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS", Civitas, Madrid, 2002.

BALLBÉ, Manuel, PADRÓS, Carlos, "ESTADO COMPETITIVO Y ARMONIZACIÓN EUROPEA", Ariel, Barcelona, 1997.

BLANC, Christian, (president) "POUR UN ÉTAT STRATÉGE, GARANT DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL", Comission "État, administration et services publics d el'an 2000", La Documentation Française, París, 1993.

BOIXAREU, Àngel, CARPI, Josep Maria, "EL TRATADO DE AMSTERDAM: GÉNESIS Y ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE SU CONTENIDO", Patronat Català pro Europa, Barcelona, 2000.

CARBAJO, Joël, "Droit des services publics", Dalloz, París, 1997.

DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás, (director), "El mercado interior de servicios en la Unión Europea", Marcial Pons, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier, "LA INTERVENCIÓN DEL MUNICIPIO EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. LOS TÍTULOS QUE LA LEGITIMAN", Civitas, Madrid, 1995.

FERRY, Jean Marc, "LA QUESTION DE L'ÉTAT EUROPÉEN", Gallimard, París, 2000.

FITOUSSI, Jean Paul, (director) "RAPPORT SUR L'ÉTAT DE L'UNION EUROPÉENNE 2000", Fayard, París, 2000.

FUENTES GASÓ, Josep ramon, GIGREU FONT, Judith, RENYER ALIMBAU, Jaume, SABATÉ VIDAL, Josep Maria, "INTRODUCCIÓ AL DRET LOCAL I URBANÍSTIC DE CATALUNYA", Tirant lo Blanch, València, 2001.

GAUTRON, Jean-Claude, "DROIT EUROPÉEN", Dalloz, París, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, TIZZANO, Antonio, ALONSO GARCÍA, Ricardo, "CÓDIGO DE LA UNIÓN EUROPEA", Civitas, Madrid, 1996.

GIFREU FONT, Judith, "INTRODUCCIÓ AL DRET LOCAL DE CATALUNYA", Cedecs, Barcelona, 2002.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, "¿Del servicio público a los mercados de interés general?", Cuadernos de Derecho Público, número 12, 2001.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, "Los mercados de interés general", Editorial Comares, Granada, 2001.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, "Derecho Administrativo privado", Editorial Montecorvo, Madrid, 1996.

HALPÉRIN, Jean-Louis, "HISTOIRE DES DROITS EN EUROPE", Flammarion, París, 2004.

"Informe del grupo de reflexión. Otras referencias documentales". Bruselas, diciembre 1995. Coinferencia Intergovernmental, 1996.

"INFORME PI I SUNYER SOBRE GOBIERNO LOCAL EN LAS DEMOCRACIAS AVANZADAS", Fundació Carles Pi i Sunyer, barcelona, 1996.

IZQUIERDO BARRIUSO, Miriam, "LA UE ANTE LAS ENTIDADES LOCALES Y TERRITORIALES: POLÍTICAS, PROGRAMAS Y SUBVENCIONES", El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2001.

"JORNADES SOBRE EL MODEL D'ORGANITZACIÓ TERRITORIAL DE CATALUNYA" Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2002.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL", Thompson, Madrid, 2009.

"LE TRAITÉ D'AMSTERDAM", Revue Trimestrelle de Droit Européen, número extraordinaire, Dalloz, París, 1997.

"L'ESTATUT I ELS GOVERNS LOCALS EN EL MODEL TERRITORIAL DE CATALUNYA", Parlament de Catalunya, Barcelona, 2010.

"LIBRO VERDE SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA", COM (2004).

"LIBRO VERDE. LOS GOBIERNOS LOCALES INTERMEDIOS EN ESPAÑA", Fundación Democràcia y Gobierno Local, Madrid, 2011.

LINOTTE, Didier, ROMI, Raphaël, MESTRE, Achille, "Services publics et droit économique", Librairie de la Cour de Cassation, París, 1995.

MARTÍNEZ-ALONSO, José Luis i YSA, Tamiko, "Les personificacions instrumentals locals a Catalunya", Escola d'Administració Pública, Barcelona, 2001.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. "Nuevo sistema conceptual", dins l'obra "Privatización y liberalización de servicios", coordinada per Gaspar Ariño Ortiz, Editorial del Boletín Oficial del Estado/Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999.

METROPOLITANA", Cossetània, Valls, 1999.

MINGUEZ MACHO, Luis, "Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios", CEDECS, Rubí, 1999, pàgina 106.

MIR BAGÓ, Josep, "LA REFORMA DEL RÈGIM LOCAL A CATALUNYA", Escola d'Administració Pública, Barcelona, 1991.

MONTOYA MARTIN, Encarnación, "Las entidades públicas empresariales en el ámbito local", IUSTEL, Madrid, 2006.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "LA UE Y LAS MUTACIONES DEL ESTADO", Alianza Universidad, Madrid, 1993.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Municipal", Civitas, Madrid, 2003.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, (directora), "La termita Bolestein. Mercado único versus derechos ciudadanos", Civitas, Madrid, 2012.

OLIS DE LIMA, Blanca, "La Nueva Gestión Pública", Prentice Hall, Madrid, 2001.

"O TRATADO DA CONSTITUCIÓN EUROPEA. VISIONS DESDE GALIZA", Baía Edicións, A Coruña, 2005.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "DEECHO BÁSICO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL", Areil, barcelona, 1998.

PARTICULARS I ALTRES TEXTOS 2000-2004", Cedecs, Barcelona, 2004.

PHILIP, Christian, "LA CONSTITUTION EUROPÉENNE", PUF, París, 2004.

PRIETO GONZÁLEZ, Lus Fernando, "LAS EMPRESAS MIXTAS LOCALES", Montecorvo, Madrid, 1996.

RENYER ALIMBAU, Jaume, "CAMP DE TARRAGONA, REALITAT METROPOLITANA", Cossetània, Valls, 1999.

RENYER ALIMBAU, Jaume, "QUATRE ANYS AL CONSELL CONSULTIU. VOTS PARTICULARS I ALTRES TEXTOS", 2000-2004, Cedecs, Barcelona, 2004.

RENYER ALIMBAU, Jaume, FONT MONCLÚS, Joan Anton i SABATÉ VIDAL, Josep Maria, "La Directiva de serveis i els ens locals de Catalunya. Criteris per a l'adaptació d'ela normativa local a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior", Universitat Autònoma de Barcelona i Associació Catalana de Municipis i Comarques, Barcelona, 2010.

RENYER, Jaume, FUENTES, Josep Ramon, SOTO, Juan Ignacio i FORCADELL, Xavier, "Estudis per a una Llei de Governos Locals de Catalunya, 2007-2011", Editorial Tirant Lo Blanc, València, 2011.

SANTAMARÍA, Juan Alfonso, "Fundamentos de Derecho Administrativo", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

SERRANO CHAMORRO, Maria Eugenia, "LAS FUNDACIONES: DOTACIÓN Y PATRIMONIO", Civitas, Madrid, 2000.

STOFFAËS, Christian, director de l'obra col.lectiva "L'Europe a l'épreuve de l'intérêt général", elaborada per l'ISUPE i publicada per Éditions ASPE Europe, Paris, gener del 1995.

VICIANO PASTOR, J. Libre competencia e intervención pública en la economía.
Valencia : Tirant lo Blanch, 1995.