

# **El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local <sup>1</sup>**

**Estanislao Arana García**  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ESENCIALES DE CARÁCTER LOCAL. III. LA NECESIDAD DE UN EXPEDIENTE ACREDITATIVO DE LA OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA DE LA INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL. EL CASO DE LAS SOCIEDADES MUNICIPALES DE GESTIÓN URBANÍSTICA. IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA DE LA INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Las actividades económicas que pueden llevar a cabo los entes locales son de dos tipos. En primer lugar aquellas actividades que aun teniendo este contenido económico constituyen servicios públicos en sentido estricto o restringido. Me refiero al caso de actividades cuya titularidad se reserva al poder público y que en el caso de la Administración local se enuncian, fundamentalmente, en el artículo 86.3 de la LBRL.

En segundo término existen otras actividades económicas que, amparadas en el artículo 128.2 inciso primero de la Constitución de 1978, suponen lo que tradicionalmente se ha venido en llamar una «dación de bienes al mercado». En este segundo caso, la actividad económica de la Administración pública recae sobre actividades que no están reservadas al poder público, dándose, por tanto, una concurrencia de iniciativas pública y privada.

Actividades económicas las dos pero con un significado y un régimen jurídico diferente en uno y otro caso. Consciente de esta diversa naturaleza, tradicionalmente, la legislación de Régimen Local ha establecido vías procedimentales distintas para el desarrollo de dichas formas de actividad administrativa.

En el caso de la prestación de auténticos servicios públicos, el procedimiento administrativo para llevarlo a cabo es el propio del contrato de gestión

---

<sup>1</sup> Este modesto trabajo pretende rendir homenaje a D. Sebastián Martín-Retortillo sobre un tema de Derecho administrativo económico, ámbito en el que, como en tantos otros, fue pionero en nuestro país.

de servicios públicos que habilita su prestación bien de forma directa o indirecta. En el supuesto de la iniciativa económica local, la Ley de Bases de Régimen Local en su artículo 86.1 exige la tramitación de un procedimiento administrativo específico que acredite la conveniencia y oportunidad de la medida. La tramitación de este expediente administrativo concreto se contiene, fundamentalmente, en el artículo 97 del Texto Refundido de Régimen Local.

Parece lógica esta solución, la reserva mediante ley de determinados servicios públicos a la Administración Local no deja margen de apreciación alguno ya que se trata del ejercicio de una potestad reglada, la Administración Pública Local deberá prestar en todo caso dicha actividad. Sin embargo, el ejercicio de una potestad discrecional como es la de la iniciativa pública económica, justifica la exigencia de unas normas procedimentales mínimas en las que se motive la decisión administrativa de participar en economía junto con la iniciativa privada. Y ello no porque se considere o no vigente el principio de subsidiariedad en la economía por parte del poder público, sino, simplemente, porque se trata del ejercicio de una potestad discrecional. La Administración Pública Local decidirá conforme a un criterio de oportunidad cuándo y cómo resulta conveniente su participación en economía en concurrencia con la iniciativa privada.

A pesar de que, desde mi punto de vista, esta diferenciación resulta clara y evidente desde la simple lectura de la legislación local, existen varios y recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo que creo que confunden estos dos supuestos. Así, en el caso del ejercicio de un servicio esencial como es la recogida de residuos, se exige el expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia de dicha prestación, mientras que en un supuesto claro de libre iniciativa económica como es el de las sociedades municipales de gestión urbanística, dicho procedimiento específico no se requiere.

## **II. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ESENCIALES DE CARÁCTER LOCAL**

El artículo 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local declara la reserva a las Entidades locales de una serie de actividades o servicios de carácter esencial: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Del listado original del artículo 86.3 se han caído los servicios mortuorios (Real Decreto Ley 7/1996) así como el suministro de gas (Disposición derogatoria de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos).

La forma de prestación de estos servicios esenciales entra dentro de la potestad de autoorganización de la Administración local correspondiente, no obstante, este apartado tercero establece dos requisitos para la efectiva ejecución de estas actividades. En primer lugar, en cualquier caso, se establece que la competencia para determinar la concreta forma de gestión del servicio corresponde al Pleno de la Corporación. En segundo término, en el caso de prestación de estas actividades en régimen de monopolio, supuesto que será el más habitual, además de la aprobación del Pleno de la Corporación se exige la del órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Por tanto, fundamentalmente, la intervención del Pleno de la Corporación tiene como finalidad la de la determinación de la forma de prestación de la correspondiente actividad o servicio, no la de considerar la oportunidad y conveniencia de dicha prestación. A pesar de la claridad de la legislación local, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (Ar 1590) señala que el hecho de que se trate de servicios esenciales no altera sustancialmente los requisitos establecidos, fundamentalmente en el artículo 97 del Texto Refundido, para el ejercicio de la iniciativa económica local. Sorprendentemente, para el Tribunal Supremo, *«estos requisitos derivan sustancialmente del carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público a que dedique su actividad»*.

El caso concreto del que trae causa la Sentencia comentada era el de la creación de una sociedad anónima por parte del Ayuntamiento de Marbella para la prestación del servicio esencial de recogida de residuos. Para los concejales impugnantes del acuerdo de constitución de dicha sociedad, el objeto social de la misma iba mucho más allá de la prestación del servicio esencial de recogida de residuos. Así, se hacía alusión a otras actividades que no cabe incluirlas dentro del servicio público citado sino que pertenecen, más bien, al ámbito de la iniciativa privada. Por tanto, para la parte demandante, el acto era nulo de pleno derecho ya que se había dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido ya que no se siguió el previsto en el artículo 86.1 de la Ley de Bases de Régimen Local y en el 96 y 97 del Texto Refundido.

Pues bien, el Tribunal Supremo no acoge esta interpretación sino que extiende sin más los requisitos procedimentales para la iniciativa económica local a la prestación de servicios esenciales, llegando a afirmar que en todos estos casos *«nos hallamos ante una aplicación del principio com-*

*prendido en el artículo 128.2, inciso primero de la Constitución», «Se advierte en consecuencia, que la necesidad de previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida encaminada al ejercicio de la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, en este caso, consistentes en la prestación de un servicio público esencial, es común a todos los casos de creación de empresas mercantiles para la gestión de servicios públicos».*

La Sala de lo Contencioso-administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía había hecho una interpretación correcta de la normativa local en materia de ejercicio de actividades económicas y de prestación de servicios públicos. Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo casa este previo pronunciamiento afirmando que *«tampoco puede aceptarse el razonamiento, implícito en la sentencia, conforme al cual la creación de empresas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales estaría exenta de la necesidad de un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida».*

Para el Tribunal Supremo el fundamento de tal afirmación es que la intervención pública en materia económica, sin distinguir entre actividades de entrega de bienes al mercado y la prestación de estrictos servicios públicos, tiene carácter excepcional desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de mercado.

Se pretenden solucionar los problemas, aún sin resolver en muchos casos, que la utilización del Derecho privado por parte de la Administración supone, con la exigencia de procedimientos y requisitos que el legislador expresamente ha querido evitar. Nos parece, por tanto, una decisión absolutamente equivocada y que caso de consolidarse esta doctrina, el Tribunal Supremo estaría sustituyendo al legislador estableciendo unos requisitos procedimentales que la legislación de régimen local vigente no exige.

### **III. LA NECESIDAD DE UN EXPEDIENTE ACREDITATIVO DE LA OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA DE LA INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL. EL CASO DE LAS SOCIEDADES MUNICIPALES DE GESTIÓN URBANÍSTICA**

El artículo 86.1 de la Ley de Bases de Régimen Local habilita a las Entidades locales a ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución de

1978<sup>3</sup>. Sin embargo, dicha legitimidad queda condicionada al cumplimiento de un expediente administrativo que acredite la oportunidad y conveniencia de la medida. Este expediente acreditativo se regula con más detalle en el artículo 97 del Texto Refundido de Régimen Local, que exige, resumiendo, acuerdo inicial de la Corporación que designe una Comisión de estudio; la redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate y en la que se determinará la forma de prestación; exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación y aprobación definitiva del proyecto por el Pleno de la Entidad Local.

El expediente administrativo a que se refiere el artículo 97 del Texto Refundido, desarrolla en el ámbito local la necesidad de motivación que el artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común exige para el ejercicio de cualquier potestad discrecional como, por ejemplo, la de iniciativa pública económica.

Este procedimiento administrativo específico será necesario, por tanto, para el ejercicio de todas aquellas actividades que se presten en concurrencia con la iniciativa privada, es decir, en libre concurrencia. Dichas actividades serán, principalmente, aquellas que no estén reservadas legalmente al Poder Público. A diferencia de los principios jurídicos y económicos vigentes con anterioridad a la Constitución de 1978, una Administración Local puede crear una sociedad mercantil para la prestación de una actividad que también la desarrolle la iniciativa privada. Ahora bien, esta decisión tendrá que ser motivada, motivación que se cumple con el expediente regulado en el artículo 97 del Texto Refundido<sup>4</sup>.

Al igual que en el caso anterior, nos encontramos con jurisprudencia del Tribunal Supremo que no aplica correctamente esta clara doctrina, eximiendo del cumplimiento de estos requisitos procedimentales a empresas municipales que concurren con la iniciativa privada en el ejercicio de acti-

---

<sup>3</sup> El artículo 96 del Texto Refundido de Régimen Local reitera dicha habilitación para el ejercicio de actividades económicas en concurrencia con la iniciativa privada siempre que se trate de una actividad de utilidad pública y que se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.

<sup>4</sup> Éstos son los requisitos que se exigen antes del funcionamiento de dicha sociedad, lógicamente, con posterioridad se exigirá el cumplimiento de otros requisitos al igual que a la iniciativa privada. Fundamentalmente será el respeto al principio de libre competencia el que durante su funcionamiento deba respetarse.

vidades económicas. Fundamentalmente, esta errónea interpretación ha tenido lugar en el caso de las sociedades municipales de gestión urbanística.

Este tipo de sociedades llevan a cabo una actividad de dación de bienes al mercado producida, por tanto, en concurrencia con la iniciativa privada<sup>5</sup>. En este caso, la entrega de bienes tiene lugar en el mercado inmobiliario, concretamente en el ámbito de la gestión urbanística.

Conforme a esta naturaleza, por tanto, serían extensibles a las sociedades municipales de gestión urbanística los principios y requisitos ya comentados y exigibles a toda iniciativa económica local. Existen, sin embargo, dos normas anteriores a la legislación básica de régimen local que regulan específicamente las sociedades públicas de gestión urbanística y que parecen eximir de los mencionados requisitos a este tipo de entes. Me refiero al Real Decreto 1169/1978 y al Real Decreto-ley de 15 de marzo de 1980, que no exigen para la constitución de estas sociedades el cumplimiento de los trámites que, para el ejercicio en general de actividades económicas, establece el actual artículo 97 del Texto Refundido de Régimen Local.

En base a estas dos normas, sobre todo a la del Real Decreto Ley de 1980, se ha extendido una jurisprudencia, desde mi punto de vista equivocada, según la cual estas normas jugarían como una especie de Derecho especial sobre la legislación local siendo perfectamente válida la creación de sociedades mercantiles en el ámbito urbanístico sin cumplir para su creación con el expediente o memoria justificativa del artículo 97 del Texto Refundido de Régimen Local.

La primera Sentencia del Tribunal Supremo que inicia esta errónea doctrina es la de 30 de enero de 1995 (Ar 3010) que confirma la vigencia de dichas normas y, consecuentemente, la no necesidad de cumplimiento del expediente administrativo a que se refiere el artículo 97 del TRRL. Desde mi punto de vista, se trata de una decisión judicial equivocada. En primer lugar, porque habría que entender la derogación tácita de estas dos normas por la legislación general posterior, en especial la de régimen local que establece un procedimiento específico para este tipo de supuestos. Además, en segundo lugar, resulta criticable la Sentencia porque se basa en que el objeto de la sociedad en litigio era simplemente la creación y desarrollo de un polígono industrial. Esta simple circunstancia parece

---

<sup>5</sup> A ésta y otras cuestiones de este tipo de sociedades me refiero en mi libro *Sociedades Municipales de Gestión Urbanística*, Marcial Pons, 1997.

ser causa suficiente según el Tribunal para eximir el cumplimiento de un requisito legalmente exigible y de tanta importancia como es el de la obligación que tienen todos los poderes públicos de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que motivan su actividad, sobre todo, cuando ésta es producto de una potestad discrecional como es la de iniciativa pública económica.

Además, aun en la línea argumentativa de la sentencia, es difícilmente imaginable que una entidad local se decida a la constitución de una sociedad mercantil, con los gastos que en todo caso ello conlleva, la gestión de un único polígono industrial. Además, si así fuera, no se habría dado un correcto uso al artículo 31.2 de la CE que exige, además de una asignación equitativa de los recursos públicos, el cumplimiento de criterios de eficiencia y economía en el gasto público. En definitiva, el cumplimiento del expediente regulado en el artículo 97 del TRRL donde, preferentemente, se demostrará o, al menos se intentará, la conformidad con el interés general o la utilidad pública de la iniciativa económica local en el ámbito del urbanismo y de la vivienda es perfectamente aplicable a las sociedades municipales de gestión urbanística.

Ésta es la Sentencia que más clara y directamente se enfrenta con el problema que comentamos. Existe otra jurisprudencia también referida expresamente al caso de las sociedades municipales de gestión urbanística y que, sin embargo, alude indirectamente al problema del procedimiento de creación de este tipo de sujetos, me refiero, fundamentalmente, a la Sentencia de 17 de junio de 1998 (Ar 4770). El objeto principal de este conflicto tiene que ver con la ambigüedad o indeterminación del objeto social de una sociedad de gestión urbanística, es decir, sobre la posibilidad de controlar judicialmente la apreciación de la oportunidad y conveniencia en la creación de una sociedad. A este problema nos referiremos en el epígrafe posterior. Sobre el concreto aspecto de la creación de la sociedad, el Tribunal Supremo señala que no es posible entender que la creación y funcionamiento de una sociedad pública de gestión urbanística haya de justificar a priori la inexistencia de una actividad privada suficiente en el campo de la gestión y promoción de viviendas <sup>6</sup>.

Evidentemente tampoco seríamos partidarios de una posición como esta. Sin embargo, una cosa es tener que acreditar la inexistencia de iniciativa privada en un determinado ámbito para justificar la presencia de la

---

<sup>6</sup> Este criterio se mantiene casi idénticamente en la Sentencia de 2 de octubre de 2000 (Ar 8853) que versa sobre la creación de una sociedad urbanística en Valencia, en este caso, por parte de la Comunidad Autónoma.

iniciativa pública (interpretación estricta del principio de subsidiariedad) y otra muy distinta es la necesidad de motivar en un caso concreto por qué, en ejercicio de una potestad discrecional, un ente local decide crear una sociedad mercantil para intervenir en el ámbito de la gestión urbanística que es lo que en definitiva pide el artículo 97 del TRRL.

En definitiva, la exigencia de esta justificación no supone reeditar el viejo principio de subsidiariedad sino, simplemente, de cumplir con el mandato general e ineludible para cualquier Administración Pública de motivar cualquier ejercicio de potestades discrecionales, entre las que se incluye la de actuar en economía, establecida en el artículo 54.1 f) de la LPC. Precepto éste último que junto con el artículo 97 del Texto Refundido de Régimen Local desplazan, desde mi punto de vista, a la comentada normativa específica referida a las sociedades públicas de gestión urbanística<sup>7</sup>.

#### **IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA DE LA INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL**

Problema diferente al de la exigencia o no del expediente administrativo acreditativo de la necesidad y conveniencia de la iniciativa económica local es el del posible control jurisdiccional sobre su apreciación por parte de la Administración Pública.

Conforme a la distribución constitucional de Poderes, la apreciación del interés público corresponde al Poder Ejecutivo. El Poder Judicial se limitará al cumplimiento con los requisitos de motivación que para este concreto procedimiento la legislación aplicable establece. En otros términos, la apreciación de la oportunidad y conveniencia de la creación de una sociedad municipal que participa en la economía como un agente económico más, corresponde a la propia Corporación Local. El Poder Judicial no podrá entrar a enjuiciar esta decisión, de otra forma, se estaría inmiscuyendo en el núcleo del ejercicio de una potestad discrecional que corresponde en exclusiva al Poder Ejecutivo.

---

<sup>7</sup> Para F. CASTILLO BLANCO, en «La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las sociedades urbanísticas locales», en *RDUYMA* n.º 169 (1999), no es ésta la solución correcta pues el conflicto se debe resolver con el criterio de la preeminencia de la norma especial sobre la general. Desde mi punto de vista, la especialidad de las normas que regulan las sociedades urbanísticas puede referirse en todo caso al ámbito estrictamente urbanístico, en lo que a la forma de ejercer una potestad administrativa discrecional se refiere, no considero que unas normas tan concretas tengan la capacidad de desplazar normas con rango de ley como el art. 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o el art. 97 del Texto Refundido de Régimen Local y, si se me apura, el propio artículo 103 de la Constitución Española de 1978.



En este caso sí entiendo que la jurisprudencia más reciente, sobre todo la del Tribunal Supremo, está haciendo una interpretación conforme con el Ordenamiento Jurídico. La primera Sentencia digna de comentar es la que resuelve el caso conocido como *Iniciatives* el 10 de octubre de 1989 (Ar 7352)<sup>8</sup>. En este asunto, se impugnaba la creación de una sociedad pública por cuanto que su objeto social era tan ambiguo y amplio que no permitía acreditar la oportunidad y conveniencia de la creación de la misma tal y como exige el artículo 96 del Texto Refundido.

Aunque con ciertas dudas, considero ésta una decisión acertada. Así, a pesar de que pudiera parecer que el Tribunal se inmiscuye en el núcleo de una decisión política, la absoluta ambigüedad del objeto social equivalía en la práctica a un incumplimiento del procedimiento administrativo exigido por la legislación local para la creación de este tipo de sociedades<sup>9</sup>. Por tanto, puede entenderse que el Tribunal no entra a juzgar si era o no oportuna la creación de la sociedades *Iniciatives* sino, simplemente, que no se había cumplido con el procedimiento legalmente establecido.

El segundo caso digno de mención es el resuelto mediante la Sentencia de 28 de febrero de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que declaró no ajustada a Derecho la modificación efectuada en los Estatutos de la Sociedad Municipal de Actuaciones Urbanas, operada mediante acuerdo de 9 de diciembre de 1988, consistente en la introducción de la expresión «edificación y rehabilitación urbana» como finalidad integrante del objeto social<sup>10</sup>. A diferencia del caso anterior, en éste el Tribunal Superior de Justicia de Valencia fue más allá de sus competencias. La ampliación del objeto social de la empresa municipal no perseguía dejar un objeto social ambiguo por excesivamente amplio y que no permitiese un mínimo control «social» sobre la oportunidad y conveniencia de dicha sociedad. Por el contrario, la ampliación perseguida del objeto social era clara y concreta, extender el ámbito de actuación de la sociedad pública al ámbito de la edificación y rehabilitación urbana. Se trata,

<sup>8</sup> Sobre esta Sentencia puede verse F. SOSA WAGNER, «Comentarios a la desafortunada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989», en *Poder judicial* n.º 19.

<sup>9</sup> Un supuesto muy parecido al caso *Iniciatives* es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de abril de 1997, impide la creación de una sociedad municipal teniendo en cuenta que el objeto social que se pensaba atribuirle era tan vago e impreciso que su redacción no permitía analizar las repercusiones que ello pudiera suponer para el presupuesto municipal, ni siquiera de forma aproximativa, ni la rentabilidad prevista ni el balance costes-beneficios (tal y como exige ahora el art. 146 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña).

<sup>10</sup> Ya realicé un comentario a esta Sentencia en *Poder Judicial* n.º 38 (1995) «Un tema recurrente: el control de la iniciativa pública local en la actividad económica».

desde mi punto de vista, de un ejercicio legítimo de la iniciativa económica local que resulta más que legitimada y justificada por la situación de carestía y escasez de la vivienda en nuestro país. Aunque comparta con el Tribunal que la posición que en el mercado de la gestión urbanística ocupan este tipo de sociedades no era de igualdad con la iniciativa privada, no creo que la vía más adecuada para ajustar a derecho tal situación sea la de impedir que una sociedad pública pudiera ejercer dicha actividad. No es aquí donde se debe establecer el control sobre este tipo de entes, muy por el contrario, tendrán que ser el Derecho de la competencia con sus variadas y complejas instituciones el que establezca el necesario equilibrio en una situación de conflicto entre iniciativa pública y privada en el ámbito de la gestión urbanística.

Aunque por otros motivos pueda ser discutible, en lo que a la cuestión del control de la iniciativa pública económica se refiere, me parece acertada la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1998 (Ar. 4770) que casa la recién comentada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. El Tribunal Supremo confirma la tesis según la cual es el Derecho de la competencia la vía de control más adecuada para supuestos como éstos en los que las sociedades públicas de gestión urbanística cuentan con una serie de «especialidades posicionales» de las que, evidentemente, no goza la iniciativa privada, al menos desde un punto de vista formal. Cuestión diferente es que el Derecho nacional de la competencia no resulte todo lo eficaz que debería, ahora bien, esta razón no es suficiente para permitir que los Tribunales entren a juzgar la oportunidad «política» de la decisión de una Administración pública de participar en economía en libre competencia con la iniciativa privada.