

LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA LOCAL. ANÁLISIS DE UN CASO CONCRETO.

Joaquín Tornos Mas. Catedrático de derecho administrativo. Profesor honorífico de la UB.

I.- INTRODUCCIÓN. ACTIVIDAD PRESTACIONAL PÚBLICA Y LIBERTAD DE EMPRESA. II.- LA INICIAITVA PÚBLICA ECONÓMICA. III.- LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA EN EL RÉGIMEN LOCAL. A). La iniciativa pública económica en la normativa local. B). El artículo 86,1 de la LBRL según la jurisprudencia constitucional. C). La iniciativa pública económica local tras la LRSAL. IV.- ESTUDIO DE UN CASO CONCRETO. EL FRUSTRADO INTENTO DE EJERCER LA INICIATIVA ECONÓMICA MUNICIPAL PARA REALIZAR, EN CONDICIONES DE MERCADO, DETERMINADAS PRESTACIONES EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS DE ODONTOLOGÍA. A). Antecedentes. B) La Providencia de inadmisión del recurso de casación. C). Análisis crítico de la Providencia de inadmisión.

I.- INTRODUCCIÓN. ACTIVIDAD PRESTACIONAL PÚBLICA Y LIBERTAD DE EMPRESA.

La intervención de las administraciones públicas en la actividad económica ha estado presente a lo largo de la historia. En términos generales esta intervención se puede manifestar con formas y finalidades diversas. La administración puede regular la iniciativa económica privada condicionando el acceso a determinadas actividades o estableciendo condiciones a la forma de su ejercicio. Pero las administraciones también están presentes como sujetos activos que compran bienes o servicios o que prestan bienes

y servicios. Cuando las administraciones prestan bienes o servicios se produce una incidencia directa respecto a la prestación de estos mismos bienes o servicios por el sector privado, y surge el debate sobre las posibilidades y límites de esta presencia que afecta al derecho de libertad de empresa y de libre iniciativa económica privada.

La prestación de servicios puede llevarse a cabo en sectores que previamente se han excluido del mercado al declararlos servicio público por la vinculación de la prestación con el interés general. La finalidad propia de estos servicios, el ser prestaciones esenciales para la vida en colectividad, requiere que el poder público deba garantizar que se presten en condiciones de asequibilidad, continuidad y calidad, y ello justifica la exclusión de su prestación del régimen de libre mercado. Las administraciones pueden llevar a cabo estas prestaciones en monopolio o en concurrencia. En el caso de servicios públicos que se presten en concurrencia, por ejemplo, servicios sanitarios o educativos, el empresario tendrá en principio derecho a acceder a la prestación, pero este acceso puede condicionarse si se establece una contingentación de autorizaciones. La forma de prestación se sujetara a condiciones más o menos intensas, pero lo relevante desde el punto de vista de la competencia es que en todo caso el privado se encontrará con una administración o un concesionario que actúa en el mismo sector de actividad con un régimen privilegiado que no respeta las reglas de la concurrencia. Así, por ejemplo, la escuela privada respecto de la escuela pública o la concertada.

Por otro lado, el servicio público se puede llevar a cabo de forma directa o indirecta. En este segundo caso ciertamente existirá concurrencia por el mercado (las empresas del sector privado pueden concurrir a la licitación), pero no existe concurrencia en el mercado, ya que la actividad económica sólo se puede prestar con título habilitante que otorgue la administración y de acuerdo con las condiciones que se impongan en dicho título.

Pero la producción de bienes o prestación de servicios por parte de la administración también puede llevarse a cabo en ejercicio de la iniciativa económica pública. En este caso la concurrencia se lleva a cabo en un sector de la actividad económica que está regulado por el mercado, en el que los particulares están amparados por el principio de libertad de empresa, y en el que la administración no puede actuar con un régimen exorbitante amparada por la declaración de esta actividad como servicio público..

II.- LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA.

El concepto de iniciativa pública económica no ha sido siempre pacífico. La distinción entre la actividad administrativa en régimen de servicio público, y la iniciativa pública económica, no ha estado siempre clara. Así¹, en el Estatuto Municipal de 1924, la Ley Municipal catalana de 1934, la Ley Municipal republicana de 1935, el Texto Articulado y Refundido de la Ley de Régimen Local de 1955 y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales también de 1955, la iniciativa pública económica local se identifica con los servicios susceptibles de municipalización con monopolio (abastecimiento de agua, electricidad, gas, recogida y aprovechamiento de basuras, mercados, servicios funerarios, autobuses y estaciones de autobuses, tranvías o ferrocarriles (metro) -hasta 40 km del límite del término municipal, según art. 170 de la Ley Municipal de 1924-; y sin monopolio, suministro de alimentos, hornos, crédito y ahorro, y espectáculos públicos (ALBI, 1960)².

La Constitución española de 1978 ha precisado el concepto de iniciativa pública económica en su artículo 128.2 CE, concepto que ya no se puede confundir con el de servicio público. Este precepto contiene tres disposiciones diferentes que son de interés:

- A) Reconoce la iniciativa pública en la actividad económica; es decir, se reconoce la facultad del sector público para ejercer la libertad de empresa del artículo 38 CE, en el marco de la economía de mercado.
- B) Establece que, mediante ley, se podrán reservar al sector público recursos esenciales. El artículo 132.2 de la propia Constitución declara dominio público estatal las costas, reiterando que la ley pueda declarar de dominio público otros bienes y recursos naturales. Luego, las respectivas leyes sectoriales han demanializado las aguas, la minas y otros recursos naturales.

¹ Seguimos en este punto el trabajo de PERDIGÓ SOLA, J. La obsolescencia de la reserva de servicios esenciales en la ley reguladora de las bases del régimen local, con la excepción de determinados servicios de abastecimiento de agua, En Observatorio del ciclo del Agua 2024, Atelier, Barcelona, 2025, 343-363-FGU

² ALBI, Fernando. Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 141-263.

- C) Establece que, también mediante ley, se podrán reservar al sector público servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio.

Además, el artículo 128.2 de la CE autoriza a la Administración a acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

El expreso reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, teniendo además en cuenta que el artículo 38 de la misma Constitución reconocía el derecho a la libertad de empresa, suscitó un amplio debate doctrinal y dio lugar a diversas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en las que se precisó el significado del artículo 128,2 de la Constitución. Este debate se situó dentro de un debate más general sobre el modelo económico en la Constitución³.

³ Sobre el modelo económico en la Constitución puede verse, ARAGÓN, M. Constitución económica y libertad de empresa, en Iglesias Prada coord.. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, vol. I, Civitas, Madrid 1996, pág. 164 y ss; BASSOLS COMA, M. Constitución y sistema económico, Tecnos, Madrid 1985; DE JUAN, O. La Constitución española. Iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978, CEPC, Madrid 1984; ESCRIBANO COLLADO, P. El orden económico en la Constitución española de 1978, REDC nº 14, 1985, 77-109; GARRIDO FALLA, F. Coord. El modelo económico en la Constitución española, IEE, Madrid 1981; LÓPEZ GUERRA, L. El modelo económico en la Constitución, Revista de Estudios Económicos y Empresariales, 1983, 17-25; MARTÍN RETORTILLO, S. Derecho administrativo económico, I, La Ley, Madrid 1988, pág. 95 y ss; MUÑOZ MACHADO, S. Servicio público y mercado, I, Los fundamentos, Civitas, Madrid 1998, pág. 113 y ss. ROJO, A. Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española, Revista de Derecho Mercantil, 1963, nº 169-170. El Tribunal Constitucional en su sentencia 1/1982 de 28 de enero, una de sus primeras sentencias, afirmó que “En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese 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 art. 2 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 (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1). En la sentencia 11/1984 de 2 de febrero reiteró su doctrina en los términos siguientes:” Pero las competencias de cualesquiera Comunidades Autónomas en materia de emisión de deuda pública deben ser enmarcadas en los principios básicos del orden económico constitutivos o resultantes de la denominada «constitución económica», a que este Tribunal Constitucional se ha referido en su Sentencia 1/1982, de 28 de enero (conflictos positivos de competencia núms. 63 y 191/1981 acumulados), y especialmente por lo que se refiere al ámbito más concreto de la actividad financiera pública, en el que debe encuadrarse el caso contemplado en el presente proceso, deben ajustarse al principio de coordinación de las Haciendas de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal, formulado por el art. 156.1 de la C.E. De todo ello derivan ciertas limitaciones a las competencias económicas y financieras de las Comunidades Autónomas”.

El reconocimiento de la iniciativa pública económica planteó la necesidad de precisar el alcance de esta potente forma de intervención de las administraciones públicas en la actividad económica, teniendo en cuenta que el artículo 38 de la misma Constitución reconoce el derecho de libertad de empresa. Surge la duda acerca de si el derecho de libertad de empresa goza de primacía sobre la iniciativa pública económica y si comporta reducir la iniciativa pública en la economía a un papel subsidiario, de modo que sólo sea posible ejercer esta iniciativa en caso de insuficiencia de la actividad privada. Es decir, si se debe entender que subsiste tras la Constitución de 1978 el principio de subsidiariedad. La doctrina mayoritaria negó la preeminencia del principio de subsidiariedad⁴. Se afirma por esta doctrina que la Constitución española de 1978 supone un cambio en la visión que se tenía en España de la intervención pública económica, como supletoria de la privada. La misma doctrina añade que en la actualidad la iniciativa privada y la pública son reconocidas en la Constitución en artículos diferentes, sin ningún tipo de relación o vinculación jerárquica, imponiéndose el principio de compatibilidad o coexistencia. Una posición diversa, o mejor dicho, crítica con el artículo 128,2 de la Constitución, fue la sostenida desde un primer momento por ARIÑO,G⁵. Para este autor existe una contradicción entre el artículo 38 y el 128,2 de la Constitución, ya que a su entender no tiene sentido que se reconozca la iniciativa pública en la economía sin condicionamiento alguno.

El Tribunal Supremo vino a zanjar las posibles dudas sobre la subsistencia o no del principio de subsidiariedad en su sentencia de 10 de octubre de 1989, nº 5279 de 1989, en la que se afirmó que *“El art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa pública en la*

⁴ Así, MARTIN RETORTILLO,S. op.cit. pág 95, afirmó que el artículo 128,2 de la CE “proclama con claridad manifiesta y con carácter general la habilitación para que el sector público establezca empresas industriales y mercantiles de todo tipo; en concurrencia evidente con el sector privado. Habilitación que se formula expresamente”. En el mismo sentido FERNÁNDEZ FARRERES,G. Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica, en Estudios de derecho público en Homenaje a Sebastián Martín Retortillo, Civitas, Madrid 2003, 165-184; CHAPARRO MATAMOROS,P. La iniciativa económica pública en la Constitución Española, CCFLegal, CEF, junio, nº 149. Reconociendo la inexistencia del principio de subsidiariedad, GARCÍA GUIJARRO,P afirma que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una interpretación restrictiva de la iniciativa pública en su trabajo La interpretación jurisprudencial restrictiva de la iniciativa pública en la economía como mecanismo constitucional, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, nº 49,2024.

⁵ ARIÑO,G. La iniciativa pública en la Constitución .Delimitación del sector público y control de su expansión, RAP nº 88, 1979, 55-106 y Servicio público y libertades públicas (un interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución), vol.col. libro homenaje al profesor Garrido Falla, ed, Complutense, Madrid 1992, pág 1330 y ss.

actividad económica; precepto, este último, que en la esfera local ha sido desarrollado por el artículo 86.1 de su ya aludida Ley básica de 2 de abril de 1985 al establecer que las Entidades Locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución ; con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen 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 la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la influencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional. Y siendo esto así, no resulta acertada la tesis en la que insiste el apelante, de la supuesta ilegalidad de que el Ayuntamiento, con capital público, haya constituido una empresa privada para ejercer actividades económicas empresariales, y procede por tanto rechazarle este primer motivo de su impugnación de la Sentencia recurrida”.

La misma sentencia precisó que: *“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”.*

En sentido parecido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, nº 3995/2006. En este caso, al ejercer un municipio la actividad económica consistente en prestar servicios deportivos, una entidad privada del sector impugnó esta actividad alegando, de hecho, que debería aplicarse el principio de subsidiariedad, si bien fundaba su recurso en el principio de seguridad jurídica. El Tribunal dice en su sentencia, *“el sexto de los motivos se refiere a la unidad de mercado art. 19 de la Constitución y seguridad jurídica del art. 9.3 que la Sentencia a su juicio vulnera. Según el motivo al existir empresas privadas que prestaban en el municipio ese servicio el ayuntamiento debió abstenerse de prestar el servicio para garantizar el marco de seguridad jurídica, en este supuesto, económico”.* El Tribunal rechaza esta alegación, así como que se vulnere el derecho comunitario :” *el art. 86 del Tratado (antiguo art. 90), en su apartado*

segundo, señala que las empresas encargadas de prestar servicios de interés económico general, o que tengan el carácter de monopolio fiscal, se sujetarán a las reglas de la libre competencia, siempre y cuando con ello no se impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la finalidad de interés general que esas empresas tienen encomendada. Significa esto que el Derecho Comunitario permite perfectamente la existencia de iniciativa pública en la actividad económica, siempre y cuando con ello se respeten las reglas de la libre competencia". Esta posibilidad no excluye que deba acreditarse la conveniencia de la iniciativa pública⁶.

No obstante la claridad de doctrina y jurisprudencia sobre el ejercicio de la potestad de iniciativa económica, aún se encuentran manifestaciones de la resistencia a admitir esta actividad pública y el intento de recuperar el principio de subsidiariedad. Así, en el Informe de la ACCO "Recomendaciones para la regulación de la actividad de vehículo compartido desde una óptica de competencia" de octubre de 2021 se dijo que "en algunos supuestos, cabría la posibilidad de que algunas administraciones locales optaran por actuar, como operadores públicos, en el mercado de la movilidad compartida. Podemos encontrarnos en supuestos en los que allá donde no llega la oferta privada (por ser esta insuficiente o directamente inexistente, supuestos muy excepcionales seguramente), los respectivos ayuntamientos se planteen la opción de prestar este servicio o actividad económica".

Admitida la actividad económica pública compatible o coexistente con la privada, debe señalarse que el ejercicio de esta potestad está sujeta a una serie de límites formales y sustantivos, tal y como ha recordado la jurisprudencia. Como en el ejercicio de toda potestad pública, la resolución administrativa por la que se decide ejercer la iniciativa pública económica, debe adoptarse tras un procedimiento en el que se justifique el interés general que motiva la adopción del acuerdo. Por otro lado, dado que la presencia de la administración en un sector de actividad económica incide en el ejercicio de la libertad de empresa por parte del sector privado, deberá justificarse que la actividad pública se presta en igualdad de condiciones, de conformidad con el principio de neutralidad económica. Así lo estableció el Tribunal Supremo en la sentencia ya citada en la que afirmó que la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente

⁶ En todo caso la potestad atribuida a las administraciones deja en sus manos la discrecionalidad de optar o no por llevar a cabo esta actividad. Como dijo DE JUAN, O. op.cit. pág. 98, "el artículo 128,2 pertrecha a la iniciativa económica pública de unas alas muy potentes, pero no exige desplegarlas".

posible, pero está sujeta en todo caso a tener que respetar que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate, la empresa pública se somete sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado⁷.

El principio de neutralidad económica actúa como un principio de obligado respeto para la administración que decida llevar a cabo una determinada iniciativa económica pública⁸. Por tanto, en este caso la administración pública local debe ser especialmente cuidadosa con el mantenimiento de la neutralidad competitiva, ya que como hemos dicho debe actuar en régimen de libre competencia con el sector privado, pues no se está dentro de una actividad de servicio público esencial reservado. No pueden producirse situaciones que tengan la potencialidad de alterar las condiciones de competencia en el mercado⁹.

⁷ En el Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia de septiembre de 2024, pág. 7, desde un planteamiento más general, se afirma que “toda intervención pública en la actividad económica, en la medida en que sea apta para influir en el libre juego de la competencia, deberá respetar los parámetros de necesidad, adecuación y mínima restricción competitiva y proporcionalidad”.

⁸ Sobre el principio de neutralidad competitiva véase: “Neutralidad competitiva: reglas de juego uniformes para las empresas públicas y las privadas”, OCDE, (2012); Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, (2015), y “Recomendación del Consejo sobre neutralidad competitiva”, OCDE, (2021). Vid también MONTROYA, E. Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: balance tras diez años de aprobación de la LRSAL, REALA nº19, abril 2023, pág. 44.

⁹ La antes citada sentencia de 10 de octubre de 1989, nº 5279, insistió en este punto en los términos siguientes: “Por un lado, mientras los particulares puedan crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (art. 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los Órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una 2 JURISPRUDENCIA equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficacia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación. Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (art. 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 art. 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 tres meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión del Mercado Común (arts. 93.3 del Tratado y 1.º.1 del Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre)”.

Así, no cabe disponer de financiación pública que permita actuar en régimen de pérdidas continuadas, o para poder ofrecer el servicio por debajo de coste para expulsar al competidor privado. La empresa pública debe actuar con los mismos criterios de inversión y rentabilidad que los operadores de mercado. Por otro lado, la administración que lleva a cabo la iniciativa pública económica no puede recurrir a sus medios materiales o a su poder regulador para favorecer su propia actividad. Así, un ente local podría decidir crear un servicio de tanatorios públicos al entender que el interés general reclama su intervención en una actividad con escasa concurrencia privada y con altos precios. Pero no podría instalar el tanatorio en el cementerio municipal, ni prohibir la incineración de cadáveres a las empresas privadas que llevaran a cabo este servicio funerario¹⁰.

Estos requisitos tienen en último término un objetivo común, que no es otro que garantizar que la empresa pública actuará en condiciones de mercado, en perfecta concurrencia con las empresas privadas que puedan actuar en el mismo sector de actividad económica. En este sentido, ante un caso en el que un Ayuntamiento puso en funcionamiento una sala de velatorio en las inmediaciones del cementerio municipal y por el uso del servicio de

¹⁰ Sobre los servicios funerarios y la iniciativa económica pública son de interés la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Donostia de 19 de febrero de 2008, y la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sala de lo contencioso administrativo, de 26 de abril de 2010. En la sentencia del Juzgado se recuerda que debe justificarse la razón de interés general que lleva a la creación de una empresa municipal, y que tal justificación no aparece de forma suficiente en la Memoria, y se añade que “el interés general no debe confundirse con el propio interés municipal en la intervención en el sector funerario, mediante una sociedad municipal, cuando este sector está liberalizado, y por tanto, se entiende que, en principio, es el juego de las reglas del mercado, en régimen de concurrencia competitiva el que mejor sirve a los intereses de los usuarios”. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, después de recordar la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo en esta materia se afirma que en el caso enjuiciado no se ha cumplido con el requisito de justificar la conveniencia y oportunidad de crear la empresa municipal, sin que frente a esta alegación se pueda sostener que en esta materia rige una amplia discrecionalidad técnica a favor del municipio, y que debe prevalecer la autonomía municipal en el momento de tomar esta decisión. Esta problemática también ha sido tratada en el Informe de fiscalización de la gestión de los servicios financieros y de cementerios del Tribunal de Defensa de la Competencia, de julio de 2006, en el Estudio sobre la competencia en el sector de los servicios funerarios de la Autoridad Catalana de la Competencia, del año 2007, y en el Informe de la misma Autoridad Catalana de julio de 2016 con el título L’ús del tanatori i els seus efectes sobre la competència en els serveis funeraris.

En el Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia de 2007 antes citado se afirma que “se recomienda que las administraciones locales sólo presten este servicio en régimen de competencia en el supuesto en que no existan empresas privadas que presten este servicio”, y en el Informe de la misma Autoridad de 2016 también antes citado se hace referencia a fomentar “la competencia mediante la construcción de nuevos tanatorios de titularidad pública (que pueden ser gestionados por empresas privadas)”. En este segundo caso debe notarse que no se propone la creación de una empresa municipal de servicios funerarios que posea un tanatorio, sino que se cree un tanatorio municipal al que puedan acceder empresas de servicios funerarios que no dispongan de tanatorio, y esta opción se propone para aquellos casos en los que no exista iniciativa privada para la construcción de tanatorios.

velatorio cobraba una tasa inferior a la facturada por los operadores privados que ya ofrecían dicho servicio, como quiera que los operadores privados consideraron que la oferta de velatorio a un precio muy inferior suponía un acto de competencia desleal, la Audiencia Provincial de Badajoz en su sentencia 142/2021 de 22 de febrero concluyó que el Ayuntamiento podía prestar servicios funerarios (entre los que se incluye el servicio de tanatorio), pero no lo puede hacer en régimen de prevalencia sobre el resto de empresas del sector.

III.- LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA EN EL RÉGIMEN LOCAL.

Como ya hemos dicho, el ejercicio de la iniciativa económica por parte de los poderes públicos no debe entenderse como el ejercicio de una facultad absolutamente discrecional. Toda decisión pública, y lo es sin duda la decisión de crear una empresa municipal para actuar en concurrencia en el mercado, debe estar basada en razones de interés general.

Teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad a continuación vamos a centrar nuestro estudio en la regulación del ejercicio de la iniciativa pública económica en la normativa local.

A.- La iniciativa pública económica en la normativa local.

Por lo que se refiere a la LBRL deberá estarse a lo que dispone el artículo 86,1, modificado por la LRSAL. Este precepto establece que: *“Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial”*.

La novedad de la LRSAL es la introducción, en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la decisión de ejercer la iniciativa pública económica, junto a la fundamentación de que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda Municipal, un análisis del mercado relativo a la

oferta y demanda existente, a la rentabilidad y a los efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Si la LRSAL, como es conocido, se promulgó en el contexto de la crisis económica financiera de 2008 y la necesidad de reducir el déficit¹¹, parece lógico que se mantenga el requisito de tener que acreditar que la iniciativa pública económica no genera riesgo para la sostenibilidad financiera de la Hacienda Municipal¹². La LRSAL parece favorecer la iniciativa privada mediante la supresión de algunos viejos monopolios locales y también mediante la reforma del artículo 86 de la LBRL. Pero el nuevo requisito del estudio de mercado con el fin de analizar la oferta y demanda existente y los efectos sobre la concurrencia empresarial, parece estar vinculado a la voluntad de reintroducir de forma suave el principio de subsidiariedad, pues este estudio va más allá de la exigencia del respeto al principio de neutralidad, al condicionar la decisión sobre la iniciativa pública a sus efectos sobre la concurrencia empresarial.

Esta carga justificativa formal impuesta al ente local no se acompaña con la exigencia de la intervención del órgano de competencia (si requerido en el caso de actividades reservadas que se presten en monopolio), lo que parece lógico ya que la iniciativa pública se prestará en concurrencia con la privada y respetando las reglas de mercado. No obstante, el ente local si puede pedir un informe facultativo, lo que no suele ocurrir, razón por la cuál las valoraciones de los entes de la competencia son escasas¹³

Por su parte, el artículo 96 del TRRL establece que: *“La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes”*.

De especial importancia son también los preceptos del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, Decreto 179/1995, ROAS. En sus artículos 136 a 149 se regula el ejercicio de actividades económicas por los entes locales en régimen de

¹¹ Vid .MONTROYA,E. op.cit. pág. 32.

¹² Sobre esta cuestión se insiste en el trabajo de GARCÍA RUBIO,F. La iniciativa económica local tras la ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local. REALA nº 3, enero-junio 2015, pág. 9 a 33.

¹³ Un supuesto en el que se solicitó el informe de la ACCO fue el relativo a la iniciativa pública económica del Ayuntamiento de Barcelona sobre la creación de un servicio de odontología. Vid. MONTROYA,E. op.cit. pág 45. Sobre este informe y el caso de la iniciativa pública económica por el Ayuntamiento de Barcelona volveremos más adelante.

conurrencia, con especial atención al procedimiento para llevar a cabo la creación de la empresa municipal. El artículo 136 establece que *“las entidades locales pueden ejercer la iniciativa para el desarrollo de actividades económicas en régimen de libre concurrencia en el marco de la economía de mercado”*, añadiendo que *“dicha actividad tendrá que responder en todo caso al interés público local”*. Más adelante el artículo 138, con el título de “Respeto al principio de libre concurrencia”, dispone que *“las entidades jurídicas que, en su caso, se constituyeren para el ejercicio de actividades económicas, se someterán a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado, no pudiendo percibir ningún tipo de ayuda o ventaja económica gratuita, ya sea en forma de prestaciones positivas o mediante intervenciones que rebajen o minoren las cargas que graven el presupuesto de la entidad jurídica que supongan preferencia respecto de las demás empresas del sector, ni utilizar prerrogativas de la administración”*.

De conformidad con estos preceptos, la decisión de ejercer la iniciativa pública económica por parte de un ente local tener en cuenta los siguientes requisitos:

a. De orden sustantivo.

- La actividad debe responder a un interés público local.
- Garantizar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.
- Contener un análisis de mercado relativo a la oferta y a la demanda existente que garantice la rentabilidad de la empresa.
- Contener un análisis de mercado relativo a la oferta y a la demanda existente que analice los efectos de la actividad municipal sobre la concurrencia empresarial.
- Que la actividad sea de utilidad pública.
- Que la actividad se preste dentro del término municipal.

b. De orden formal.

Que se tramite un procedimiento reglado y se apruebe el acuerdo de creación de la empresa por el Pleno del Ayuntamiento.

B. El artículo 86 de la LBRL según la jurisprudencia constitucional.

La nueva redacción del artículo 86 de la LBRL, dada por el artículo 1,23 de la ley 27/2013, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por motivos esencialmente centrados en una posible vulneración de la autonomía local.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 54/2017 de 11 de mayo, recordó en primer lugar que el texto original del artículo 86 LBRL establecía que las “entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución” (apartado 1) y que, “cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio” (apartado dos)”.

Añadió el Tribunal que el apartado primero del nuevo artículo 86 LBRL seguía reconociendo a las corporaciones locales la iniciativa pública en la actividad económica, pero sin mencionar el artículo 128.2 CE y sujetándola a una serie de condiciones: garantizar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias, acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida, justificar que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal e incorporar un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Como hemos apuntado, el motivo del recurso era que el nuevo artículo 86 LBRL en su conjunto vulneraría la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE) por reconocer la iniciativa pública local en la economía en términos más estrechos que el artículo 128.2 CE, a lo que se añadía que además suponía que esta iniciativa habría quedado sometida a restricciones desproporcionadas carentes de justificación.

El Tribunal descarta que el nuevo artículo 86.1 LBRL vulnere la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE) o la iniciativa pública económica constitucionalmente reconocida (art. 128.2 CE) por el solo hecho de regular y condicionar los términos en que los entes locales pueden crear y mantener empresas públicas. Para el Tribunal “el artículo 128.2 CE autoriza directamente a los entes locales el desarrollo de actividades susceptibles de aprovechamiento económico, pero en modo alguno prohíbe que el legislador competente regule esa potestad, sometiéndola a límites y condiciones. Por lo demás, la supresión de la referencia al artículo 128.2 CE no impide

ni dificulta la aplicación de ese precepto constitucional ni es por sí indicador de una supuesta voluntad de la Ley 27/2013 de erradicar la iniciativa pública económica constitucionalmente reconocida a los entes locales. Si el nuevo artículo 86.1 LBRL puede o no interpretarse en ese sentido dependerá del alcance o intensidad de las condiciones que haya impuesto efectivamente a la creación y mantenimiento de empresas públicas.

A este respecto, las concretas limitaciones introducidas no desvirtúan ni desactivan la opción constitucional favorable a permitir la iniciativa pública local en la actividad económica (art. 128.2 CE). En modo alguno resulta injustificado o desproporcionado exigir la ausencia de “riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal” y los requisitos formales asociados (justificación de aquella condición material que incluya un análisis de mercado sobre la oferta y la demanda existente, la rentabilidad y los efectos posibles de la actividad sobre la concurrencia empresarial), máxime si se tiene en cuenta que de ese modo se dinamizan otros principios constitucionales, la eficiencia (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE)”.

C. La iniciativa pública local tras la reforma de la LRSAL.

Como ya hemos indicado, la reforma introducida en la LRSAL respecto a la iniciativa pública económica parece querer reducir el ejercicio de esta potestad, al exigir, dentro del procedimiento que previo a la adopción del acuerdo municipal, el nuevo requisito de incorporar un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Esta reforma fue validada por el propio Tribunal Constitucional. Por tanto, el ejercicio de la iniciativa pública local queda sometido al cumplimiento de los requisitos sustantivos y formales antes apuntados. La discrecionalidad administrativa del ente local queda limitada por la necesidad de acreditar que se cumplen los requisitos de forma y fondo exigibles. El acreditar que se cumplen los requisitos sustantivos no siempre será fácil, en particular los relativos al análisis de mercado relativo a la oferta y a la demanda existente que garantice la rentabilidad de la empresa, así como el estudio de mercado relativo a la oferta y a la demanda existente, que analice los efectos de la actividad municipal sobre la concurrencia empresarial.

El cumplimiento de estos requisitos sustantivos, en concreto los dos enunciados en primer lugar con anterioridad, nos suscita una reflexión final. Por un lado, exigir como es lo

propio de toda actividad administrativa, que la misma debe responder a un interés general, a un interés público local, nos devuelve de alguna forma al debate sobre el principio de subsidiariedad. Es decir, si la prestación que quiere llevar a cabo el ente local ya la lleva a cabo el sector privado ¿qué interés general es el que justifica la iniciativa pública económica?. No creo que el interés general pueda ser el de obtener unos ingresos con los que poder hacer frente a otros servicios no prestados por el sector privado. Por tanto, podría concluirse que la iniciativa pública económica sólo se justifica en caso de falta de iniciativa privada. No obstante entiendo que aún en el caso de que un servicio lo preste la iniciativa privada el interés general puede ser el de obtener una mejor prestación a precios asequibles actuando en régimen de mercado, reduciendo el ánimo de lucro propio de la empresa privada, sin llegar a subvertir los principios de la economía de mercado.

Por otro lado el requisito de garantizar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ente local creo que carece de sentido desde el momento en que la iniciativa económica pública no va a poder disponer de fondos públicos ni de otras ventajas desde el ente local que decide ejercer la iniciativa económica, con lo que difícilmente se afectará a los objetivos de estabilidad presupuestaria o sostenibilidad financiera.

Por último queremos apuntar que la decisión de llevar a cabo el ejercicio de la iniciativa económica local debe enmarcarse en el ejercicio de la autonomía local. Por tanto, debería respetarse un amplio margen de discrecionalidad en el momento de adoptar esta decisión, sin perjuicio de exigir el respeto del cumplimiento de los requisitos sustantivos y formales a los que hemos hecho referencia, de forma que el ejercicio de esta iniciativa no fuera de hecho una opción imposible.

IV.- ESTUDIO DE UN CASO CONCRETO. EL FRUSTRADO INTENTO DE EJERCER LA INICIATIVA ECONÓMICA MUNICIPAL PARA REALIZAR, EN CONDICIONES DE MERCADO, DETERMINADAS PRESTACIONES EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS DE ODONTOLOGÍA.

Lo expuesto en las páginas anteriores ofrece un planteamiento general respecto a los orígenes y momento actual de la iniciativa pública económica, con especial atención al mundo local. A continuación pasamos a dar cuenta de un caso real, el frustrado intento de ejercer la iniciativa económica municipal para realizar, en condiciones de mercado, determinadas prestaciones en el ámbito de los servicios de odontología. El examen de

este caso pone de relieve la dificultad de ejercer esta iniciativa y así como la necesidad de determinar cuál es el alcance material del ejercicio de la iniciativa económica por los entes locales. Es decir, antes de entrar a examinar si el acuerdo municipal por el que se decide ejercer la iniciativa pública económica cumple o no con los requisitos formales y sustantivos que condicionan el ejercicio de esta potestad, hay que saber si esta iniciativa está materialmente limitada al ámbito de las competencias locales, o puede extenderse a toda actividad que sea de interés local. Esta es la cuestión central que se planteó en el caso que pasamos a analizar, y que el Tribunal Supremo no quiso entrar a conocer.

A. Antecedentes.

El 29 de marzo de 2019 el Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona aprobó el ejercicio de la iniciativa económica municipal para realizar, en condiciones de mercado, determinadas prestaciones en el ámbito de los servicios de odontología a través de la empresa municipal BSM (en un primer momento a través de la entidad Foment de la Ciutat) . Según las Memorias e Informes que se contienen en el expediente, el Sistema Nacional de Salud excluye de su cartera de servicios la mayoría de los procedimientos bucodentales y la oferta privada en el municipio presentaba disfunciones, siendo el precio exigido para los tratamientos dentales no cubiertos por el servicio público de la Generalidad muy elevados. En el Informe del Departament de Odontologia de Foment de Ciutat de 10 de noviembre de 2022 se afirma que el objetivo de crear el servicio ” es poder donar de manera íntegra un servei complet d’odontologia per cobrir les mancances actuals, garantint una política de preus adaptada a les necessitats de la població, que no suposi en cap cas una competència a l’alça, sinó que faciliti a aquesta part de la població que no pot acudir a un centre privat per no disposar d’una economia destinada a cobrir aquesta necessitat sanitària i pugui així visitar-se en aquest centre, tenint al mateix temps la possibilitat de fer part del seu tractament amb la resta de serveis que sí cobreix el Sistema Sanitari actual”.

El Ayuntamiento decidió solicitar a la ACCO (Agencia Catalana de la Competencia) un informe no preceptivo con el fin de conocer su opinión sobre el posible ejercicio de la iniciativa económica desde la perspectiva de las reglas de la competencia. La ACCO, el 1 de marzo de 2019, emitió el Informe no vinculante “Valoración, desde una óptica de competencia, de la creación de un operador público en el mercado de servicios

odontológicos por parte del Ayuntamiento de Barcelona”. El Informe valoró positivamente la iniciativa como mecanismo que podría contribuir a inducir demanda en el mercado de los servicios odontológicos en Barcelona entre determinados colectivos de ciudadanos. No obstante, afirma también el Informe, que vista la reducida dimensión del servicio proyectado, es difícil que esta iniciativa municipal sea la más idónea para alcanzar el objetivo de hacer disminuir el nivel de precios practicados por los competidores. Concluye que «aunque se trate de un mercado muy atomizado, la decisión del Ayuntamiento de Barcelona puede resultar beneficiosa dado que la mera aparición de un nuevo operador, ya sea público o privado, incrementa las presiones competitivas en el mercado en cuestión. Sin embargo, la decisión del Ayuntamiento de Barcelona puede presentar ciertos riesgos en términos de competencia fundamentados básicamente por las posibles vulneraciones del principio de neutralidad competitiva». En definitiva, pese a la existencia de algunas objeciones sobre los resultados reales de la iniciativa, la misma se reconoce compatible con las reglas de la competencia, es mas, se dice que favorecerá la competencia.

Contra el referido acuerdo Municipal, el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña interpuso recurso contencioso-administrativo, recurso que fue estimado por la sentencia nº 127/2021 de 30 de abril de 2021 del JCA nº 7 de Barcelona, al entender que el ejercicio de la iniciativa económica de los Municipios debe llevarse a cabo en el ámbito de sus respectivas competencias y que el Municipio Barcelona carece de competencias para la prestación de servicios de odontología, incurriendo además en duplicidad respecto a la actividad de la Generalidad de Cataluña. Contra la sentencia del Juzgado, BSM (entidad municipal que sustituyó a Foment de Ciutat) interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la sentencia del TSJ de Cataluña nº 3584/2022 de 20 de octubre.

La citada sentencia del TSJCat desestimó el recurso en base a los siguientes argumentos:

- la competencia en la materia corresponde a la Administración de la Generalidad.
- La iniciativa económica de los Municipios prevista en el artículo 86,1 de la LBRL “debe enmarcarse en el principio de competencia”, por lo que el Ayuntamiento “carecía de competencia para la prestación de estos servicios”¹⁴.

¹⁴ Aunque en este supuesto estemos tratando el caso de la iniciativa económica de un ente municipal, debe tenerse presente que esta iniciativa la pueden ejercer todos los entes locales, lo que abre otro tema de interés ¿qué entes locales, sólo los territoriales?. En el caso de entes no

-La iniciativa municipal “no puede considerarse una actividad complementaria, pues incide en el ámbito material de prestación de los servicios de competencia autonómica, por lo que se produce una duplicidad en el ejercicio de competencias”

-El régimen especial de la ciudad de Barcelona no desplaza la vigencia de la legislación básica de un informe previo vinculante que señale la inexistencia de duplicidades ni la prestación del servicio, conforme exige el artículo 7,4 de la LBRL.

Frente a esta sentencia se preparó recurso de casación¹⁵ de conformidad con los requisitos formales que hoy exige la nueva regulación del recurso de casación en sede contencioso administrativa. En el escrito de preparación se dedicó especial atención a fundar la vulneración de normas y jurisprudencia por la sentencia recurrida, de conformidad con lo exigido en el artículo 89,2-b de la ley jurisdiccional.

Así, se hizo referencia a la infracción de los arts. 86.1 LBRL y 96 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local (TRRL).

Al primero de tales preceptos, que concreta para el ámbito local lo que dispone con carácter general el art. 128.2 CE, ya nos hemos referido. Por su parte, el art. 96 del TRRL, cuyo carácter básico se infiere de lo dispuesto en la Disposición Final del propio texto refundido, señala que:

«La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes».

El planteamiento del recurso puso de manifiesto que los citados preceptos no se refieren a la prestación de los servicios públicos locales, sino a la iniciativa económica que los Entes locales pueden ejercer en régimen de libre competencia con los particulares. Por eso, el ejercicio de dicha iniciativa económica sólo se condiciona al cumplimiento por

municipales, ¿cómo jugaría la vinculación de la iniciativa económica con las competencias materiales de estos otros entes?.

¹⁵ De hecho se prepararon dos recursos de casación, uno ante el Tribunal Supremo y otro ante el TSJCat. Centramos nuestro trabajo en el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo, ya que el interpuesto ante el TSJCat aún no está resuelto.

parte de los Municipios del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias y, lógicamente, a que resulten de interés general (art. 103.1 CE) y que se realice dentro del término municipal a favor de su población. El artículo 96 del TRRL reconoce a los entes locales el ejercicio de la iniciativa económica pública en relación a “cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública”.

De forma particular se argumentó, frente al silencio de la sentencia recurrida, que los arts. 86.1 LBRL y 96 TRRL suponen ya una atribución genérica de la competencia para ejercer la iniciativa pública en la economía por parte de los Municipios, de modo que no es precisa (como exige la sentencia impugnada al señalar que la iniciativa económica local «*debe enmarcarse en el principio de competencia*»), una previsión legal expresa adicional de competencias para realizar dicha iniciativa económica en una determinada materia o sector. Es decir, que a diferencia de la actividad local de servicio público (respecto de la que el art. 85.1 LBRL dispone que sólo se prestan en el ámbito de sus competencias), las actividades empresariales locales que se llevan a cabo en ejercicio de la iniciativa económica se basan en esa cláusula general y no requieren una previsión competencial adicional.

El escrito de preparación también puso de relieve la vulneración del artículo 7,4 de la LBRL por parte de la sentencia recurrida. El citado precepto, en su redacción actual, dispone lo siguiente:

«Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias».

La sentencia impugnada, a juicio de la recurrente, infringe la DA 5ª LRSAL porque, al exigir al Ayuntamiento de Barcelona un informe previo de la Administración de la Generalitat que señale que no se incurre en una ejecución simultánea «del mismo servicio público» (informe, por cierto, que se solicitó, y que la Generalitat de Cataluña de forma expresa no lo reputó necesario), está desconociendo que dicha disposición, sin perjuicio de la sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, salva las particularidades de la legislación específica del Municipio de Barcelona, cuya Ley estatal especial incluye una cláusula general de competencias que le permite realizar servicios o actividades que no estén atribuidas o sea complementarias de las que realiza o presta cualquier otra Administración, y para lo cual en ningún caso exige un informe de no duplicidad.

En esta misma línea se añade que la sentencia también está desconociendo que el art. 7.4 LBRL exige el informe de inexistencia de duplicidades cuando los Municipios pretendan la prestación simultánea *«del mismo servicio público con otra Administración pública»*, y lo que aquí se pretende, no es la creación de un servicio público local de odontología, sino, por el contrario, ejercer la iniciativa económica local para realizar prestaciones que no cubre el servicio público de odontología de la Generalitat. Se confunde, de este modo, en la sentencia recurrida, la actividad de servicio público en ejercicio de competencias municipales, del ejercicio de la iniciativa pública económica.

El escrito de preparación del recurso de casación también hizo referencia a la vulneración de la jurisprudencia constitucional sobre los arts. 86.1 y 7.4 de la LBRL, tras su redacción por LRSAL. Esta jurisprudencia, en relación al art. 86.1 LBRL, la STC 54/2017, como hemos visto, tiene señalado que:

«a) [...] El apartado primero del nuevo artículo 86 LBRL sigue reconociendo a las corporaciones locales la iniciativa pública en la actividad económica, pero sin mencionar el artículo 128.2 CE [...]

b) El artículo 128.2 CE «reconoce la iniciativa pública en la actividad económica» y, con ello, la posibilidad de que el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales creen y mantengan empresas públicas a fin de realizar tareas

susceptibles de aprovechamiento económico. Esta previsión, en cuanto norma habilitante, autoriza directamente el ejercicio de un poder sin necesidad de interposición legislativa» (FJ 5).

Finalmente, y en relación al informe de inexistencia de duplicidades en la prestación de los servicios públicos a que se refiere el art. 7.4 LBRL, se recordó que la STC 107/2017 precisó que hay que descartar que ese nuevo precepto:

«haya excluido la intervención municipal en ámbitos de competencia ejecutiva autonómica, en general, y en materia de educación, cultura, promoción de la mujer, vivienda, **sanidad** y medio ambiente, en particular» y añade que no hay que confundir “**complementariedad**” con “**duplicidad**”, pues dentro de los referidos ámbitos no habrá duplicidad «si, por ejemplo, las acciones locales específicamente desarrolladas o sus concretos destinatarios no coinciden con los de los servicios autonómicos correspondientes» [FJ 3.b)].

Por ello, incluso en el supuesto de que fuera exigible el informe de inexistencia (lo que nos parece erróneo, porque, como hemos dicho, el Ayuntamiento no pretende establecer un servicio público sino sólo ejercer la iniciativa económica local como un operador económico más), la sentencia impugnada también vulneraría esa doctrina jurisprudencial, pues no se incurre en ninguna duplicidad ya que la actividad que se pretende realizar es complementaria del servicio público que ofrece y presta de la Generalitat.

B). La Providencia de inadmisión del recurso de casación.

Pues bien, por Providencia de 18 de septiembre de 2024, la sección de admisión de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo acordó la inadmisión del recurso de casación preparado frente a la sentencia del TSJCat 3584/2020 de 20 de octubre.

En su Providencia, el Tribunal Supremo comienza por afirmar que “de la lectura del escrito preparatorio se desprende que no queda desvirtuada la razón principal de decidir de la sentencia, siendo así que la sentencia no ignora que las entidades locales pueden ejercer su iniciativa económica, sino que para ello debe cumplirse con el objetivo de

estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias, constituyendo, según la sentencia recurrida, una duplicidad el hecho de incurrir en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública”.

Pues bien, lo cierto es que el escrito de preparación del recurso de casación, como se ha expuesto, se centra en sostener que el ejercicio de la iniciativa pública económica no está vinculado a detentar una competencia material sobre el sector en el que se desea intervenir. Esta cuestión jurídica, relevante y sobre la que no existe jurisprudencia, fue el centro del recurso casacional, y se expuso de forma precisa, sin que Tribunal Supremo haga referencia alguna a la misma. Por el contrario, el Tribunal Supremo lleva el tema del debate a la existencia o no de duplicidad en la prestación del servicio que trata de llevarse a cabo, para afirmar que este hecho no se trata por la recurrente e inadmitir el recurso de casación. Frente a ello cabe oponer que la duplicidad está prohibida en caso de ejercer una competencia material, pero ello supone que se pueda afirmar, como hace el Tribunal Supremo, sin fundamento, que la iniciativa económica solo puede ejercerse en el ámbito de las competencias materiales locales, cuestión que como hemos dicho era el centro del recurso de casación. Por otro lado no es cierto que la recurrente no hiciera referencia a esta cuestión. En el escrito de preparación del recurso, como ya hemos dicho y reproducimos a continuación, se afirmó que “en cualquier caso, y en relación a ese informe de inexistencia de duplicidades en la prestación de los servicios públicos a que se refiere el art. 7.4 LBRL, la STC 107/2017 precisa que hay que descartar que ese nuevo precepto «haya excluido la intervención municipal en ámbitos de competencia ejecutiva autonómica, en general, y en materia de educación, cultura, promoción de la mujer, vivienda, **sanidad** y medio ambiente, en particular» y añade que no hay que confundir “**complementariedad**” con “**duplicidad**”, pues dentro de los referidos ámbitos no habrá duplicidad «si, por ejemplo, las acciones locales específicamente desarrolladas o sus concretos destinatarios no coinciden con los de los servicios autonómicos correspondientes» [FJ 3.b)]”. Por tanto, la iniciativa pública local era posible y no era preciso el informe de no existencia de duplicidades, ya que no se trataba de ejercer una competencia que pudiera duplicar el contenido material de la competencia de otro ente administrativo, en este caso, la Generalidad de Cataluña.

El Tribunal Supremo, en base a tres escuetos folios, concluye que existe duplicidad y que dado que este tema no se trata en la preparación del recurso, inadmite el recurso en base

a que el mismo esta “basado en poner de relieve una supuesta confusión entre la iniciativa económica y la prestación de servicios municipales; circunstancia esta que determina la existencia de un desajuste entre la razón de decidir de la sentencia, las infracciones aducidas y los motivos de interés casacional alegado”. Lo que se califica de “supuesta confusión entre la iniciativa económica y la prestación de servicios municipales”, era el tema central del recurso, una cuestión de relevancia jurídica indiscutible, que no se expuso de forma confusa sino precisa, y que el Tribunal Supremo, sorprendentemente, se niega entrar a enjuiciar y resolver.

C. ANALISIS CRÍTICO DE LA PROVIDENCIA DE INADMISIÓN.

La Providencia de inadmisión no atiende a los argumentos centrales expuestos en la preparación del recurso de casación que creo planteaban un tema de interés casacional objetivo, ya que pretendía se fijara doctrina jurisprudencial sobre el ejercicio de la iniciativa pública económica en el ámbito local, analizando de forma particular si esta potestad estaba o no vinculada a las competencias materiales reconocidas a los entes locales. La iniciativa pública económica, reconocida en la Constitución, plantea siempre el problema de su relación con la libertad de empresa y , por ello , su ejercicio suele verse con reservas por los defensores del libre mercado. Pero como hemos dicho, lo cierto es que la Constitución reconoció esta potestad a las administraciones locales sin especiales condicionantes. Los límites los ha impuesto la LBRL en su artículo 86, límites que han ido creciendo con el tiempo. Pero lo que no está resuelto es el tema que el recurso de casación pretendió que resolviera el Tribunal Supremo. El artículo 96 del TRRL, precepto básico, establece que ”la iniciativa pública de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes”. ¿Puede, por tanto, limitarse el ejercicio de la actividad económica a que la misma se lleve a cabo en todo caso en relación a competencias materiales de los entes locales?

Como venimos repitiendo el fundamento legal de la iniciativa económica a favor de los entes locales se recoge en los ya invocados arts. 86.1 LBRL y 96 TRRL, y su ejercicio no exige que se corresponda con una competencia local prevista en una ley, sino que se apoya

en la cláusula genérica competencial que consagran tales preceptos (y, en el caso del Municipio de Barcelona, en el art. 3 de su Ley especial, cuya especialidad deja a salvo la DA 5ª de la LRSAL). No es preciso, por tanto, acudir tampoco al art. 7.4 LBRL, que contempla las competencias distintas a las propias y a las ejercidas por delegación. De este modo, mediante la iniciativa económica local, los entes locales intervienen o participan en el mercado para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal sin necesidad de ningún otro título competencial adicional. Por el contrario, la legislación de régimen local vincula la prestación de los servicios públicos al ámbito de las competencias municipales, pues el art. 85.1 dispone que *«son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias»*. Pero los servicios públicos locales, a diferencia de la iniciativa pública económica, son actividades prestacionales que los entes locales deben garantizar a los ciudadanos en condiciones de igualdad y regularidad o continuidad y por ello gozan de un régimen específico y exorbitante o privilegiado, pues no se sujetan a las reglas del mercado. Los servicios públicos pueden prestarse en régimen de *conurrencia* con los particulares, pero no de libre *competencia*, ya que cabe su financiación total o parcial con cargo a los presupuestos, con lo que ello entraña de desigualdades con los competidores.

Por otra parte, para el ejercicio de la iniciativa económica local, el legislador sólo exige la justificación de su conveniencia y oportunidad para la ciudadanía del Municipio y, desde la modificación del art. 86.1 de la LBRL por la LRSAL, la garantía *«del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias»*, tal y como ha señalado la citada STC 54/2017 (FJ 5). La referencia que hace el art. 86.1 LBRL al ejercicio de las competencias no supone, en modo alguno, una restricción o reconducción de la iniciativa económica de los Municipios al ámbito de sus competencias, sino, más sencillamente, la exigencia de que el ejercicio de dicha iniciativa no afecte negativamente, desde el punto de vista económico, al ejercicio de sus competencias y a la prestación de los servicios públicos locales. Es decir, las referidas exigencias responden claramente a la necesidad de contención del gasto público y a asegurar que la iniciativa pública económica y las empresas locales no constituyan una carga insostenible para el erario municipal que vaya en detrimento del ejercicio de sus competencias o la prestación de los servicios públicos que los Municipios legalmente deben prestar. Carga en principio inexistente ya que la

iniciativa económica debe prestarse en régimen de mercado, sin aportación de dinero público.

La sentencia del TSJCat nº 3584/2022 de 20 de octubre, frente a lo que acaba de exponerse, confunde a nuestro entender la iniciativa económica local con la prestación de los servicios públicos y, en contra de lo que establece nuestra la legislación de régimen local, predica erróneamente de ambas actividades el mismo régimen jurídico, pues considera también que para el ejercicio de dicha iniciativa es preciso el informe previo vinculante de la Administración competente por razón de la materia en el que se acredite la inexistencia de «*ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública*», que contempla el art. 7.4 LBRL. La sentencia desconoce que este precepto, como se infiere de su propia dicción literal, se está refiriendo a la prestación simultánea de dos «*servicios públicos*» por parte de Administraciones diferentes, no al ejercicio de la iniciativa económica local, por lo que vulnera los arts. 86.1 LBRL y 96 TRRL, los cuales no sujetan la iniciativa en la actividad económica a ese requisito adicional.

En cualquier caso, y aunque se considerara aplicable la necesidad de dicho informe, la sentencia que motivó el recurso de casación vulnera igualmente el art. 7.4 LBRL y la jurisprudencia constitucional que lo ha interpretado, porque no distingue debidamente entre los conceptos «*complementariedad*» y «*duplicidad*», lo que también ha sido determinante y relevante de la decisión final (la desestimación del recurso de apelación).

Si se tiene en cuenta la actividad económica que pretendía llevar a cabo el Ayuntamiento de Barcelona, con apoyo en la legislación general de régimen local y en la especial para dicho Municipio dictada por el Estado, ni es un servicio público (y por eso no debe sujetarse a sus requisitos), ni incurre tampoco en duplicidad con los servicios odontológicos que ofrece la Administración de la Generalitat, pues los servicios que ésta ofrece no abarcan todas las actividades relacionadas con la odontología y por eso la iniciativa económica los complementa¹⁶.

¹⁶ Y ello a pesar de que la cobertura pública se amplió con la Ley del Parlamento de Cataluña 12/2020, de 13 de octubre, de atención pública de la salud bucodental, pues ésta norma, que prevé una implantación progresiva de algunos servicios, no llega en todo caso a toda la población y no cubre todos los servicios necesarios. A cubrir esas y otras deficiencias trató de hacer frente, precisamente, el Ayuntamiento de Barcelona a través del ejercicio de la iniciativa pública municipal.

Todas estas cuestiones, que fueron relevantes y determinantes de la decisión adoptada por el TSJCat, son las que el Tribunal Supremo no entra a analizar en virtud de su breve y poco fundada Providencia de inadmisión. Sigue faltando, por tanto, la doctrina jurisprudencial que analice tan importante problema jurídico.