

CAPÍTULO VI

Servicio público, iniciativa económica local y competencia

Encarnación Montoya Martín

Catedrática de Derecho Administrativo.

Universidad de Sevilla

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Breve referencia a la iniciativa económica local: art. 86.1 LBRL. 3. Servicios públicos locales y sus modos de gestión. 4. Perspectiva de la concurrencia y el mercado. 4.1. Servicios reservados prestados en régimen de monopolio (art. 86.2 LBRL). 4.1.1. Informe del órgano de la competencia antes de la LRSAL. 4.1.2. Informe preceptivo del órgano de la competencia tras la LRSAL. 4.2. El impacto de la iniciativa económica local sobre el mercado (art. 86.1 LBRL). 5. Operadores económicos públicos y Ley de Contratos del Sector Público. 5.1. Sobre la capacidad de obrar de las personas jurídicas: objeto social y ámbito territorial. 5.1.1. Interpretación amplia del objeto social. 5.1.2. Ámbito territorial. 5.1.3. Sociedad mercantil local e interlocal versus empresa pública local en la LAULA. 5.2. La necesaria interpretación favorable a la concurrencia y el mercado también para los operadores económicos públicos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la incidencia en el mercado y la concurrencia de la iniciativa económica y de la prestación de actividades y servicios por los entes locales. Este enfoque se ha erigido en un criterio de control de la discrecionalidad de la Administración local en el ejercicio de actividades económicas en régimen de concurrencia, así como en la prestación de servicios públicos y sus formas de gestión.

Asimismo, desde la perspectiva de la competencia se va a analizar la capacidad para contratar ex Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el objeto social y el ámbito territorial de actuación de

los operadores económicos públicos, en particular las sociedades mercantiles locales, cuando no actúen como poderes adjudicadores para abogar por la necesidad de hacer una interpretación favorable a la concurrencia y el mercado.

Como es sabido, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) se promulga en el contexto de la crisis económico-financiera de 2008 y la necesidad de reducir el déficit. Los objetivos perseguidos por la LRSAL —según proclama su preámbulo— que inciden en el régimen de prestación de actividades y servicios por los entes locales son: clarificación de las competencias municipales para evitar duplicidades, de forma que se haga valer el principio “una Administración una competencia”, porque incide en el gasto; racionalización de la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, y en particular la revisión del conjunto de las entidades instrumentales del sector público local, sus órganos de gobierno y las retribuciones del personal al servicio de las corporaciones locales; un control financiero y presupuestario más riguroso, y, por último, favorecer la iniciativa privada a través de la supresión de monopolios municipales heredados del pasado “y que recaen sobre sectores económicos pujantes en la actualidad”, y de la reforma de la iniciativa pública económica local (art. 86.1 LBRL). En este sentido, el art. 86.2 LBRL ha suprimido de los servicios reservados los mataderos, mercados y lonjas centrales, que han sido, pues, objeto de una *despublicatio*.

El favorecimiento de la iniciativa privada a través de la supresión de monopolios hunde sus raíces en la corriente liberalizadora auspiciada por la Unión Europea a partir de los años 90, que ha alcanzado a muchos de los tradicionales servicios económicos¹. Por lo demás, incardinado en las normas sobre competencia del título VII del TFUE, el art. 106.2 dispone lo siguiente: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”. Por tanto, las restricciones a la competencia como consecuencia del establecimiento de un servicio público deben estar justificadas por la misión específica que tiene encomendado. El ámbito más o menos restringido que pue-

1. Galán Vioque (2020).

den tener los servicios públicos locales no es un obstáculo para que las restricciones puedan tener incidencia a nivel de la Unión Europea (caso ALTMARK)².

Precisamente, la LRSAL ha venido a añadir como criterios de control de las modalidades de prestación de actividades y servicios por los entes locales la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como el impacto sobre la concurrencia y el mercado. La LRSAL ha incorporado el análisis del impacto sobre el mercado y la concurrencia del ejercicio de la iniciativa económica local en el art. 86.1 LBRL, así como de la prestación de servicios públicos reservados ex art. 86.2 LBRL en régimen de monopolio en el art. 97.2 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 añadir el informe del órgano de defensa de la competencia.

Dejando de lado el análisis de las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales acerca de cuándo procede seguir el denominado procedimiento de municipalización de servicios regulado en el art. 97 TRRL³, es decir, si además de para el ejercicio de actividades sujetas siempre al régimen de libre concurrencia del art. 86.1 LBRL por ser manifestación de la libre iniciativa pública económica (primer inciso del art. 128.2 CE), así como para las actividades reservadas prestadas en régimen de monopolio efectivo del art. 86.2 LBRL, también es preceptivo en el caso de servicios obligatorios, reservados o no y facultativos que presten las entidades locales en régimen de concurrencia, asunto sobre el que nos hemos pronunciado recientemente⁴, vamos a centrar el análisis en el control de la Administración local a través del impacto en la concurrencia y en el mercado. Lo que sí está claro es que la prestación de servicios reservados por el art. 86.2 LBRL en régimen de monopolio requiere, de una parte, la habilitación legal, el propio art. 86.2 o ley sectorial; y, de otra parte, la declaración de voluntad de la entidad local haciendo efectiva la reserva, a través del procedimiento del art. 97.2 TRRL, que para este supuesto configura un procedimiento cualificado en el que ahora con la LRSAL añade el informe del órgano de defensa de la competencia a incluir en el expediente.

2. Breve referencia a la iniciativa económica local: art. 86.1 LBRL

El art. 86.1 LBRL dispone:

2. STJCE, asunto Altmark Trans, 24 de julio de 2003, normas de la competencia y del mercado y los servicios locales de interés económico general. Véase Campos Sánchez-Bordona (2004).

3. León Acosta (2019: 72-96), Ezquerria Huerva (2017) y Merino Estrada (2019: 33-72).

4. Montoya Martín (2023: 34-37).

“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.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

García Rubio (2015: 33) ha hablado de “modulación” de la iniciativa económica local en la LRSAL, toda vez que en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida del art. 97 TRRL ahora hay que justificar que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y debe contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Conviene recordar que la iniciativa pública económica reconocida en el art. 128.2 CE no tiene limitación territorial alguna, ya sea el Estado, una comunidad autónoma o una entidad local quien la ejerza. El término municipal no constituye un requisito en el ejercicio de la iniciativa pública económica, esto es, el ejercicio de actividades económicas por los entes locales en régimen de concurrencia. Eso sería como “poner puertas al campo” de la actividad económica, de la misma manera que de la Constitución no se infiere semejante límite territorial del ejercicio de la iniciativa pública económica para el Estado ni para las comunidades autónomas⁵, asunto sobre el que volveremos más adelante, en el apdo. 5 de este trabajo.

3. Servicios públicos locales y sus modos de gestión

Entre las mayores deficiencias de la actual legislación básica estatal de régimen local que repercuten en la prestación de actividades y servicios públicos se encuentra, además de la ausencia de definición del concepto de competencia local —corregida por la legislación autonómica de régimen lo-

5. Montoya Martín (2010: 160).

cal posterior⁶, la imprecisión de la propia noción de servicio público, que provoca todavía dudas y posiciones encontradas acerca del procedimiento legalmente establecido para su implantación, así como para los cambios en los modos de gestión, en particular para los servicios prestados en régimen de concurrencia. El concepto que maneja la LBRL de servicio público es equivalente a actividad local con independencia de su régimen jurídico de derecho público o de derecho privado, así como de su titularidad, pues está ligado a la competencia. Y así lo ha reconocido la jurisprudencia. Por todas, la STS de 23 de mayo de 1997 (RAR. 4065)⁷.

Recordemos la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales en la LRSAL. El art. 85 LBRL establece:

“2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo

6. Arts. 7 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (LAULA); 15 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE); y 12 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura (LGAME).

7. En cuyo FJ sexto señala: “Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o ‘publicatio’, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local”.

técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre⁸.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos”.

La reforma de la LRSAL, como novedad, implanta en el art. 85.2 LBRL un procedimiento justificativo basado en principios de mayor sostenibilidad y eficiencia, así como un criterio de prelación entre los modos de gestión directa de los servicios públicos, criterios económicos de eficacia, eficiencia y sostenibilidad financiera —informe de Intervención— y coste efectivo del servicio, incidencia sobre la competencia en y por el mercado por los órganos de defensa de la competencia, y también a través de criterios materiales como la correspondencia entre forma jurídica y fin, a los que hay que sumar —cuando se desarrollen normativamente— los correspondientes indicadores materiales de calidad y grado de satisfacción de los usuarios. Son criterios plurales de control de la libertad de elección de la Administración, cuya recta conjugación puede reducir a cero la discrecionalidad de la Administración⁹.

4. Perspectiva de la concurrencia y el mercado

Es indudable el efecto que los diferentes modos de intervención de los municipios tienen sobre el mercado, ya sea a través de la reglamentación, las licencias, contratos o prestación de actividades y servicios públicos¹⁰. Ade-

8. Actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

9. Gamero Casado (2019).

10. Por ello, la promoción de la competencia en el ámbito local es especialmente relevante. En este sentido, el proyecto *Municipios y Competencia*, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), desarrollado en colaboración con otras autoridades autonómicas de defensa de la competencia y del mercado. Disponible en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/municipios-y-competencia>.

más de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, hay que tener en cuenta la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) y sus principios, aplicable al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de cualesquiera operadores económicos —incluidos los públicos— legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional, que se rige por los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, y motivación en razones imperiosas de interés general¹¹.

De lo que se trata es de someter a control la afectación a la concurrencia no justificada en el interés público y, por ende, en el bienestar de los ciudadanos. Se erige, pues, en un criterio de control del ejercicio de actividades económicas y de los servicios públicos y sus modos de gestión¹² desde el ángulo de la concurrencia. Los posibles efectos sobre el mercado contrarios a la competencia¹³, cuyo fundamento constitucional se encuentra en los arts. 38 —libertad de empresa en el marco de la economía de mercado— y 128.2 CE, son un indicador que ahora toma en consideración el legislador en el ámbito de la prestación de servicios públicos reservados en régimen de monopolio, a través de la exigencia de informe del órgano de la competencia incorporado al art. 97.2 TRRL por la LRSAL. Este informe ha de adjuntarse a la memoria justificativa. Por su parte, ahora el art. 86.1 LBRL, para el ejercicio de actividades económicas en régimen de concurrencia, impone que el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, además de justificar que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, contenga un análisis del

11. Véase SAN de 22 de junio de 2023, JUR 2023\295623, ECLI:ES:AN:2023:3445, rec. núm. 1/2018, dictada en el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado. La AN, en el FJ sexto, afirma que, en el caso examinado, el Ayuntamiento de Málaga, al regular la actividad en el sector del taxi, ha recogido en su articulado diversas limitaciones que, aunque pudieran tener amparo legal, debieron tener en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad y de no discriminación recogidos en la LGUM, para poder conjugar la necesidad de una regulación en una actividad económica, como es la del servicio del taxi, con el ejercicio de una competencia efectiva. Motivación y justificación que, sin embargo, no se han acompañado de ningún estudio o informe, por lo que se anulan los preceptos impugnados de la Ordenanza Municipal del Sector del Taxi aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga en fecha 30 de abril de 2015, por resultar contrarios a los arts. 3 y 5 LGUM.

12. Desde la perspectiva de la concurrencia, véanse Colomé y Grau (2017), y Ortega Bernardo (2020, 2022).

13. El art. 9.1 LGUM enumera los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, simplificación de cargas y transparencia. El apdo. 2 cita una lista de disposiciones y actos que de manera particular han de cumplir los citados requisitos. Se trata de una lista no tasada, pues se cierra en la letra f) en los siguientes términos: "Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos".

mercado, es decir, del impacto que la iniciativa económica pública tiene sobre la competencia.

La justificación de la actuación debe incluir una motivación suficiente y adecuada que conste que se ha escogido la mejor vía para alcanzar el objetivo perseguido, la proporcionalidad de la medida con respecto a la finalidad perseguida, sin ir más allá de lo que resulta necesario para conseguir el objetivo de interés público que la justifica, de forma que la distorsión producida en el mercado sea mínima. En definitiva, como proclamó la Comisión Nacional de Competencia en su Informe 126/7/08, de Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia: “En aquellos casos en que la consecución de los objetivos definidos requiera introducir, directa o indirectamente, algún tipo de restricciones a la competencia, debería ser condición necesaria para su aprobación la justificación de la necesidad de tales restricciones. Al fin y al cabo [...] la libertad de empresa y el buen funcionamiento del mercado son objetivos a cuya defensa también vienen obligados los poderes públicos” (p. 20).

4.1. Servicios reservados prestados en régimen de monopolio (art. 86.2 LBRL)

El vigente art. 86.2 LBRL preceptúa:

“Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma”.

4.1.1. Informe del órgano de la competencia antes de la LRSAL

Con anterioridad a la introducción de la exigencia de informe preceptivo del órgano de la competencia en el art. 97.2 TRRL por la LRSAL, los órganos

de defensa de la competencia han valorado el impacto sobre la competencia de las decisiones sobre la prestación de servicios públicos y sus formas de gestión, con ocasión de informes solicitados por el órgano autonómico competente para el control de legalidad del ejercicio de las actividades económicas de las entidades locales en régimen de monopolio. Estos informes, no exigidos por el art. 97 TRRL antes de la LRSAL, eran, pues, facultativos, además de no vinculantes. Si la memoria no contenía argumentos que justificasen la mayor eficiencia de la prestación del servicio público en régimen de monopolio frente a otra más competitiva en el mercado, en ocasiones el órgano autonómico competente en Administración local ha advertido la necesidad de completar el expediente administrativo regulado en el art. 97 TRRL con un “Informe en el que se analice la conveniencia o no del régimen de monopolio frente al de libre concurrencia”¹⁴.

Con carácter general, en esta etapa anterior a la LRSAL, los órganos de defensa de la competencia, cuando se les ha requerido, han llevado a cabo un examen detallado y riguroso, desde la perspectiva de la concurrencia y del mercado, de los acuerdos relativos a la prestación de servicios públicos locales, a través del análisis de la justificación en la memoria de la conveniencia y oportunidad de la medida, en particular en sus aspectos sociales y económicos¹⁵. Cabalmente, han elaborado una sólida doctrina antes de

14. En este sentido, puede verse el Informe 07/08, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, sobre la municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), en régimen de monopolio y mediante gestión indirecta a través de la creación de una sociedad de economía mixta, de 23 de diciembre de 2008.

15. Por ejemplo, puede citarse antes de la LRSAL, también del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía: I 04/08 - Informe sobre la creación por el Excmo. Ayuntamiento de Baeza del servicio de transporte colectivo de viajeros, en régimen de monopolio, de 5 de noviembre de 2008. Baeza es un municipio que tiene algo más de 16 000 habitantes censados, por lo que este servicio no tiene carácter obligatorio, pero su establecimiento se justifica con base en la disponibilidad de los medios suficientes para su prestación (2 personas con contrato laboral y 1 autobús propio), y debido al interés que tiene para la sociedad de Baeza, puesto que reporta un beneficio a los ciudadanos de este término municipal, al conseguir una mayor integración de todos los barrios periféricos con el centro. Asimismo, ha realizado la valoración económica de los costes previstos como consecuencia de la implantación del servicio. Se prevé que la tasa propuesta de cobertura del servicio sería del 40,85 %. No obstante, según consta en el expediente y queda acreditado mediante certificado emitido por la Intervención, el Ayuntamiento se compromete a cubrir la diferencia entre las tasas percibidas y los costes anuales de gestión mediante fondos propios. También puede verse el Informe 01/10, igualmente del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, sobre la creación del servicio de transporte colectivo de viajeros en régimen de monopolio por el Ayuntamiento de Mancha Real. Se considera suficientemente motivada la conveniencia y oportunidad de su prestación por razones de interés público (conseguir mayor integración de todos los barrios periféricos con el centro, y facilitar el acceso al centro de salud), y por disponer de los medios humanos y materiales para ello (1 persona con contrato laboral, y un vehículo adaptable de nueve plazas con conductor).

que la LRSAL incorporara la perspectiva de la competencia e impusiera su informe preceptivo.

4.1.2. Informe preceptivo del órgano de la competencia tras la LRSAL

En primer lugar, se requiere la justificación de la opción del monopolio versus el régimen de concurrencia. Aunque se trate de actividades reservadas, la prestación efectiva en monopolio como excepción a la concurrencia exige la justificación de la necesidad en atención a los objetivos perseguidos y a las circunstancias concretas de cada entidad local. La decisión de configurar la prestación de un servicio público en régimen de monopolio o en concurrencia con la iniciativa privada tiene una importancia capital, ya que de esta decisión depende la existencia o inexistencia de competencia en el mercado. Si se opta por la prestación del servicio o actividad en régimen de libre concurrencia, el ente local (independientemente de la forma de gestión elegida) se convierte en un prestador que compite, en igualdad de condiciones, con la iniciativa privada, y, en consecuencia, el ciudadano puede optar por una pluralidad de prestadores. En cambio, cuando se produce una reserva monopolista, los servicios los presta la Administración, directa o indirectamente, en régimen de exclusividad, negando la libertad de empresa a la iniciativa privada. Desaparece, pues, la competencia en el mercado.

Al entrar a evaluar los motivos alegados en la opción de eliminación de la competencia en el mercado en el caso del servicio de abastecimiento de agua potable, los órganos de defensa de la competencia no consideran motivo suficiente por sí mismo que la infraestructura sea de titularidad municipal, o la existencia de problemas con las entidades privadas que prestan el servicio, que lo lleven a cabo sin vínculo contractual con el ayuntamiento, pues "las disfunciones e irregularidades señaladas por el Ayuntamiento podrían justificar, por ejemplo, la conveniencia de cambiar de prestador de este servicio pero no tienen la virtualidad de explicar por sí mismas por qué la gestión directa mediante el monopolio público es preferible frente a otras posibles fórmulas de prestación de los servicios públicos"¹⁶.

En cambio, desde la óptica de la competencia sí son causa justificativa: el carácter de monopolio natural (infraestructuras y redes), como es el caso

16. Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO), de 26 de marzo de 2015, sobre el establecimiento en régimen de monopolio del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable del municipio de Santa María d'Oló (con referencia núm. OB 19/2015), pp. 5-6.

de la gestión del ciclo del agua, mercados caracterizados por la existencia de elevados costes fijos y en los que la prestación por un único operador (o pocos operadores) se considera más eficiente; el carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios para su prestación o la irreplicabilidad de la red de abastecimiento de agua potable por parte de otros operadores¹⁷. En este mismo sentido podemos citar a la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO), “Ref. nº: OB 63/2023 – INF art. 97.2 RDL 781/1986 abastecimiento agua Riells i Viabrea (SG/AC)”, de 27 de marzo de 2023 (asunto: Informe emitido de conformidad con el art. 97.2 TRRL en relación con el establecimiento e implantación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en el municipio de Riells i Viabrea)¹⁸. En cuanto al carácter de monopolio natural de la actividad de referencia, así lo consideró la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe del año 2015: “*The Governance of Water Regulators*”¹⁹. En este mismo sentido se manifestaba el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 30 de enero de 2020, de título: “Estudio sobre los servicios de abastecimiento y saneamiento de agua urbana” (referencia E/CNMC/07/19)²⁰.

Pero dicho monopolio natural que conlleva exclusión de la competencia en el mercado ha de limitarse a lo estrictamente indispensable para la prestación del servicio, en este caso de abastecimiento de agua, y no a otras

17. Informe de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia, ref. núm. OB 35/2017 - Inf. art. 97.2 RDL 781/1986 Vidreres (SG/AC), de 22 de marzo de 2017, en relación con el establecimiento del servicio de abastecimiento de agua potable en régimen de monopolio en el término de Vidreres. El Ayuntamiento de Vidreres ya prestaba directamente el servicio en el núcleo urbano y la urbanización Mas Flasià. Con la municipalización en régimen de monopolio pretendía extender esta forma de gestión al resto de las urbanizaciones. En parecidos términos, el I 07/08- Informe sobre la municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), en régimen de monopolio y mediante gestión indirecta a través de la creación de una sociedad de economía mixta. En lo referente a la depuración de aguas residuales, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía estima que se debería recurrir a argumentos específicos, por cuanto ni la demanialidad ni la prestación en red constituyen elementos que concurran en el desarrollo de esta actividad.

18. Actualmente, el servicio de abastecimiento de agua potable en el municipio de Riells i Viabrea es prestado por un único operador, la empresa Abastaments d'Aigua del Tordera, SL, la cual no tendría ningún tipo de relación contractual con el Ayuntamiento, Administración titular de la competencia. De hecho, es ahora cuando el Ayuntamiento de Riells i Viabrea ha iniciado la tramitación del expediente de creación del servicio público municipal, considerando oportuno establecer el servicio público de abastecimiento de agua potable en el municipio en régimen de monopolio por medio de una sociedad de economía mixta, con participación mayoritaria del propio Ayuntamiento (que suscribe el 55 % de las acciones de la sociedad; el 45 % restante serían suscritas por un socio privado), como modo indirecto de gestión.

19. Disponible en <https://www.oecd.org/cfe/regionaldevelopment/OECD-Principles-Water-spanish.pdf>.

20. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/3750402_2.pdf.

prestaciones o actividades complementarias. Así, el citado Informe ACCO, “Ref. nº: OB 63/2023”, acertadamente advierte que “en términos de competencia sería conveniente que el monopolio no abarcara más prestaciones o actividades que las estrictamente necesarias para la correcta gestión del servicio, de manera que todas aquellas actuaciones no intrínsecas y esencialmente vinculadas al servicio [...] (por ejemplo, la realización de obras de extensión de la red o de determinadas acometidas suministros, conservación y mantenimiento de contadores, etc.) podrían ser realizadas por otros prestadores de servicios en régimen de competencia y sometidos a un régimen de reglamentación y especificación técnica adecuado”, garantizando los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia.

De hecho, esta es una recomendación que la ACCO ha efectuado en las anteriores ocasiones en que ha elaborado informes en aplicación del artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y de manera general en el estudio: “*Anàlisi de competència en el subministrament d'aigua a l'àmbit urbà*”, de abril de 2022 (ES 24/2020)²¹, en el que llama especialmente la atención el caso de la instalación y el mantenimiento de contadores, pues en la mayoría de municipios la propia empresa que suministra el agua proporciona también los contadores y se encarga de su mantenimiento. Por tanto, el grado de competencia es prácticamente inexistente y se observan precios elevados.

También se ha considerado un monopolio natural que justificaría la supresión de la competencia en el mercado el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, en los siguientes términos: “Tanto las economías de escala de la actividad de recogida de residuos sólidos urbanos como consideraciones medioambientales apuntan a la existencia de un monopolio natural. [...] En efecto, ni hay en la práctica competencia ‘en el mercado’ de recogida de residuos en Villamayor de Gállego bajo el régimen actual, ni la habría bajo el régimen que ahora se propone. Una competencia que no existe no puede sufrir deterioro. No parece por ello que la opción por el régimen de monopolio suponga de por sí un verdadero problema para la competencia ‘en el mercado’”²².

21. Disponible en https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20220426_estudi_subministrament_aigua_cat.pdf.

22. Informe 3/2021, de 3 de febrero de 2022, del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, sobre la propuesta de cambiar el modo de gestión del servicio de recogida de residuos en el municipio de Villamayor de Gállego, pasando de su gestión indirecta —a través de una empresa privada seleccionada por concurso— a una gestión directa —a través de una encomienda a la Mancomunidad Ribera Izquierda del Ebro—. Afirma que el titular del monopolio, sea priva-

El art. 85.2 LBRL manda que la elección entre las formas de gestión directa e indirecta se cimiente en criterios de sostenibilidad y eficiencia. La decisión sobre la forma de gestión también es importante en clave de competencia, por lo que exige justificarse también cuando la opción es la gestión indirecta en la que, frente a la directa, se mantiene la competencia por el mercado. De la memoria han de deducirse con claridad las ventajas que se derivan del método de gestión del servicio elegido²³. En términos de competencia podría pensarse *a priori* que siempre será preferible optar por una gestión indirecta, pues lleva asociado un mayor grado de competencia, al concurrir en la licitación por la adjudicación del contrato²⁴. Pero no siempre es así, y así lo han reconocido los órganos de defensa de la competencia. En ocasiones, los beneficios derivados de una gestión eficiente pueden ser superiores a los derivados del juego de la competencia, por lo que habrá que optar por la gestión directa si esta se demuestra más eficiente.

No obstante, entre la doctrina consideran que existe un sesgo en favor de la gestión indirecta, a pesar de la aparente neutralidad de los arts. 85 y siguientes de la LBRL. *Vid.* Esteve Pardo (2017: 336) y también Huergo Lora (2019: 143-145), que señala que los requisitos de motivación de los arts. 85 y 86 LBRL son más estrictos para justificar la gestión directa (especialmente la monopolista) y la creación de nuevas personas jurídicas que para optar por la gestión indirecta mediante contrato, y que se ponen más facilidades para que

do o público, es irrelevante a este respecto. Puede verse el anexo sobre el sector de la recogida de residuos en España que incluye el Informe.

23. Así se manifiesta en I 07/08- Informe sobre municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), de 23 de diciembre; el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía considera insuficiente la memoria, pues no se prevén avances, entre otros, en materia de incorporación a la red municipal de abastecimiento de la población del municipio que lo hace a través de redes propias, dejándose esta circunstancia a la libre voluntad de los ciudadanos y de apreciación de las condiciones de cesión de las redes privadas por parte de la empresa mixta; tampoco se asumen las obligaciones en materia de depuración de aguas establecidas en la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, tarea que, según se dice, se acometerá en la medida que entre en funcionamiento una estación depuradora por parte de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Oriental.

24. El citado I 07/08, de 23 de diciembre, Informe sobre la municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), considera positivo que el Ayuntamiento de Nerja reemplace el actual sistema de gestión directa (donde la competencia es inexistente) por otro de carácter indirecto basado en un mecanismo de colaboración público-privada institucionalizada. Además de por el hecho de que los ciudadanos del servicio se vayan a beneficiar de las ventajas del *know how* del socio privado, o de que el servicio se vaya a gestionar desde una entidad especializada en la prestación del servicio del ciclo integral del agua, también porque el nuevo modelo de gestión supone la incorporación de cierta dosis de competencia a la prestación del servicio: la que se establecerá entre los candidatos a participar en la sociedad de capital mixto como socio privado, lo que a su vez debería producir un aumento en la eficiencia en la prestación del servicio.

esos recursos se gasten en un contrato que para que se comprometan con la incorporación de nuevo personal: el problema de los fijos discontinuos.

En otro orden de cosas, hay que apuntar las disfunciones que desde la perspectiva de la competencia causan las prórrogas irregulares de los contratos de concesión de servicios y de servicios²⁵, así como en general el control de su adecuada ejecución²⁶.

Se consideran carentes de fundamento las justificaciones genéricas, como por ejemplo invocar el “peligro” que a menudo conlleva la gestión indirecta de convertirse en un sistema de difícil control público, lo que aconseja inclinarse por un modelo de gestión directa, cuando no se contiene un análisis detallado, en términos de sostenibilidad y eficiencia, de las distintas opciones legalmente posibles²⁷, o que “desde la Administración se atienden mejor las necesidades colectivas, en tanto que representante del interés general”²⁸.

Es relevante subrayar que desde la perspectiva de la competencia es legítimo valorar la modalidad de gestión escogida por la entidad local con otros principios, además de los de sostenibilidad y eficiencia, tales como la sostenibilidad ambiental. Así lo ha proclamado la ACCO en el citado Informe, “Ref. n.º: OB 63/2023 – INF art. 97.2 RDL 781/1986 abastecimiento agua Riells i Viabrea (SG/AC)”, de 27 de marzo de 2023. En el apdo. 5 de la Memoria, dedicado al estudio de costes y proyecto de tarifas, la Administración municipal declara:

25. Puede verse la Comisión Gallega de la Competencia (CGC) en el seno del proyecto Municipios y Competencia - Informe prórrogas de las concesiones 2022. Analiza las prórrogas de los contratos de las concesiones de servicios públicos (abastecimiento/tratamientos de aguas, residuos sólidos urbanos y transporte) de las siete ciudades gallegas. Se constata que constituyen una barrera de acceso a nuevos competidores potenciales. Las prórrogas deberían transformarse en un instrumento más restrictivo. Solo en casos excepcionales y preferentemente con informe de la autoridad de competencia correspondiente. Disponible en file:///C:/Users/usuario/Downloads/INFORME_prorrogas_cgc_2022%20(11).pdf.

26. Rama *et al.* (2020: 250), en relación con el seguimiento de contratos en el nivel local, pone de manifiesto que los análisis preliminares revelan que existe una carencia de recursos humanos y económicos para llevar a cabo un seguimiento continuo y adecuado. La complejidad del cambiante contexto jurídico y la falta de apoyo o conocimiento jurídico complican la esencial tarea de controlar el desempeño de las empresas privadas a las que las Administraciones confían la prestación de los servicios públicos.

27. Informe ACCO, ref. núm. OB 35/2017 - Inf. art. 97.2 RDL 781/1986 Vidreres (SG/AC), de 22 de marzo de 2017, en relación con el establecimiento del servicio de abastecimiento de agua potable en régimen de monopolio en el término de Vidreres.

28. I 02/10- Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Véjer de la Frontera (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio, de 21 de enero de 2010, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, que la califica de reflexión inconsistente, toda vez que el propio legislador regula las modalidades indirectas de gestión para que la Administración escoja la más eficiente y que mejor satisfaga las necesidades de los administrados.

“Por lo tanto, en el momento de adoptar la decisión sobre la forma de gestión nos encontramos ante una legislación básica de carácter general que nos remite principalmente a criterios económicos (sostenibilidad financiera y eficiencia en la asignación de recursos públicos) y una legislación básica de carácter sectorial que nos remite principalmente a criterios ambientales (sostenibilidad ambiental y mejora de la calidad y cantidad del recurso).

Son estos los principios en relación a los cuales hay que evaluar la idoneidad de las diferentes formas de gestión para los servicios del ciclo urbano del agua.

Los criterios de sostenibilidad ambiental no son necesariamente contradictorios con los criterios de sostenibilidad financiera. De hecho, la precitada Directiva Marco del Agua, [...] establece el principio de plena recuperación de costes, no para que a una directiva de carácter ambiental le preocupe la estabilidad presupuestaria de los estados miembros, sino porque es un instrumento esencial para la gestión de la demanda y promover un uso sostenible del recurso.

Ahora bien, sí que podemos encontrar una zona de sombra entre los principios de sostenibilidad ambiental y de eficiencia, si al calcular esta última no se incorporan como haría falta los costes ambientales o externalidades. Por ejemplo, la mejora de la eficiencia hidráulica de las redes a partir de determinados niveles puede tener un coste económico desproporcionado en relación al ahorro de costes directos del servicio que genera, es decir, que el coste de compra e impulsión del agua que se ahorra es inferior al coste de las actuaciones necesarias para generar estos ahorros. Sin embargo, este mismo saldo puede ver invertido su signo si contamos adicionalmente el coste ambiental generado para no ahorrar este recurso”.

Justificación plenamente respaldada por la ACCO, que incluso llega a felicitar por el esfuerzo justificativo llevado a cabo por la entidad local.

Consideración especial en términos de concurrencia por el mercado merece la elección de la empresa mixta como forma de gestión indirecta del servicio, cuyo fundamento se encuentra en la disposición adicional vigésima segunda de la LCSP, bajo la rúbrica: “Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta”. De nuevo traemos a la palestra el Informe ACCO de 27 de marzo de 2023, relativo al abastecimiento de agua en Riells i Viabrea. Si bien la prestación del servicio en régimen de monopolio comporta la eliminación de la competencia en el mercado, pues solo un operador —sea público o priva-

do— puede prestar este servicio, si se hubiera optado, por ejemplo, por una concesión de servicios en vez de la sociedad de economía mixta, eso habría comportado que en el momento de la licitación del contrato, y cada vez que se hubiera de licitar de nuevo, se activara lo que denominamos competencia por el mercado. Esta opción no provocaría un cierre definitivo del mercado, sino temporal: una vez adjudicado el contrato a un operador determinado, la competencia por el mercado desaparecería durante toda la vigencia del contrato, pero reaparecería cuando se produjeran las posteriores y sucesivas licitaciones. Por lo que se concluye lo siguiente: “Visto el cierre de mercado que se producirá una vez se elija el socio privado que acompañará a la Administración en la sociedad de economía mixta, es clave que el proceso de selección del mismo se diseñe de la manera más pro competitiva posible; en otras palabras, es necesario que se respeten al máximo los principios de igualdad de trato, libre competencia y no discriminación, de manera que el procedimiento utilizado permita capturar plenamente los beneficios de la competencia que se produzca en aquel momento”.

El art. 85.2 LBRL manda que, dentro de los modos directos de gestión, se opte por las modalidades de entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local cuando quede acreditado que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) del precepto, es decir, por la propia entidad local y por organismo autónomo local. La referida preferencia legal puede plantear la cuestión de la suficiencia de la justificación de la forma de gestión directa por la propia entidad local escogida, forma que prioriza el legislador junto a la modalidad del organismo autónomo local. Para la ACCO, en el Informe “art. 97.2 RDL 781/1986 Vidreres (SG/AC)”, de 22 de marzo de 2017 (“Ref. núm. OB 35/2017”), el estudio económico contenido en la memoria solo analiza aspectos relacionados con los costes que supone la prestación del servicio por el propio ayuntamiento, sin contener un análisis o una estimación de las otras alternativas posibles. Debería, pues, en este caso analizar dichas alternativas. “Sin embargo, respecto a este punto, la ACCO es consciente de que la propia normativa local prioriza la gestión directa por la propia entidad local, junto con el recurso a la figura del organismo autónomo local, y solo permite el uso de las entidades públicas empresariales o las sociedades mercantiles locales cuando estas resulten ser formas de gestión directa más sostenibles y eficientes que las anteriores, teniendo en cuenta criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión”.

Puede citarse el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA) 3/2021, de 3 de febrero de 2022, sobre la propuesta de cambiar el modo de gestión del servicio de recogida de residuos en el municipio de Villamayor de Gállego, pasando de su gestión indirecta a una gestión

directa a través de una encomienda a la Mancomunidad Ribera Izquierda del Ebro. En términos de competencia por el mercado, la Mancomunidad como medio propio suprimiría totalmente dicha competencia. Es de prever además que la consiguiente ausencia de presión competitiva sobre el prestatario del servicio acabe redundando negativamente en la relación calidad/precio de los servicios ofrecidos al ayuntamiento y, en último término, a los ciudadanos. Por ello, el TDCA recomienda al ayuntamiento que, “junto a la propuesta remunicipalización del servicio planteada, valore también la posibilidad de mantener el actual sistema de gestión indirecta, pero convocando un procedimiento de licitación pública competitiva y transparente, de conformidad con la normativa de contratos del sector público”. Opción que permitiría al ayuntamiento remplazar el contrato actual, ya vencido, por otro nuevo que se atribuiría a la oferta con mejor relación calidad precio.

Por último, el informe exigido por el art. 97.2 TRRL tiene carácter preceptivo, pero no vinculante, siguiendo lo preceptuado en el art. 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Otra cosa es la incidencia de su omisión sobre la validez del procedimiento y, por ende, del acuerdo de municipalización adoptado, y su consideración como causa de anulabilidad ex art. 48 LPAC, asunto sobre el que todavía no se han pronunciado los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cualquier caso, estimo que se trataría de un vicio subsanable a tenor del art. 52 LPAC²⁹, cuando en la memoria se contengan suficientemente justificados los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, y se determine la forma de gestión según el art. 97.2.b) TRRL, pues aunque la falta de la petición del informe supone la ausencia de la valoración de la decisión desde la perspectiva de la competencia, el acto estaría suficientemente motivado. La subsanación se produce mediante la petición de informe, como dispone el apdo. 4 del art. 52: “Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente”.

4.2. El impacto de la iniciativa económica local sobre el mercado (art. 86.1 LBRL)

Para el ejercicio de la iniciativa económica en régimen de concurrencia, el art. 86.1 LBRL, tras la LRSAL, manda que en el expediente acreditativo de la

29. El art. 52.1 LPAC dispone: “La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”.

conveniencia y oportunidad de la medida se justifique no solo que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, en cuyo caso no puede ejercer la iniciativa económica, sino “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”. Este análisis de mercado constituye una novedad. Tanto la iniciativa económica empresarial como la prestación de servicios públicos en régimen de concurrencia exigen el respeto del principio de neutralidad competitiva de los mercados. El marco regulador de la actividad ha de garantizar la igualdad de condiciones y la competencia leal entre los operadores económicos, sin otorgar privilegios a los operadores públicos, de manera que estos obtengan ventajas competitivas.

Se ordena un análisis de la necesidad de la intervención en el mercado y de sus efectos, como carga justificativa que se impone a la propia entidad local, aunque no se exige informe del órgano de la competencia, por contraste con su requerimiento en el caso de actividades reservadas que se presten en monopolio del art. 86.2 LBRL³⁰. Desde la óptica de la competencia, la introducción de un análisis de impacto en el expediente municipal merece una valoración positiva, y así lo proclamó también la entonces Comisión Nacional de la Competencia en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (IPN 88/13)³¹. Mas piénsese que identidad de razón justificaría su exigencia para la Administración del Estado y de las comunidades autónomas como operadores económicos en el mercado. Sin embargo, el legislador no impone dicho requisito para las sociedades mercantiles estatales reguladas en los arts. 111 a 117 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), ni, a modo de ejemplo, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA) para las sociedades mercantiles del sector público andaluz reguladas en los arts. 75 a 77.

En definitiva, dicho análisis es una carga justificativa del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida que ha de llevar a cabo la propia entidad local³².

30. Colomé y Grau (2017: 157) apuntan que más allá del caso del informe preceptivo introducido en el art. 97.2 TRRL también es y debe ser vocación de estas autoridades, especialmente de las autoridades autonómicas de competencia, “ofrecer el apoyo necesario a los entes locales para que adopten, en los distintos ámbitos de responsabilidad que tienen encomendados, decisiones favorecedoras de la competencia, y para que, de manera general, incorporen los principios de la política de competencia como variable a tener en cuenta en sus procesos de toma de decisiones”.

31. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/424463_7.pdf.

32. Pueden verse, a modo de ejemplo: Ayuntamiento de Guadalajara, “Informe de conveniencia y oportunidad de la gestión del servicio público. ART. 86.1 LBRL. Contrato de concesión de servicios

Dado que el art. 86.1 LBRL no exige la intervención de los órganos de la competencia, su intervención tendrá lugar a instancia del propio municipio por vía de petición de informe facultativo y no vinculante (arts. 79.1 y 80.1 LAPC) al órgano de defensa de la competencia autonómico correspondiente. De ahí que las evaluaciones de los órganos de defensa de la competencia en los supuestos del art. 86.1 LBRL en estos diez años sean escasas. Como ejemplo, encontramos la valoración de la ACCO del interesante caso de los servicios odontológicos del Ayuntamiento de Barcelona, de 1 de marzo de 2019. Constituye manifestación del ejercicio de la iniciativa pública económica en el mercado de los servicios de odontología en la ciudad de Barcelona como un operador económico más, en régimen de libre competencia. La ACCO valora positivamente la iniciativa como mecanismo que puede contribuir a inducir demanda en el mercado de los servicios odontológicos en Barcelona entre determinado colectivo de ciudadanos. Sin embargo, 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. Llega a la conclusión de 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”.

El acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona de 29 de marzo de 2019, por el que la Administración municipal ejerce la actividad de servicios de odontología, fue impugnado por el *Col·legi Oficial d'Odontòlegs i Estomatòlegs de Catalunya* (COEC). El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Barcelona, en sentencia de 30 de abril de 2021, estimó el recurso al considerar que el ejercicio de la iniciativa pública económica de los municipios debe llevarse a cabo en el ámbito de sus respectivas competencias, y que el Ayuntamiento de Barcelona carece de competencia para la prestación de

para la gestión de los aparcamientos situados en las calles del Ferial y Alvarfáñez de Minaya”, septiembre 2021. Disponible en <https://www.guadalajara.es/recursos/doc/portal/2021/11/19/2021-11-19-informacion-publica-contrato-de-concesion-de-servicios-para-la-gestio.pdf>.

La creación de este servicio público que coexistirá con los aparcamientos privados está en clara conexión con la competencia sobre “la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas”, del art. 25.2.b) LBRL. La iniciativa de establecimiento del servicio de aparcamiento en las calles de Alvarfáñez de Minaya y del Ferial responde al interés público de mejora de la movilidad en Guadalajara, y cumple los objetivos del Plan de Movilidad Urbana.

servicios de odontología, por estar atribuida a la Generalitat de Cataluña, por lo que se aprecia asimismo una duplicidad de actuaciones administrativas.

Contra la referida sentencia interponen recurso de apelación el Ayuntamiento de Barcelona y la entidad *Barcelona de Serveis* (BSM), que fundamentalmente basan el recurso en la vulneración de los preceptos constitucionales y legales que reconocen la iniciativa pública económica de los municipios, y en el desconocimiento de sus competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, así como en la inexistencia de duplicidad de competencias.

El TSJ de Cataluña, Sección Quinta, por sentencia n.º 3584/2022, de 20 de octubre de 2022, resuelve el recurso de apelación núm. 2150/2021 planteado. En el FJ tercero examina si la prestación del servicio de odontología puede ser de iniciativa municipal, pese a no encontrarse dentro de las competencias locales en el art. 25 LBRL.

El TSJC invoca la STC 107/2017, de 21 de septiembre, que, con relación al art. 7.4 LBRL, proclama que “el legislador básico sigue habilitando directamente por sí a los municipios a las llamadas ‘actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas’, en general, y las complementarias de las desarrolladas por las Comunidades Autónomas, en particular (antiguo art. 28 LBRL)” (FJ 3.a). No obstante, el ejercicio de tales competencias locales presupone la inexistencia de duplicidades, que son analizadas en la citada STC 107/2017 (FJ 3.b), distinguiendo entre los conceptos de “complementariedad” y “duplicidad”. Como se desprende de las propias alegaciones de los ayuntamientos impugnantes, dentro de ámbitos materiales tales como la educación, la sanidad o la vivienda, los servicios municipales serán, en efecto, “complementarios” de las competencias de ejecución estatutariamente atribuidas a las comunidades autónomas, pero no serán “duplicados” si, por ejemplo, las acciones locales específicamente desarrolladas o sus concretos destinatarios no coinciden con los de los servicios autonómicos correspondientes.

Al analizar, en el FJ cuarto, la competencia sobre los servicios de odontología y la iniciativa económica impugnada, se afirma que es la Administración autonómica la que ostenta las competencias en materia sanitaria —en este caso en la vertiente de servicios odontológicos—, las cuales deben ejercitarse conforme a los principios informadores de la Ley de Sanidad de Cataluña, esto es, con una concepción integral e integrada del sistema sanitario en Cataluña, de forma universal para todos los ciudadanos residentes en dicha comunidad.

“Según este marco normativo, la iniciativa municipal para la prestación de servicios de odontología, por medio de una sociedad municipal en régimen de gestión directa, desarrollada al margen de la Administración competente, no se ajusta al marco competencial definido legalmente, ni puede considerarse una actividad ‘complementaria’, pues incide en el ámbito material de prestación de servicios sanitarios competencia de la Administración autonómica, por lo que se produce una duplicidad en el ejercicio de las competencias en los términos que resultan definidos en la doctrina constitucional”.

Se señala que el régimen especial de la ciudad de Barcelona no supone el desplazamiento de la legislación básica local en cuanto a la necesidad de informe previo vinculante de la Administración competente por razón de la materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, conforme al art. 7.4 LBRL. Cuando el art. 58.3 de la Carta Municipal de Barcelona habilita al ayuntamiento a promover toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos que afecten al interés general de los ciudadanos, lo hace con el límite de que no estén expresamente atribuidos a otras Administraciones públicas, o de que se trate de actividades complementarias.

La iniciativa pública a que se refiere el art. 87 de la Carta Municipal de Barcelona debe enmarcarse en el principio de competencia, siendo que en este caso el ámbito material afecta al servicio público de odontología, cuya planificación, ordenación y gestión es competencia de la Administración sanitaria.

La conclusión para el TSJC es que la iniciativa municipal “no se ajusta al marco competencial definido legalmente, ni puede considerarse una actividad complementaria”, puesto que “incide en el ámbito material de prestación de servicios sanitarios competencia de la Administración autonómica e incurre en una duplicidad en el ejercicio de las competencias”.

El TSJC incardina la iniciativa económica local relativa a servicios odontológicos prestados en régimen de concurrencia en el mercado del art. 86.1 LBRL en el marco de las competencias genéricas propias del art. 7.4 LBRL y de sus requerimientos, conexión totalmente ausente en el art. 86.1 LBRL, tanto en la redacción dada por la LRSAL como en la precedente, de la misma manera que la iniciativa económica estatal o autonómica no se vincula a la competencia. No obstante, habrá que estar a un posible recurso de casación en este trascendental asunto para los entes locales.

5. Operadores económicos públicos y Ley de Contratos del Sector Público

Desde la perspectiva del mercado, marco en el que se desenvuelve el derecho a la libertad de empresa garantizado en el art. 38 CE, es claro que acudir a la contratación favorece la concurrencia entre los empresarios, pues esta constituye uno de sus objetivos. Como es sabido, los principios propios de la LCSP son la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, incluyendo criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato. En definitiva, a través de la aplicación de la legislación de contratos del sector público se ha producido una progresiva apertura hacia la concurrencia por parte de los poderes públicos y, en particular, en lo que aquí nos interesa, los entes locales.

La LCSP y sus principios son también aplicables a los operadores económicos públicos cuando actúan no como poder adjudicador, sino como empresario “contratista”, “proveedor” y “prestador de servicios”. En definitiva, queremos poner de manifiesto que es preciso llevar a cabo una interpretación favorable a la concurrencia también en este caso. Precisamente para ello se han ido aquilantando los encargos a medios propios, que no constituyen una relación contractual, sino doméstica o *in house*, y que por tanto, cumpliendo los requisitos legalmente establecidos, se excluyen de la legislación de contratos. Esta cuestión se suscita en particular en torno a la capacidad para contratar, el objeto social y el ámbito territorial de actuación de los operadores económicos públicos, entre los que se incluyen las sociedades mercantiles locales, así como el resto de personificaciones instrumentales: el organismo autónomo local, la entidad pública empresarial local y la empresa mixta, como fórmula de gestión indirecta.

Recordemos que la jurisprudencia comunitaria y estatal reconoce que una Administración pública puede concurrir a una licitación como operador económico en la medida en que esté habilitada para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso y reúna las condiciones para ejecutar el contrato. En la STJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-305/08) se afirma que “tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, o si está o no subvencionada con fondos públicos” (cdo. 42).

Y se añade que “una interpretación restrictiva del concepto de ‘operador económico’ tendría como consecuencia que los contratos celebrados entre entidades adjudicadoras y organismos que no actúan principalmente con ánimo de lucro no serían considerados ‘contratos públicos’, que podrían adjudicarse de común acuerdo y eludirían de este modo las normas comunitarias en materia de igualdad de trato y de transparencia, contrariamente a la finalidad de dichas normas” (cdo. 43). Igualmente cabe citar en este mismo sentido la conocida STJUE de 6 de octubre de 2015 (asunto C-203/14)³³.

5.1. Sobre la capacidad de obrar de las personas jurídicas: objeto social y ámbito territorial

El art. 65.1 LCSP, en el párrafo primero, establece: “Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”.

El art. 66.1 LCSP dispone: “Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”.

Por tanto, la capacidad de obrar de las personas jurídicas ha de ser puesta en relación con su objeto.

5.1.1. Interpretación amplia del objeto social

En cuanto a la apreciación del objeto social, existe una clara tendencia a la interpretación flexible del concepto, entendiéndose que la ley no exige la identidad o equiparación de la definición de las prestaciones propias con

33. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, presentada en el contexto de un litigio entre el *Consorci Sanitari del Maresme* y la *Corporació de Salut del Maresme i la Selva*. En el cdo. 33: “como se desprende del considerando 4 de la Directiva 2004/18, que menciona expresamente a la posibilidad de que un ‘organismo de derecho público’ participe como licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, y del artículo 1, apartado 8, de dicha Directiva, que reconoce expresamente la condición de ‘operador económico’ a toda ‘entidad pública’, la Directiva 2004/18 no excluye que las administraciones públicas puedan participar en las licitaciones”.

la del objeto contractual, de modo que basta con la simple valoración de hallarse incluidas tales prestaciones en el objeto social.

La apreciación amplia que del objeto social debe hacerse es doctrina reiterada mantenida por los órganos consultivos³⁴, órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación³⁵ y la propia jurisprudencia³⁶, considerándose, como afirmaba el Tribunal Central en su Resolución 483/2013, lo siguiente: “La finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre concurrencia. En este sentido, son numerosos los informes de los órganos consultivos en materia de contratación sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata”.

En consecuencia, la capacidad de las personas jurídicas se define con carácter general, y para cualquier contrato, por su objeto social, por lo que habrá que atender a la delimitación del objeto social que se contenga en los estatutos de la sociedad. En este punto, como señalan los órganos consultivos³⁷, así como las resoluciones del Tribunal Central (por ejemplo, la Resolución 174/2013, de 18 de abril), la Ley no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa.

Por tanto, ya se trate de un operador económico privado o público, ha de hacerse una interpretación amplia y no estricta del objeto social y de las actividades que lo integran. En este sentido, hay que recordar la STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 7352), caso empresa municipal de Barcelona “Iniciatives”, que acuñó un pretendido principio de especialidad para las empresas

34. Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA), informes 4/99, 20/00, 32/03; JCCA Aragón, Informe 2/2013; Baleares, informes 11/2002 y 11/2008; Cataluña, Informe 8/2005.

35. Tribunal Central, resoluciones 606/2018, 105/2018, 188/2015, 552/2014, 483/2013, 174/2013; Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, resoluciones 386/2017.

36. STS 879/2018, de 29 de mayo, rec. casación núm. 3746/2015, ECLIES:TS:2018:2008.

37. Entre los que citamos expresamente los informes 2/2013, de 23 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, y 11/08, de 30 de abril de 2009, de la Junta Consultiva de Baleares.

públicas en el caso sociedad mercantil local³⁸ como herramienta de control de la legalidad de la conveniencia y oportunidad de medida. El Tribunal Supremo afirmó que la total indefinición del objeto social conculca el principio de especialidad de la empresa pública, porque solo así puede fiscalizarse si interesa al bien común que se cree y nazca una empresa pública que ejerza aquella o aquellas concretas actividades empresariales o económicas. A nuestro juicio, como se acaba de exponer, ha de llevarse a cabo la interpretación del objeto social con el mismo principio de amplitud que se predica para cualquier persona jurídica. No hay más cargas que las que dispone el legislador en los arts. 86.1 LBRL y 97 TRRL. Otra cosa es que no se cumplan las cargas justificativas que tales preceptos imponen en su vigente redacción.

5.1.2. Ámbito territorial

Estrechamente vinculado con el objeto y la capacidad para contratar se invoca el ámbito territorial para el ejercicio de las actividades que constituyen el objeto social como límite a la capacidad de los operadores económicos públicos y, por ende, causa de exclusión del licitador por falta de capacidad para contratar.

Del art. 128.2 CE no se halla condicionante territorial alguno para el desempeño de actividades económicas en régimen de concurrencia. Por lo demás, a pesar de que la iniciativa económica local en el art. 86.1 LBRL se ha modulado introduciendo condicionantes y causas justificativas, no se limita por razón del ámbito territorial de competencia de la/s Administración/ones de adscripción o a la/s que está vinculada. Sin embargo, esta cuestión es asunto que ha dado lugar a controversias en los procedimientos de adjudicación de los contratos del sector público. La única limitación territorial deriva de la condición de medio propio, es decir, relación interna y no contractual entre el/los poder/es adjudicador/es y su medio propio, en aras de garantizar la concurrencia y el mercado, por lo que se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos, exigidos en los arts. 32 y 33 LCSP:

— Que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo (ex arts. 32.2.b] y 33.2.c] LCSP).

38. Sosa Wagner (1990).

– La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: (1.º) Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio. (2.º) Verificación, por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social (art. 32.2.d] LCSP).

5.1.3. Sociedad mercantil local e interlocal versus empresa pública local en la LAULA

Esta es la razón por la cual la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (LAULA) ha diferenciado entre sociedad mercantil local y sociedad interlocal como modo directo de prestación de los servicios públicos, y la empresa pública local. La ratio distintiva esencial sobre la que se construye tal delimitación en la Ley es que las sociedades mercantil local e interlocal son medios propios, se identifican con la condición de medio propio y como tales han de cumplir los requisitos que para los encargos a medios propios impone la LCSP (arts. 32 y 33) para excluir de la aplicación de la LCSL los encargos de ejecución obligatoria que realizan los entes locales poderes adjudicadores que las controlan.

Quizás el legislador andaluz no haya aclarado suficientemente las características que conforman la sociedad mercantil local por contraste con la empresa pública local, pero hay que advertir que dichas características sí se positivizan para la sociedad mercantil interlocal —fórmula que por cierto se ha importado por el art. 95.5 LILE y por el art. 9.3 LGAME—, con la que comparte idéntica naturaleza la sociedad mercantil local, cuyos principios en identidad de razón también le son aplicables, aunque el legislador lo haya dado por sobreentendido.

Para clarificar esta cuestión, vamos a exponer las características de la sociedad mercantil local e interlocal y de la empresa pública local en la LAULA.

El legislador andaluz adopta el concepto comunitario de servicio de interés general para superar la falta de rigor del concepto de servicio público local que maneja la LBRL. Por lo demás, está acorde con la evolución sufrida por el propio concepto orgánico subjetivo de servicio público hacia otro objetivo funcional por mor de la liberalización amparada por el derecho europeo. El art. 26 LAULA declara lo siguiente: “Son servicios locales de

interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía”.

Los servicios de interés general pueden prestarse, pues, en régimen de servicio público o mediante actividad reglamentada. Los servicios de interés general prestados en régimen de servicio público pueden prestarse por gestión propia o directa, o mediante contrato. Lo relevante a efectos del derecho europeo es que en los servicios de interés general caben excepciones a las reglas de mercado y de la concurrencia para garantizar la misión de interés general que tienen encomendada. El art. 33.2 LAULA establece, para la gestión en régimen de servicio público, que “tiene la consideración de gestión propia o directa la prestación de los servicios públicos que las entidades locales desarrollen por sí o a través de sus entes vinculados o dependientes”. En estas modalidades la entidad local asume la responsabilidad y el riesgo de la prestación. A continuación, el mismo precepto enumera tales modalidades, destacando en lo que aquí interesa las letras e) —la sociedad mercantil local— y f) —la sociedad interlocal—. Queda, pues, claro que las modalidades de gestión directa son todas aquellas en las que la entidad local opta por el ejercicio de la potestad autoorganizatoria para la prestación del servicio o actividad, y no por la contratación. Miran, pues, al plano interno o doméstico de sus relaciones con las entidades locales que las constituyen.

a) La sociedad mercantil local del art. 38 LAULA

Se regula para la prestación de actividades y servicios de competencia local. El art. 38 establece que “las sociedades mercantiles locales tendrán por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local y se regirán, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados”. El apartado tercero, por lo que aquí nos interesa, señala que “la sociedad mercantil local deberá adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil con responsabilidad limitada y su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local”.

La sociedad mercantil local es una manifestación de la potestad organizatoria local, lo que implica que sus relaciones con la entidad local matriz

—sea un municipio o, por ejemplo, una mancomunidad de municipios— se excluyen de la contratación pública. Es un servicio personificado, un medio de la entidad local matriz a efectos de la legislación de contratos del sector público y, por ende, de la realización de encargos de ejecución obligatoria, toda vez que la relación es puramente doméstica o interna. De ahí que la sociedad mercantil local solo tenga capacidad de obrar para relacionarse y llevar a cabo el objeto social que le es propio principalmente con la entidad local matriz que la constituye, y que ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. De ahí que sus actividades se limiten al ámbito territorial de la entidad local, para la que es una pura organización instrumental³⁹.

b) La sociedad interlocal del art. 39 LAULA⁴⁰

La fórmula hay que delimitarla adecuadamente, al objeto de que se acomoden al derecho comunitario de la contratación pública, y, en particular, a su exclusión, los denominados negocios domésticos o *in house providing*⁴¹. La sociedad mercantil interlocal, como fórmula de colaboración y de control conjunto por varios entes locales, ha de cumplir cumulativamente los requisitos enunciados por el TJCE en el asunto Teckal y sus desarrollos ulteriores: ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades locales encomendantes, al ejercer estas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios; y que la mayor parte de su actividad la realice para las entidades encomendantes en su conjunto.

El art. 39 se ajusta a los requisitos de los medios propios o servicios técnicos. El precepto dispone:

“Las entidades locales podrán crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia, prestación que tendrá la consideración de gestión propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

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

39. Montoya Martín (2012).

40. El art. 95.5 LILE dispone: “Las entidades locales podrán crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios que no sean de mercado, en el ámbito de su competencia y en el territorio de las entidades que las crean, y cuyo capital deberá ser exclusivamente local”. Por su parte, el art. 9.3 LGAME preceptúa: “Asimismo, la potestad de autoorganización local se podrá manifestar, por medio de la creación de sociedades mercantiles de capital local e interlocal, así como a través del resto de entes públicos y privados del sector público institucional local, con la finalidad de prestar servicios públicos municipales o de carácter provincial”.

41. Seguimos nuestro trabajo en Montoya Martín (2010: 157-159).

- 2) Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.
- 3) Adopción de acuerdos por mayoría e integración de los órganos sociales por los entes que la componen.
- 4) No pueden tener encomendadas actividades de mercado.
- 5) Como forma de gestión propia, la sociedad inter local solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean”.

No obstante, precisan de aclaración los requisitos 4) —no ejercer actividades de mercado— y 5), que ordena que, en calidad de medio propio, la sociedad solo pueda prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean. Ambos requisitos están relacionados, y han de interpretarse en clave de la legislación de contratos a efectos de su exclusión. Se entiende por actividad de mercado cualquier actividad, dentro del objeto social, prestada para un tercero, sea privado o público, entendiéndose por tercero un ente distinto de los poderes adjudicadores locales que integran y controlan la sociedad como medio propio. La delimitación de los encargos a “medios propios” de la Administración evoca la cuestión previa y elemental de la delimitación de las relaciones instrumentales de las contractuales, pues solo de estas últimas se predicen las garantías propias de la contratación pública, ya que el fundamento de los encargos domésticos se encuentra en la inexistencia de relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es la libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos. Insistimos: se trata de una opción de naturaleza organizativa.

Ejercer la parte esencial de su actividad para los entes que controlan el medio propio, es un requisito que se configura como elemento definidor de los encargos *in house*, fundamento del medio propio como manifestación de la potestad autoorganizatoria de las Administraciones, que excluye la existencia de relación contractual; y, de otra parte, es un elemento esencial para que no se distorsione la competencia en el mercado. Este peligro es el que ha tratado de conjurar la LAULA con la prohibición de ejercer actividades de mercado, en el bien entendido de que la actividad de mercado, que, como medio propio, es decir, excluido de la legislación de contratos, tiene vedada la sociedad interlocal, se define no por su naturaleza, sino en función de para quién se desarrolla. Será actividad de mercado toda aquella que ejerza la compañía mercantil para entes distintos de los

poderes adjudicadores locales que la integran y ejercen un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios⁴².

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

Este asunto se ha suscitado en nuestro ordenamiento jurídico, en particular en el ámbito local, en relación con las sociedades mercantiles locales como modo de gestión de los servicios públicos (art. 46 RSCL), y tiene su origen en la confusión entre la empresa pública como manifestación del ejercicio de iniciativa pública económica, sometida a la libre concurrencia y al mercado, y donde, en principio, no ha lugar a limitación territorial alguna en el ejercicio de la actividad económica, y la empresa pública como manifestación de la potestad autoorganizatoria de la Administración que la controla, en cuyo caso el ámbito de la competencia territorial de la Administración matriz que controla se erige también en límite de la extensión territorial de la parte esencial de su actividad que el medio propio realiza como tal. En este sentido ha de entenderse lo dispuesto en el art. 89.1, aunque no resulte afortunada su regulación, al definir el concepto de término municipal⁴³.

c) La empresa pública local de los arts. 45 a 49 LAULA

Es manifestación de la iniciativa económica local reconocida a los entes locales (entre otras, STS de 20 de junio de 2006, rec. 9108/2003). El art. 45.1 LAULA así lo proclama: “En los términos del artículo 128.2 de la Constitución Española, las entidades locales andaluzas podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en el marco de sus políticas propias, en régimen de libre concurrencia”.

La actividad que le es propia es “la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia”. Es, pues, el régimen de mercado y de libre concurrencia el criterio material que diferencia la sociedad mercantil local manifestación de la potestad organizatoria local de la empresa públi-

42. En este sentido, Sosa Wagner (2010).

43. Precepto que dispone: “El término municipal es el espacio físico en el que el municipio puede ejercer válidamente sus competencias. El ejercicio de determinadas competencias y de actividades relacionadas con servicios públicos o con la iniciativa económica puede ser desarrollado fuera del término municipal cuando sea adecuado a su naturaleza y de acuerdo con los convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos o formas válidas en Derecho que se adopten”.

ca local en la LAULA. Esa diferencia comporta importantes consecuencias, asimismo, en la financiación de la empresa pública local, que ha de ser con ingresos de mercado. Tampoco pueden tener atribuidas potestades públicas, a tenor del art. 46.4 LAULA: “Las empresas públicas en ningún caso podrán ejercer potestades públicas”. El régimen de concurrencia impone que la empresa pública local en la LAULA, igual que cualquier empresa privada, haya de concurrir para el ejercicio de las actividades propias de su objeto social a los procedimientos públicos de licitación que convoque cualquier poder adjudicador (Administración o no) o entidad del sector público, y no pueda realizar encargos a medios propios de los arts. 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, lo que sí distorsionaría las reglas de la competencia.

La empresa pública de mercado no impide que no tenga ánimo de lucro, como así ha confirmado la jurisprudencia.

La empresa pública local, en cumplimiento de las reglas de mercado, ha de desarrollar su actividad principalmente para entidades distintas de la entidad o las entidades locales que la crean, estando obligada a concurrir en los procedimientos públicos de licitación de los contratos del sector público precisamente en aras del cumplimiento de las normas propias del mercado y de la igualdad entre la empresa pública y la empresa privada.

La actividad de iniciativa pública económica reconocida en el art. 128.2 CE, caracterizada por la prestación en régimen de concurrencia, no tiene limitación territorial alguna, ya sea el Estado, una comunidad autónoma o una entidad local quien ejerza la iniciativa económica pública. Y así lo han puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia. Podemos citar la STC 54/2017, de 11 de mayo, FJ 5, que proclama lo siguiente: “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”. Los únicos condicionantes que impone a la iniciativa económica local el art. 86.1 LBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013, son los derivados de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y la valoración de su impacto en el mercado, la oferta y demanda existente y su incidencia sobre la concurrencia empresarial, nunca de ámbito territorial. De ahí que, como ya hemos tenido ocasión de afirmar⁴⁴, consideremos que hay que entender derogados, por no acomodarse al régimen constitucional actual, el art. 46.1 del Decreto de 17 de junio de

44. Montoya Martín (2023: 34).

1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales —con relación al hoy anacrónico expediente de municipalización y provincialización de servicios, propio de un contexto histórico y normativo donde la iniciativa económica local era excepcional—, que en la letra c) exige que los servicios “se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro”; y el art. 96 TRRL, que declara por arrastre histórico lo siguiente: “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”. En este mismo sentido, Rivero Ysern (2014: 481) afirma que el único condicionante jurídico válido al ejercicio de la actividad económica local es el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias, debiendo obviarse lo preceptuado en el art. 96 TRRL, dado que la prestación de una actividad de utilidad pública es consustancial a la función administrativa, y porque la limitación territorial es un requisito difícilmente exigible al ejercicio de una actividad económica; por mucho que recaiga en beneficio de los habitantes del término municipal, es difícil de circunscribir, por su propia naturaleza, a unos límites territoriales concretos. Igualmente, Gosálbez Pequeño (2012: 345), al estudiar el término municipal, señala como actuación municipal extraterritorial la efectuada por entidades instrumentales de derecho público o privado, la actividad prestacional y también la actividad empresarial.

5.2. La necesaria interpretación favorable a la concurrencia y el mercado también para los operadores económicos públicos

La relación entre capacidad de obrar, objeto social y ámbito territorial de actuación ha sido abordada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA) en la Resolución 78/2022, de 4 de febrero, en la que se impugna la adjudicación del servicio de ayuda a domicilio promovida por el Ayuntamiento de Moguer a una sociedad pública local, Empresa de Diversificación Integral del Andévalo, S.L. (EDIA), constituida por la Mancomunidad de Municipios Beturia, de la que no forma parte Moguer.

La recurrente —Óbolo Sociedad Cooperativa Andaluza de Interés Social (ÓBOLO)— alegó falta de capacidad de obrar de la adjudicataria, por estimar que existía una limitación territorial en los estatutos de la entidad para el desempeño de las actividades comprendidas en aquellos. Para ÓBOLO la naturaleza jurídica de empresa pública de EDIA y el régimen jurídico que

le resulta de aplicación conllevar que dicha entidad carezca de capacidad de obrar para contratar con el Ayuntamiento de Moguer, por infracción de los arts. 65 y 66 LCSP, y vulneración de los principios esenciales que rigen la contratación pública, previstos en los arts. 1 y 132 (principios de igualdad, transparencia y libre competencia) del citado texto legal.

Para la resolución del recurso especial planteado, el TARCJA tuvo que examinar el contenido de los estatutos, así como la normativa reguladora de la legislación local (LBRL) y la LAULA, cuyos preceptos, en lo que aquí importa, se acaban de analizar.

El TARCJA afirma que EDIA, a tenor de sus estatutos, tiene el capital social desembolsado exclusivamente por la Mancomunidad de Municipios Beturia, y por tanto es íntegramente de titularidad local. Nos encontramos, por tanto, ante una sociedad mercantil local de las contempladas en el art. 38 LAULA. Dicho precepto legal limita claramente el objeto de las sociedades mercantiles locales a la realización de actividades o gestión de servicios de la competencia de la entidad local que las crea.

Por otra parte, el artículo 2.º de los estatutos de la entidad se dedica al objeto social y comienza indicando que la empresa cuyo capital está desembolsado exclusivamente por la Mancomunidad de Municipios Beturia tiene carácter social y carece de finalidad lucrativa. A continuación, enumera las actividades incluidas en el objeto social, entre las que se señalan, entre otras, las siguientes:

“Promover e impulsar el desarrollo y la diversificación económica, integral, social o cultural de la Mancomunidad, participando en el desarrollo e implantación de proyectos de energías renovables en el territorio de aquélla, participando en el desarrollo, gestión e implantación de proyectos sociales o culturales, apoyando y promoviendo proyectos integrales y empresariales, preferentemente en el campo integral y tecnológico, así como la puesta en marcha de iniciativas empresariales que redunden en proyectos generadores de empleo e inversión en el territorio de la comunidad.

[...]

[...] El desarrollo del objeto social reseñado se llevará a cabo mediante el ejercicio de las siguientes actividades:

a) Prestación de servicios sociales y promoción y reinserción social.

EDIA, S.L.U podrá realizar, entre otros, trabajos de servicio de ayuda a domicilio y en centros especializados de atención asistencial a perso-

nas en situación de dependencia, de servicios de acogimiento, residencial de menores y, en general, todos aquellos que contribuyan a favorecer la autonomía personal y la integración e inserción social de cuantos colectivos ciudadanos puedan ser beneficiarios de dichas prestaciones. En cualquier caso, los beneficiarios que pudieran obtenerse por el ejercicio de estas actividades se dedicarán a otras actividades de idéntica naturaleza”.

De lo expuesto concluye el TARCJA que el alcance de los fines y el objeto de las actividades enumeradas en el art. 2 de los estatutos delimitan el ámbito de actividad de la entidad local al ámbito territorial de la Mancomunidad de Municipios Beturia. Y añade:

“Es cierto que el artículo segundo de los estatutos -cuando se refiere a que el objeto social podrá desarrollarse a través de actividades como la prestación de servicios sociales y promoción y reinserción social, o los trabajos de servicio de ayuda a domicilio y en centros especializados de atención asistencial a personas en situación de dependencia- no establece ni circunscribe la actuación de la sociedad mercantil a un límite territorial concreto, extremo éste que constituye el argumento principal sostenido por el órgano de contratación en su informe.

No obstante, este Tribunal efectuando una interpretación integradora de los estatutos con la normativa de régimen local que exponemos a continuación, no puede admitir una interpretación extensiva, como defiende el órgano de contratación, que no conecta ni con el contenido de los propios estatutos ni tiene fundamento en la normativa de régimen local que exponemos más adelante.

[...]

Por tanto, de todo lo anteriormente expuesto, concluimos que la prestación del servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Moguer, que es el objeto de la contratación, no coincide con el objeto social definido en los estatutos de EDIA, por extralimitarse territorialmente del ámbito de actividad definido en aquéllos, y por tanto, la entidad carecía de la capacidad de obrar exigida por el artículo 66 de la LCSP para concurrir a la licitación”.

De ahí que el TARCJA estime el recurso y declare que la sociedad “solo podría haber concurrido en régimen de libre concurrencia para realizar actividades o gestionar servicios dentro del ámbito territorial de competencia de la entidad local que la creó”.

Consideramos que el TARCJA, llevando a cabo una interpretación restrictiva de los estatutos y calificando a EDIA como sociedad mercantil local del art. 38 LAULA, con sus limitaciones legales, y no como empresa pública local que actúa en régimen de concurrencia en el mercado, ha realizado una interpretación con efectos limitadores de la concurrencia. Por lo demás, también resulta importante subrayar que de los estatutos sociales se desprende que EDIA no tiene la consideración de medio propio para los municipios que integran la mancomunidad propietaria de la misma, ni para la mancomunidad. Y, como es sabido, el art. 32 LCSP exige que la condición de medio propio sea formalmente declarada, mas nada de esto se halla ni en el acuerdo de creación y ni en los estatutos sociales de EDIA. EDIA ha de desarrollar sus actividades en el mercado en concurrencia con las empresas privadas y, por ende, concurrir a los procedimientos de contratación pública. Lo que ha hecho EDIA en la referida licitación —como en el resto de las licitaciones públicas en las que ha concursado— es precisamente respetar los principios del mercado y de la concurrencia a los que está obligada. Eso conlleva que, al no ser un medio propio, no pueda recibir encargos de ejecución obligatoria excluidos de la contratación, ni de la mancomunidad ni de sus municipios. Por lo demás, la actividad principal en la fecha en que concurrió a la licitación del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Moguer —y en la actualidad— es la del servicio de ayuda a domicilio. Su financiación procede de las licitaciones públicas de las que resulta ser adjudicataria.

La Resolución 78/2022 ha sido recurrida por EDIA y está pendiente de sentencia del TSJA con sede en Sevilla, que tendrá la oportunidad de pronunciarse por primera vez con relación a la capacidad de obrar, el objeto social y el ámbito territorial de actuación en aplicación de la LAULA. A la hora de corregir las galeradas de este trabajo con fecha de 5 de marzo de 2024, el TSJ de Andalucía, sede de Sevilla ha dictado sentencia sobre este asunto, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por EDIA. Lo importante de la resolución es que no se ha basado en la naturaleza jurídica de EDIA según la LAULA, cuestión que para el caso el propio tribunal califica de “irrelevante”. La *ratio decidendi* se fundamenta en los arts. 65 y 66, y en la forma en la que estaban redactados el objeto, los fines y actividades de EDIA en los Estatutos al tiempo de concurrir a esta licitación, por ende, antes de su modificación. En el FJ Séptimo el TSJ declara: “esos objetivos de promoción, desarrollo y diversificación económica, integral, social y cultural, lo son de la Mancomunidad de Municipios Beturia, de su territorio, población y empresas, para el desarrollo social, cultural de la comarca, mejora de la formación de la población, oportunidades de empleo y consolidación de la actividad empresarial. Para conseguir estos objetivos, que consituyen su objeto social, se contemplan una serie de actividades a desarrollar, entre

ellas la referida prestación de servicios sociales y promoción y reinserción social, que por evidente interpretación literal, lógica y teleológica del artículo 2 de los estatutos, lo son para la población y territorio de la comarca, que define el ámbito de la Mancomunidad de Municipios Beturia, al que se circunscribe su objeto social y las actividades previstas para su desarrollo”.

Los tribunales también han tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema. Puede citarse, así, la STSJ de Extremadura (Contencioso), Secc. 1.ª, S 25-03-2014, n.º 58/2014, rec. 228/2013⁴⁵, en la que se declara lo siguiente:

“La sociedad demandante AUSSA, como sociedad de economía mixta local, de capital público y privado, se sujeta una vez constituida al ordenamiento jurídico privado, en idénticos términos que cualquier otra sociedad anónima, con independencia de a quién pertenezcan sus acciones. Como tal podrá actuar libremente en el tráfico jurídico y participar como tal en procedimientos de adjudicación de contratos, de acuerdo con los principios de publicidad y libre concurrencia en condiciones de igualdad con los demás licitadores.

Expuesto lo anterior, no se aprecia que el objeto del contrato administrativo sea ajeno a las actividades propias de la entidad demandante según lo dispuesto en sus Estatutos. En ellos se especifica que la sociedad tiene por objeto, no sólo la explotación de aparcamientos en Sevilla (Mercado del Arenal, José Laguillo o Pino Montano) sino también otras actividades como el control y explotación de zonas de aparcamiento regulado en superficie [...] enumeradas cada una de ellas de forma separada y diferenciada, y sin referencia en este segundo caso a ningún ámbito territorial [...]”.

Recientemente, la STS de 2 de octubre de 2023, rec. n.º 787/2021, ha vuelto a reiterar que una Administración como es el Instituto Cartográfico y Geológico de la Generalitat de Cataluña puede concurrir a una licitación, para los fines que tiene encomendados, fuera del límite territorial de la Administración matriz a la que pertenece cuando sus normas estatutarias no lo prohíban. El Instituto Cartográfico y Geológico de Cataluña, en su condición de operador económico, ya desde su origen fue habilitado por sus normas constitutivas para el ejercicio de actividades al margen de las competencias de la Generalitat catalana, pudiendo colaborar con otros organismos públicos o realizando

45. Que anula la Sentencia de fecha 13 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Cáceres (recurso n.º 246/2012), que declaró conforme a derecho la exclusión efectuada por la mesa de contratación del Ayuntamiento de Cáceres de la empresa mixta AUSSA, constituida por el Ayuntamiento de Sevilla, al considerar que, a tenor de su objeto social, su ámbito de actuación debía limitarse al término municipal de la entidad local que la constituyó.

encargos de cualquier otro sujeto, público o privado, a cambio de la correspondiente contraprestación, subrogándose en las funciones y competencias del Instituto Cartográfico de Cataluña y del Instituto Geológico de Cataluña.

Así se consideró por el TS también en su anterior sentencia de 2 de enero de 1996 (rec. 5250/1991), en la que se validó la capacidad y aptitud del Instituto Cartográfico de Cataluña para concurrir como entidad licitadora a procedimientos de contratación pública de Administraciones distintas a la Generalitat, concluyendo que el extinto ICC ostentaba la capacidad necesaria para resultar adjudicatario de un concurso público sobre obras de asistencia técnica para restitución analítica de municipios de las Islas Baleares (es decir, fuera de Cataluña), a cambio de la correspondiente contraprestación, so pena de vulnerarse, en caso contrario, el principio de igualdad⁴⁶.

Por lo demás, la LGUM y sus principios de igualdad, no discriminación, necesidad y proporcionalidad son de aplicación, según el art. 2, al acceso a las actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional, por ende, con independencia de su carácter público o privado. Asimismo, el art. 9 de esta Ley establece que todas las autoridades competentes deben velar, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de garantía de las libertades de los operadores económicos, incluyendo la contratación del sector público.

En definitiva, los entes vinculados o dependientes de la Administración, incluidas las sociedades mercantiles públicas que prestan actividades y servicios en régimen de concurrencia en virtud del art. 128.2 CE, no tienen *per se* limitación territorial alguna, salvo que así se prevea de manera expresa en los estatutos. No están condicionados a actuar en el ámbito territorial de competencia propio de la/s Administración/ones que los crean o participan, lo que sería contrario al mercado. La capacidad de obrar y los estatutos sociales han de interpretarse de manera flexible, con independencia de la naturaleza pú-

46. La sentencia del TS confirmó la sentencia del TSJ de Baleares de 23 de marzo de 1991 (rec. 525/90) en la que se afirmaba que, "si se aceptara una interpretación estricta del principio de territorialidad, los entes autonómicos experimentarían la necesaria consecuencia del principio de igualdad, porque su intervención vendría condicionada por la obligación de competir en una economía de mercado con un alto grado de desarrollo con empresas privadas cuyo radio de acción puede extenderse, por lo menos, al mercado nacional. Así las cosas, la personalidad jurídica propia y la plena capacidad de obrar que Ley 11/1982 reconoce a la entidad codemandada, no estando incurso en prohibición de las establecidas en el artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, llevan aparejada la consecuencia de su aptitud para concurrir al concurso público convocado por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares".

blica o privada de la persona jurídica. Por lo demás, los operadores económicos públicos en general —cualquiera que sea su ropaje jurídico—, y sociedades mercantiles locales en particular, en aras de la claridad y para evitar contratiempos y confusiones cuando no tengan la naturaleza de medio propio, han de examinar sus estatutos y modificarlos para suprimir toda referencia territorial, con independencia de que sus beneficios se reinviertan en el territorio de las Administraciones matrices. En definitiva, una cosa es el ámbito territorial de la Administración matriz, y otra el ámbito propio del ejercicio de las actividades y servicios de interés económico general en régimen de concurrencia, que es, salvo limitación expresa estatutaria, el mercado global.

6. Conclusiones

En el haber de la LRSAL se encuentra la incorporación de la perspectiva del impacto sobre el mercado y la concurrencia, tanto para la gestión de servicios públicos en régimen de monopolio, ex art. 86.2 LBRL, como para el ejercicio de la iniciativa económica local, ex art. 86.1 LBRL. Se erige, pues, en un criterio de control del ejercicio de actividades económicas y prestación de servicios públicos y sus modos de gestión, basado en la suficiente justificación de la necesidad de la medida y su proporcionalidad con relación a la afectación de la concurrencia en el mercado o por el mercado.

La decisión de configurar la prestación de un servicio público en régimen de monopolio o en concurrencia con la iniciativa privada tiene una importancia capital, ya que de esta decisión depende la existencia o inexistencia de competencia en el mercado. Desde la óptica de la competencia son causa justificativa de la exclusión del mercado: el carácter de monopolio natural (infraestructuras y redes), como es el caso de la gestión del ciclo del agua; el carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios para su prestación, o la irreplicabilidad de la red de abastecimiento de agua potable por parte de otros operadores. Pero dicho monopolio natural ha de limitarse a lo estrictamente indispensable para la prestación del servicio, y no a otras prestaciones o actividades complementarias, como la facturación del consumo al usuario final, el suministro, la instalación, la conservación y el mantenimiento, o la lectura de contadores, que las podrían prestar varios operadores en régimen de competencia, aunque sometidos a una reglamentación técnica adecuada.

La decisión sobre la forma de gestión directa o indirecta ex art. 85.2 LBRL también es importante en clave de competencia, por lo que exige justificarse igualmente cuando la opción es la gestión indirecta, en la que, frente a la directa, se mantiene la competencia por el mercado.

Se consideran carentes de fundamento las justificaciones genéricas, como por ejemplo invocar que “desde la Administración se atienden mejor las necesidades colectivas, en tanto que representante del interés general”, o cuando no contienen un análisis detallado, en términos de sostenibilidad y eficiencia, de las distintas opciones legalmente posibles. Mas desde la perspectiva de la competencia es legítimo valorar la modalidad de gestión escogida con otros principios, además de los de sostenibilidad y eficiencia, tales como la sostenibilidad ambiental.

Tanto la iniciativa económica local como la prestación de servicios públicos en régimen de concurrencia exigen el respeto del principio de neutralidad competitiva de los mercados. El art. 86.1 LBRL ordena a la propia entidad local un análisis de la necesidad de la intervención en el mercado y de sus efectos como carga justificativa. Dado que el art. 86.1 LBRL no exige la intervención de los órganos de la competencia, su intervención tendrá lugar a instancia del propio municipio por vía de petición de informe facultativo y no vinculante. De ahí que las evaluaciones de los órganos de defensa de la competencia en los supuestos del art. 86.1 LBRL en estos diez años hayan sido escasas.

La LCSP y sus principios también son aplicables a los operadores económicos públicos cuando actúan no como poder adjudicador, sino como empresario “contratista”, “proveedor” y “prestador de servicios”.

La capacidad de las personas jurídicas se define en la LCSP con carácter general por su objeto social, por lo que habrá que atender a la delimitación del objeto social que se contenga en los estatutos del ente o la sociedad. Ya se trate de una persona jurídica privada o pública, procede una interpretación amplia y no estricta del objeto social y de las actividades que lo integran.

Estrechamente vinculado con el objeto, se ha invocado en algunas ocasiones el ámbito territorial para el ejercicio de las actividades que constituyen el objeto social como límite a la capacidad de obrar de los operadores económicos públicos, y, por ende, causa de exclusión de la licitación por falta de capacidad.

En el art. 128.2 CE no se halla condicionante territorial alguno para el desempeño de actividades económicas en régimen de concurrencia. A pesar de que la iniciativa económica local en el art. 86.1 LBRL se ha modulado introduciendo condicionantes y causas justificativas, tampoco se limita por razón del ámbito territorial de competencia de la/s entidad/es local/es de adscripción. La única limitación territorial deriva de la condición de medio propio, es decir, relación interna y no contractual entre el/los poder/es ad-

judicador/es y su medio propio, por lo que se exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 32 y 33 LCSP.

Esta es la razón por la cual la LAULA ha diferenciado entre sociedad mercantil local (art. 38) y sociedad interlocal (art. 39) como modo directo de prestación de los servicios públicos, y la empresa pública local (art. 46). La ratio distintiva esencial sobre la que se construye tal delimitación es que las sociedades mercantil local e interlocal se identifican con la condición de medio propio, y, por tanto, han de cumplir los requisitos que para tales encargos de ejecución obligatoria que realicen los entes locales poderes adjudicadores que las controlan impone la LCSP (arts. 32 y 33), en aras de excluir dicha relación doméstica de la LCSP.

La actividad de iniciativa pública económica reconocida en el art. 128.2 CE, caracterizada por la prestación en régimen de concurrencia, no tiene limitación territorial alguna, ya sea el Estado, una comunidad autónoma o una entidad local quien la ejerza. La STC 54/2017, de 11 de mayo, proclama que los únicos condicionantes que impone a la iniciativa económica local el art. 86.1 LBRL son los derivados de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y la valoración de su impacto en el mercado y sobre la concurrencia empresarial, nunca de ámbito territorial. De ahí que consideremos que hay que entender derogados, por no acomodarse al régimen constitucional actual, la letra c) del art. 46.1 RSCL, que exige que los servicios “se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro”, y el art. 96 TRRL, al declarar por arrastre histórico lo siguiente: “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”.

Los entes vinculados o dependientes de la Administración, incluidas las sociedades mercantiles públicas locales que prestan actividades y servicios en régimen de concurrencia en virtud de los arts. 128.2 CE y 86.1 LBRL, no tienen *per se* limitación territorial alguna, salvo que así se prevea de manera expresa en los estatutos. No están condicionados a actuar en el ámbito territorial de competencia propio de las Administraciones que los crean o participen, lo que sería contrario al mercado. La capacidad de obrar y los estatutos sociales han de interpretarse de manera flexible con independencia de la naturaleza pública o privada de la persona jurídica. En definitiva, una cosa es el ámbito territorial de la Administración matriz, y otra, el ámbito propio del ejercicio de las actividades y servicios de interés económico general en

régimen de concurrencia, cuyo ámbito, salvo limitación expresa estatutaria, es el mercado global.

7. Bibliografía

- Campos Sánchez-Bordona, M. (2004). Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general). *Cuadernos de Derecho Local*, 6, 65-80.
- Colomé i Nin, A. y Grau i Arnau, S. (2017). “Remunicipalización” de servicios locales y competencia. *Cuadernos de Derecho Local*, 43, 124-157.
- Esteve Pardo, J. (2017). Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios. *Revista de Administración Pública*, 202, 305-336.
- Ezquerro Huerva, A. (2017). Sobre el procedimiento administrativo a seguir para la remunicipalización de servicios. *La Ley*, 8982.
- Galán Vioque, R. (2020). La progresiva apertura de los servicios públicos locales a la libre competencia. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14, 69-87.
- Gamero Casado, E. (2019). Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales. *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, 1-26.
- García Rubio, F. (2015). La iniciativa económica local tras la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 3, 9-33.
- Gosálbez Pequeño, H. (2012). La demarcación municipal. En J. L. Rivero Ysern (dir.). *Derecho Local de Andalucía. Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía* (pp. 337-400). Madrid: Iustel.
- Huergo Lora, A. (2019). La prestación de los servicios públicos locales. *Documentación Administrativa*, 6, 129-148.
- León Acosta, M. (2019). El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LRRL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 12, 72-96.
- Merino Estrada, V. (2019). Los procesos de remunicipalización. En E. Ávila Cano (dir., coord.). *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua* (pp. 27-107). Sevilla: AEOPAS.
- Montoya Martín, E. (2010). Algunas notas sobre la Ley de autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local. *Cuadernos de Derecho Local*, 24, 144-162.

- (2012). Los servicios y la iniciativa económica locales. En J. L. Rivero Ysern (dir.). *Derecho Local de Andalucía. Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía* (pp. 157-200). Madrid: lustel.
 - (2022). Las entidades públicas empresariales locales. En I. Martí Sardà (dir.). *Régimen jurídico y configuración de las entidades instrumentales y de cooperación para la prestación de servicios públicos locales*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
 - (2023). Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 29-58.
- Ortega Bernardo, J. (2020). Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal. *Anuario de Derecho Municipal*, 13, 409-418.
- (2022). Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal. *Anuario de Derecho Municipal*, 15, 379-396.
- Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M.^a (2016). El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales. *Anuario de Derecho Municipal*, 9, 63-96.
- Rama, J., Reynaers, A.-M., Navarro, C. y González Medina, M. (2020). Los servicios públicos locales: calidad, externalización y control. *Anuario de Derecho Municipal*, 13, 231-253.
- Rivero Ysern, J. L. (2014). *Manual de Derecho Local* (7.^a ed.). Navarra: Aranzadi.
- Sosa Wagner, F. (1990). Comentario a la desafortunada Sentencia de Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989 (asunto, empresa municipal de Barcelona "Iniciatives"). *Poder Judicial*, 19, 309-312.
- (2010). Ley Andaluza y Servicios Públicos (II). *esPublico* [blog], 27-9-2010. Disponible en <https://www.administracionpublica.com/ley-andaluza-y-servicios-publicos-ii/>.