

COMPETENCIAS MUNICIPALES PARA LA ORDENACION Y GESTION DE SERVICIOS PUBLICOS*

POR
JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

(Especial referencia a suministro de agua, gas y electricidad)

SUMARIO: I. Introducción.-II. El marco general de referencia. La Ley básica de Régimen Local de 1985.-III. El diferente tratamiento de los poderes locales en relación a los suministros de energía eléctrica, gas y agua.-IV. La reserva del servicio de gas.-V. La competencia en materia de suministro de aguas.-VI. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCION **

Tratar de llevar a cabo una reflexión general sobre un tema en el que se unen dos de las cuestiones más debatidas del Derecho Administrativo actual (concepto de servicio público y alcance de las competencias locales) es una tarea ardua que no se va a acometer en esta ponencia. A las razones de las limitaciones de su autor se une la intuición de que las conclusiones hubieran sido de escaso valor por la misma amplitud de los temas que se trataban de unir, planteando con ambos un problema unitario. Por otro lado, el objeto de estas jornadas es reflexionar en torno a las respuestas jurídicas que exige la prestación de servicios a través de redes de servicio y, por esta razón, me limitaré a examinar tres servicios públicos clásicos e indiscutibles como tales: suministro de agua, gas y electricidad que se prestan a través de redes de servicios.

El examen de las competencias locales en materia de agua, gas y electricidad se va a realizar en el doble plano que exige la legislación local hoy vigente, es decir, atendiendo en primer lugar a la legislación de régimen local y en segundo lugar a la legislación sectorial que debe concretar el reparto de materias respetando el contenido de la ley básica que, por razón de su función, se viene entendiendo que posee una posición ordinamental superior (1).

* Ponencia presentada en Girona el 18-20 de octubre de 1989.

** Este trabajo fue presentado en las Jornadas organizadas por el Colegio Universitario de Girona y el Ayuntamiento de Girona durante los días 18-20 de octubre de 1989. Agradezco a los organizadores la autorización para publicar su contenido.

(1) Al respecto, PAREJO: *Derecho básico de la Administración Local*, Barcelona, 1988, página 185. Con carácter general, GÓMEZ FERRER, R.: «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», en *RAP* núm. 113, 1987.

Antes de entrar, no obstante, en el examen de la legislación vigente es posible trazar, brevemente, cuál ha sido la evolución normativa en esta materia. Este trabajo está, en muy buena medida, facilitado por el artículo que publicó, hace ya algunos años, el profesor García de Enterría: «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP* núm. 17, 1955, y que hoy sigue siendo de enorme valor.

Como se expone en el trabajo que acabo de citar, el desarrollo de la vida urbana en el siglo XIX llevó a que la Administración pública tuviera que asumir un claro protagonismo en la ordenación y prestación de algunos servicios públicos, entre ellos el agua, el gas y la electricidad. Como la preocupación nació vinculada al crecimiento de las ciudades, los servicios nacieron con un carácter marcadamente local. En un primero momento el título de intervención será el demanio. Al necesitarse la utilización de suelo público el municipio ordenará, en base a este uso, la prestación de los servicios. Será más tarde cuando se crea la figura del Servicio público precisamente como título que habilita a la Administración para ordenar una actividad de contenido económico, cuya prestación afecta a los intereses generales. El instituto de Servicio público permitirá una regulación más intensa de la actividad y más general. A partir de este momento el conflicto se centrará en determinar si el ente local, al que no se le discute la titularidad del Servicio, puede asumir, a su vez, la gestión. La ideología liberal imperante tolera la ordenación de la actividad, pero recela que ésta sea asumida, para su gestión, por un ente público. El concepto de municipalización va a estar en el centro del debate, y se unen en el mismo la conversión de una actividad en servicio público y su gestión directa.

Pero una vez la legislación local de inicios del siglo XX da cobertura para esta amplia presencia local en la ordenación y gestión de servicios públicos, las nuevas condiciones económicas empiezan a marcar un cambio de dirección. Se advierte cómo los servicios públicos pierden su carácter netamente local al exigir, por su complejidad, una ordenación de ámbito territorial superior, al tiempo que el coste de los mismos desborda la capacidad de unos entes locales desiguales y, en su mayor parte, pobres. La normativa local no garantiza ámbitos competenciales precisos, y las meras capacidades que reconoce van a ser olvidadas por la legislación sectorial de la mitad del siglo XX que traslada a esferas superiores la ordenación y gestión de los servicios locales (2). La ordenación requiere un ámbito de regulación superior, y la gestión de un ente

(2) En igual sentido se manifiesta la doctrina italiana en relación a la situación de su país. Vid. CAIA, G.: *Stato e autonomia locali nella gestione dell'energia*, Milano, 1986, pp. 273 y ss.

local dotado de más medios. Por ello, en materia de los servicios públicos de suministro de agua, gas y electricidad se asiste a un proceso de creciente centralización, en particular en lo que afecta a los dos últimos.

II. EL MARCO GENERAL DE REFERENCIA. LA LEY BASICA DE REGIMEN LOCAL DE 1985

En el proceso descrito debe situarse el nuevo ordenamiento, en materia de régimen local, dominado por la Ley de Bases de Régimen Local que, a su vez, trata de dar sentido a los principios constitucionales de autonomía local y eficacia de las Administraciones públicas.

El punto de partida es la definición que se da de la autonomía local. Como se ha dicho, y no es preciso insistir mucho en ello, la garantía constitucional de la autonomía local no comprende directamente un preciso ámbito competencial. El legislador se ha preocupado principalmente de garantizar la vertiente organizativa de los entes locales, asegurando su conformación democrática. En el aspecto competencial se garantiza el derecho a participar en cuantos asuntos atañan a la colectividad local a través de sus órganos de gobierno. Concepción ésta hoy reforzada por las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 y 27 de febrero de 1987 y 170/1989, de 19 de octubre.

Esta forma de definir el alcance de la autonomía local se expresa con notable precisión en el artículo 2 de la LBRL. El legislador establece unos principios, pero será el legislador sectorial el que determine el contenido real de la autonomía local a través de la asignación de competencias.

Este marco genérico se concreta, sin embargo, al establecer el legislador básico una lista de materias en las que el legislador sectorial debe necesariamente atribuir competencias a los entes locales. El artículo 25.2 cumple esta función para los municipios y el 36.1 para las provincias, pero notemos ya que mientras el primero atribuye ámbitos materiales, el segundo se limita a atribuir tipos de funciones.

Pues bien, a nuestros efectos la lectura de los artículos 25 y 36 de la LBRL sólo nos permite reconocer el servicio de suministro de agua a poblaciones como servicio sobre el que el municipio tendrá algún tipo de competencia, aquella que le reconozca el legislador

(3) Vid. PAREJO: *Op. cit.*, pp 145 y ss.; ORTEGA ALVAREZ: *El régimen constitucional de las competencias locales*, Madrid, 1988, pp. 24 a 32.

sectorial. En efecto, el artículo 25, en su apartado 2.1, define como competencia municipal el suministro de agua. Nada se dice del gas y, en cuanto a la energía eléctrica, no se habla de suministro de tal energía, sino únicamente de alumbrado público.

El texto de la Ley Básica de Régimen Local contiene, sin embargo, la referencia al suministro del agua y gas en otros dos preceptos, en los que, a mi juicio, no existe en propiedad una atribución competencial. Me refiero al artículo 26, en el que se determina que todos los municipios deberán prestar el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, y el artículo 86, cuyo apartado 3.º declara la reserva en favor de las entidades locales del suministro de gas.

¿Qué valor cabe atribuir a estos dos aspectos? A mi entender, el artículo 26 no tiene como fin esencial la garantía de un contenido material mínimo del ente municipal, sino que su objetivo es garantizar a los ciudadanos un nivel prestacional uniforme en todo el Estado. El artículo 26 se vincula así más a los artículos 1, 9.2 y 14 de la Constitución que al artículo 137. Con dicho precepto no se pretende tanto el dar contenido material al ente municipal cuanto asegurar a todos los ciudadanos un mínimo nivel prestacional común. Lo que pretende el artículo 26 es precisar qué nivel administrativo es el responsable en relación a unos determinados servicios, sin que le importe definir en qué consiste la autonomía del nivel municipal. Por esta razón, al artículo 26 debe vincularse el artículo 18.1.g). El derecho local se ocupa, con este precepto, no de garantizar la existencia de un ente, sino de articular un mecanismo jurídico para que el ciudadano pueda hacer realidad los derechos de prestación frente a la Administración (5). En este mismo sentido, el artículo 26 permite la dispensa del ente municipal, siempre que otro nivel administrativo asuma la prestación. Lo que importa, pues, es la prestación del servicio más allá de quien sea el órgano competente.

La técnica de los servicios mínimos responde al esfuerzo del legislador por hacer llegar a todos los administrados un mínimo común de prestaciones, pues sólo la determinación de estos

(4) La Sentencia 170/1989, en su F.J. 9 expresa con claridad el alcance de la autonomía local, y su necesaria delimitación a través de las leyes sectoriales. Como dice el Tribunal Constitucional, la autonomía local goza de una garantía institucional que implica un contenido mínimo que el legislador debe respetar; «más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional *la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía constitucional*».

(5) Si bien el mecanismo sigue siendo débil, pues supone más una legitimación para llevar la reclamación ante los tribunales que la construcción de una acción eficaz ante los mismos. *Vid* al respecto QUINTANA LÓPEZ: *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Madrid, 1987.

servicios y su atribución a un responsable permitirá luego una acción judicial para obtener la prestación. Pero también, insisto, el legislador permite la dispensa de prestar los servicios mínimos que se atribuyen (art. 26.2 LBRL).

El otro precepto, en el que se menciona un servicio público de nuestro interés, es el artículo 86.3. Pero tampoco aquí la delimitación de un ámbito material tiene como objetivo directo la determinación de una competencia local. El artículo 86.3 debe vincularse al artículo 128.2 de la Constitución, pues el mismo trata de dar la cobertura legal exigida por aquel precepto constitucional a la reserva de una actividad económica al sector público. El artículo 86.3 de la LBRL establece, pues, una reserva del suministro de gas a los entes locales, pero ello no comporta la actuación de competencias de ordenación, sino simplemente la capacidad para gestionar, de forma directa, un sector de la actividad económica. Luego hemos de volver sobre este tema.

III. EL DIFERENTE TRATAMIENTO DE LOS PODERES LOCALES EN RELACION A LOS SUMINISTROS DE ENERGIA ELECTRICA, GAS Y AGUA

El análisis de la LBRL nos permite diferenciar tres tipos diversos de competencias locales en relación a los servicios de suministro de energía eléctrica, gas y agua.

En relación al suministro de energía eléctrica se ha producido un proceso de centralización que convierte el servicio público en servicio de titularidad estatal (6). Como ha descrito Salas (7), a partir de 1924 este proceso lleva a atribuir a la Administración pública todas las potestades que se corresponden a la titularidad del servicio. A las Corporaciones Locales, señala este autor, «compete solamente la determinación de la forma y condiciones a que deban acomodarse las instalaciones eléctricas que hayan de establecerse en el interior de las poblaciones, zonas de ensanche y de reserva urbana con planes de urbanización legalmente aprobados». Por tanto, competencias que derivan de otros títulos materiales –urbanismo–, pero no de la titularidad de un servicio que ha dejado de ser local.

(6) No entramos en la descripción del proceso de asunción de competencias en esta materia y, en general, en materia de energía por las Comunidades Autónomas. El planteamiento general, pero especialmente orientado al sector gasista, en LASAGABASTER: I. Comunidades Autónomas y sector energético, en vol. col. *Primeras Jornadas «Energía y Derecho»*, Erandio, 1988, pp. 29-61. Vid. también AQUILVE, JAVIER: «Comentario a los artículos 9.16 y 10.15 del Estatuto de Autonomía de Cataluña», en vol. col. *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pp. 709 y ss.

(7) SALAS, J.: *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia, 1977.

Podría aducirse como precepto que reconoce hoy la competencia local en materia del Servicio público de energía eléctrica el artículo 28.1.f) del texto refundido 781/1986, pues dicho artículo reconoce como competencia del Pleno de la Diputación el «establecimiento del servicio de suministro de energía eléctrica». Pero a dicho precepto deben formularse una serie de observaciones. En primer lugar, si en este punto el texto refundido ha ido o no más allá de sus posibilidades, al reconocer a la provincia algo que no quiso reconocer el legislador básico. En segundo lugar, debe buscarse el origen del precepto y su interpretación. Seguramente el artículo 28.1.g) toma como punto de partida el artículo 243.c) de la Ley de Régimen Local de 1955, precepto que incluía dentro de la competencia provincial la «producción y suministro de energía eléctrica... cuando la iniciativa privada o municipal no fuese suficiente». Como señaló Salas (8), este precepto alude a «una hipotética actividad de prestación de carácter sustitutorio y no al ejercicio de verdaderas potestades». Por tanto, no atribuía entonces la titularidad del Servicio al ente provincial y el texto refundido tampoco la atribuye ahora. Por último, debe señalarse que el precepto citado del texto refundido no es básico y puede ser desconocido por la legislación autonómica, como ya ha ocurrido en el caso de la legislación de Régimen Local de Cataluña.

En el caso de suministro de energía eléctrica cabe concluir, pues, que la propia normativa básica local niega que estemos ante un servicio local. La situación ya no es tan clara si nos planteamos el servicio de suministro de gas y de agua.

En el caso del gas, nos encontramos con un servicio que no aparece mencionado en los artículos 25 y 26 y, por tanto, ni es ámbito material garantizado ni es servicio mínimo. Pero sí se reserva la prestación a nivel local. El servicio de suministro de agua sí que se menciona tanto en el artículo 25 como en el 26. Tenemos, pues, un tratamiento triple de los servicios objeto de nuestra atención. Veamos, con algo más de detenimiento, el tratamiento del servicio del gas y del agua.

IV. LA RESERVA DEL SERVICIO DE GAS

El servicio de suministro de gas constituye un ejemplo clarísimo del proceso de centralización de un servicio inicialmente local, por la variación de las condiciones técnicas de la actividad. La prestación de esta actividad nace vinculada, en un primer momento, al alumbrado público y, luego, se extiende a las necesidades domésti-

(8) SALAS: *op. cit.*, p. 223, nota (1).

cas. Para cubrir estas necesidades los municipios asumen el servicio, crean fábricas de gas y ordenan el servicio y, en ciertos casos, lo prestan. Pero como han descrito, entre otros, García de Enterría, Fernández García y T. R. Fernández (9), a partir de 1924 se inicia un proceso de centralización que confirma el Decreto de 27 de enero de 1956 y, más tarde, el Reglamento de 26 de octubre de 1973. Como estableció el Decreto de 1956 en su artículo primero, «corresponde a la jurisdicción del Ministerio de Industria, con arreglo a la Ley de 24 de noviembre de 1939, la reglamentación e intervención en los suministros de gas, el declarado servicio público por Decreto-ley de 12 de abril de 1924». El servicio público ha pasado a ser servicio de titularidad estatal y nada se reconoce a nivel local.

La situación hoy, no obstante, ha variado al contar con el texto de la Ley Básica de Régimen Local y la Ley sectorial de la materia, la Ley 10/1987, de 15 de junio. Como ha señalado T. R. Fernández (10), la ley local de 1985 estableció la reserva a favor de los entes locales, pero cuando el legislador sectorial abordó el tema se encontró con un sector energético en expansión y con una industria que se articula sobre una red nacional y que exige un planteamiento del servicio, como mínimo, a nivel regional (de hecho, hoy, se plantea ya el reto del Mercado único de la energía a nivel europeo, lo que nos sitúa en una perspectiva de nuevo reformista).

¿Cómo resolver, pues, esta aparente contradicción entre un texto de 1985 y otro de 1987? Veamos lo que establece el legislador de 1987 y tratemos de dar una interpretación coherente al ordenamiento vigente.

La Ley de 1987 establece, en su exposición de motivos, que «en cuanto a las competencias de las Entidades locales para la prestación del servicio de suministro de gas, se hace necesario conciliar el régimen de reserva en favor del Estado, previsto en el artículo primero de la Ley, con las facultades atribuidas a tales entidades por la nueva legislación de Régimen Local».

A partir de esta declaración de principios la Ley (11), con un nivel de perfección técnica discutible, reconoce, por un lado, que el servicio de suministro de gas es de titularidad estatal o autonómica

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA: «El servicio público de gas», en *Problemas actuales del régimen local*, Sevilla, 1986; FERNÁNDEZ GARCÍA: *Definición del servicio público: su aplicación al problema del suministro del gas*, Pamplona, 1984, y T. R. FERNÁNDEZ: «Evolución y problemas actuales del servicio público del gas», en vol. col. *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, Madrid, 1988, página 1495.

(10) T. R. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 1501.

(11) Una descripción del proceso de elaboración de la Ley 10/1987 puede encontrarse en el trabajo de LÓPEZ ANTÓN: «Ejercicio de la reserva legal a favor de las entidades locales», en vol. col. *Primeras Jornadas Energía y Derecho*, Erandio, 1988, p. 432.

(art. 1) pero establece, al mismo tiempo, un derecho preferente del ente local para asumir la gestión directa del servicio (art. 1,3 y 6). Derecho que debe ejercerse dentro de unos plazos. De esta forma se trata de conciliar lo dispuesto en la Ley de Régimen Local con la situación fáctica en materia de prestación del servicio de suministro de gas en 1987.

La respuesta forzada del legislador plantea, de inmediato, el problema interpretativo en torno al alcance de la competencia local. La Ley del Gas reconoce que el servicio de suministro es de titularidad estatal, pero permite la reserva municipal. El núcleo central del problema reside en determinar si el ente local puede ser tan sólo concesionario del servicio, titular del mismo o bien asumir, de forma preferente, la gestión directa. Como se ve, a mi entender, son tres las soluciones posibles.

El tema ha sido ya abordado, entre otros, por T. R. Fernández (12). Este autor hace referencia a dos tesis posibles, la de que el ente local sea simple concesionario o bien la que admite que pueda asumir el servicio como titular, inclinándose por la segunda, en virtud, básicamente, de lo dispuesto en los artículos 1.6 y 7.c (13) de la Ley 10/1987 en los que se habla, expresamente, de prestación o asunción del servicio. La Ley del Gas de 1987 volvería

(12) T. R. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 1504 y ss. Otros autores se han ocupado en fechas recientes de este tema, situándose, en líneas generales, en dos bandos. Aquellos que pueden calificarse de «municipalistas», para los que el ente local puede ser titular del servicio de suministro del gas y, en sentido contrario, los que niegan esta posibilidad admitiendo, tan sólo, una posición preferente del ente local para ser concesionario. Entre los primeros puede situarse el citado T. R. FERNÁNDEZ y LÓPEZ ANTÓN, *op. cit.* En la segunda posición se pueden integrar CAÑELLAS, F.: «Competencia y reserva del servicio de suministro de gas», y MARTÍN ZURIMENDI: «Evolución normativa del régimen competencial en el suministro de gas, La reserva a favor de las entidades locales del artículo 86.3 de la Ley 7/1989»; trabajos ambos publicados en el vol. col. *Primeras Jornadas de Derecho y Energía*, Erandio, 1988, pp. 441 y 455, respectivamente. También SALAS, J.: *Régimen jurídico de las concesiones del servicio de suministro de gas por canalización*, y LLUCH, F.: *La regulación administrativa de la intervención pública en materia de gas en España. La incidencia de la legislación de la Comunidad Económica Europea*; trabajos estos dos últimos presentados en el Congreso Jurídico del gas celebrado en Barcelona, 18-20 de octubre de 1989.

(13) Sin duda el precepto que ofrece mayores dificultades a la tesis, que es la sostenida también, en este trabajo, que niega la titularidad local del servicio de suministro de gas, es el 7.c de la Ley 10/1987. Una interpretación posible es la defendida por SALAS, *op. cit.*, para quien: «de titularidad de servicio habla expresamente, refiriéndose a las Entidades Locales, el art. 7.c, párrafo segundo, de la Ley 10/1987, pero una interpretación conjunta de este precepto y de los artículos 1.3 y 6 de la propia Ley desmiente rotundamente la corrección jurídica de tal calificación, de modo que ha de concluirse que las Corporaciones Locales pueden llegar a prestar el servicio de suministro de gas, pero como concesionarias, no como titulares del mismo, sin que, en consecuencia, puedan por su parte prestarlo mediante concesión a empresas privadas.

Puestos en relación los artículos 1.3 y 6 de la Ley 10/1987 —que son los realmente decisivos en orden a la configuración efectiva de las competencias locales en esta materia— puede afirmarse que lo que la Ley reconoce a tales entidades no es otra cosa que un derecho preferente respecto a empresas privadas concesionarias, para prestar directamente, en su respectivo ámbito territorial, el servicio de suministro en calidad de concesionarias, siendo, en

a los orígenes municipales del gas aunque, como señala el autor citado, la trascendencia práctica del nuevo sistema sería discutible.

A mi juicio, la solución debe ser otra. La Ley del Gas trata de dar contenido a la previsión de la Ley Básica de Régimen Local, en la que, se establecía la reserva de un sector a favor de los entes locales, pero no se le atribuía la competencia para ordenar esta actividad ni la titularidad del servicio. Para cumplir este cometido se reconoce a los entes locales la posibilidad de asumir, para su gestión directa, el servicio de suministro de gas, y esto es la reserva. No se trata de reconocer la titularidad del servicio, pues esto comportaría la posibilidad de ordenar, a nivel local, la actividad (reglas técnicas, potestad tarifaria, etc.) y la posibilidad de decidir su gestión indirecta. La situación es otra. El ente local puede, de conformidad con el artículo 128.2 CE y 86.3 de la LBRL, ocupar un sector de actividad económica privada, adoptando la reserva de dicho sector. Por tanto, no estamos tratando un problema de ámbitos materiales de competencia sino de equilibrio sector público-sector privado (14).

El legislador local diferenció los supuestos de los artículos 25 y 86 y, como indicamos, el suministro de gas sólo aparece en el artículo 86. La Ley 10/1987 regula el procedimiento para asumir la reserva del sector, aunque de forma imprecisa hable, a veces, de asumir el servicio. Lo que se asume es la gestión directa, pero esta gestión se llevará a cabo de conformidad con las reglas del servicio

todo caso, la Administración titular del servicio la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente».

También se refiere a este precepto LLUCH, F., *op. cit.* Para este autor «la expresión —haciendo uso del derecho de asumir la titularidad del servicio— del artículo 7 c) de la Ley 10/1987 puesta en relación con el artículo primero y con el sexto, puede tener otra interpretación que la de significar asunción de competencias, por cuanto en el artículo sexto se emplea el término "ejercitar de facultad" y el artículo primero emplea "asumiendo la prestación del mismo" sin emplear el término competencia que la Ley utiliza, en el artículo quinto, para determinar cuáles son los órganos que otorgan las concesiones administrativas.

Por lo tanto, la facultad de que habla el artículo sexto y el derecho del artículo séptimo c) se refieren al ejercicio de la reserva y la titularidad citada, en este último artículo, viene referida precisamente a la facultad de prestar el servicio como titular de la reserva».

(14) Como dice CAÑELLAS, F.: *op. cit.*, p. 445, las reservas se establecen con otra finalidad, que es la de constituir un título exclusivo de gestión en beneficio exclusivo de alguno de los entes integrantes del sector público, excluyendo a los particulares y a los demás entes públicos de la posibilidad de ejercer la actividad o servicio en cuestión, que pasa a convertirse en un monopolio jurídico del ente público beneficiario de la reserva. Reserva y servicio público son conceptos jurídicos con funcionalidades completamente diferentes.

También coincide con esta opinión MARTÍN ZURIMENDI, *op. cit.*, p. 461. Para este autor «la reserva efectuada en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985 en combinación con el artículo 1.º de la Ley 10/1987, de Gas, remarca el carácter de iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas no identificable al sentido estricto de competencia administrativa, entendiendo ésta como el conjunto de funciones atribuidas a un ente u órgano por el ordenamiento jurídico frente a otros entes u órganos, en atención a los intereses públicos que su titular debe satisfacer».

fijadas por la Administración estatal o autonómica, que son las titulares del servicio.

Tampoco cabe, sin más, equiparar la posición del ente local a la de los concesionarios. El ente local si ejercita el derecho que le reconoce la Ley del Gas asume la gestión, no la recibe por habilitación del titular del servicio. Como establece el artículo 6 de la Ley del Gas, «adoptado el acuerdo de iniciación del expediente dirigido al ejercicio de la actividad objeto de la posible concesión por parte de la entidad local, ésta la comunicará al órgano administrativo que tuviera en tramitación el expediente de la concesión a fin de que, por el mismo, se proceda al archivo de las actuaciones». Es decir, la decisión de la Entidad local reduce la potestad del titular del servicio para otorgar la gestión del mismo, y el ente local pasa a gestionarlo no vía concesional sino a través de la reserva del sector (15).

Afirmar que el ente local puede asumir la titularidad del servicio nos parece que, más allá de la pura interpretación literal de la ley, carece de sentido. Sería un titular desposeído de las potestades inherentes a la definición de una actividad como servicio público. Por el contrario, puede afirmarse que el ente local ejercita la reserva del sector reconocido en el artículo 86.3 de la LBRL y asume, de esta forma, la gestión directa del servicio, sin necesidad del título que la Ley 10/1987 exige en los otros supuestos (art. 2). De este hecho se pueden extraer, obviamente, muy importantes consecuencias, pues no existe una relación concesional entre la Administración superior y el ente local. Por tanto, no puede aquella rescatar la concesión, carece de los poderes de dirección e inspección y los bienes afectos a la prestación del servicio no revertirán, en ningún caso, al titular del servicio. La relación jurídica es otra, normación del titular y gestión autónoma de quien asumió la reserva.

Expuesta nuestra tesis, restan aún dos consideraciones en torno a la interpretación de la Ley del Gas. Por un lado, esta reserva entiendo que podrá efectuarse con o sin monopolio. Si se efectuara sin monopolio (art. 86.3 LBRL), sería posible que la prestación del servicio se hiciera también por otra Administración o concesionario, de acuerdo con los principios de la Ley 10/1987. Como los artículos 1, 3 y 6 de la Ley del Gas se remiten a la legislación local, es posible entender que cabe tanto una reserva con monopolio como sin monopolio. No se deduce automáticamente de la Ley 10/1987 que la reserva sea, en todo caso, en régimen de monopolio. Reserva es asunción para la gestión directa, invasión de

(15) En este punto discrepo, pues, de los autores que como CAÑELLAS, *op. cit.*, o SALAS, *op. cit.*, entienden que cuando el ente local decida ejercer la reserva tendrá que adoptar la posición de concesionario del servicio, aunque sea como concesionario preferente.

un campo de actividad económica privada, pero no, en todo caso, imposibilidad de esta última.

Por último, es evidente como ha destacado T. R. Fernández (16), que la solución legal «cumple en orden formal con sus puntos de partida aunque ya, desde ahora, es adivinable la escasa incidencia práctica y su incapacidad para resolver los problemas a que, su eventual aplicación, puede dar lugar en este orden de cosas». El plazo que impone la ley para adoptar la decisión de asumir la gestión y el plazo para llevarla a cabo dificultan, sin duda alguna, las posibilidades de actuación de los entes locales, en particular, de los Municipios.

De nuevo citaremos a T. R. Fernández (17): «todo parece militar en contra de una decisión positiva por parte de las Corporaciones locales, a las que parece que el legislador ha querido dar una satisfacción meramente formal, con el deseo y la esperanza de que no usen en la práctica de la posibilidad que la ley se ha visto obligada a poner, de mala gana, a su disposición».

V. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE SUMINISTRO DE AGUAS

El artículo 25,2-1 establece que «el Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materias de ... suministro de agua».

En este precepto se reconoce ya un ámbito competencial, suministro de aguas, si bien deberá atenderse a la legislación sectorial para determinar el alcance de la competencia. El artículo 26, como ya expusimos, impone al Municipio el deber de prestar el servicio y, por tanto, no puede verse como atribución de ámbito competencial.

Lo cierto es que, al margen de la regulación actual contenida en la LBRL de 1989, el servicio de suministro de aguas siempre se ha concebido en la legislación local como un servicio local. Primero se define como abastecimiento de aguas y hoy como suministro, pero siempre reconociendo al ente local la competencia (18).

La legislación sectorial, concretamente la Ley de Aguas y sus Reglamentos, no ha alterado esta concepción. El ente local puede

(16) T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1505.

(17) T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1507.

(18) En este sentido, GARRIDO LOPERA: *El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones*, Madrid, 1973, y MESTRE DELGADO: «El servicio público de distribución de agua», en vol. col. *Tratado de Derecho Municipal II*, Madrid, 1988, p. 1479.

asumir el servicio y ordenar su gestión regulando, tan sólo, la Ley de Aguas, el procedimiento para que este ente obtenga la concesión del bien demanial con el que luego prestar el servicio. De nuevo, en este supuesto, la Ley sectorial reconoce la posición privilegiada del ente local, pues se alteran las reglas generales de concesión precisamente en el supuesto de abastecimiento de poblaciones en la medida que, el titular de la concesión, será el ente local. El artículo 71 de la Ley de Aguas establece, en su artículo segundo, lo siguiente: «el procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones se ajustará a los principios de publicidad y tramitación en competencia, prefiriéndose, en igualdad de condiciones, aquellos que proyecten la más racional utilización del agua y una menor protección de su entorno. El principio de competencia podrá eliminarse cuando se trate de abastecimientos de aguas a poblaciones».

Se abre la vía a un procedimiento de otorgamiento de concesión especial, que es el desarrollado por el Reglamento 849/1986, en sus artículos 122 a 125, procedimiento en el que se suprime el trámite de competencias de proyectos.

La Ley de Aguas contiene otro precepto de interés. El artículo 81 exige que, en los supuestos abastecimientos de aguas a varias poblaciones, las Corporaciones locales se constituyan en Mancomunidades, Consorcios u otras Entidades análogas, de acuerdo con la legislación específica que les es aplicable o, que las mismas, reciban el agua a través de la misma empresa concesionaria.

Pues bien, como apuntábamos hace un momento, la Ley de Aguas reconoce también una posición privilegiada de los entes locales para asumir la concesión del agua y ello, entiendo, porque es una consecuencia obligada del artículo 86.3 de la LBRL. Si este precepto reconoce la reserva del abastecimiento de agua, el ente local debe poder acceder, en posición privilegiada, a la materia con la que gestionar el servicio que tiene reservado. El bien demanial será, pues, concedido al ente local para el abastecimiento de poblaciones ya sea cuando actúe el Municipio solo o agrupado con otros entes locales.

Ahora bien, esta concesión hace referencia a la obtención de un bien demanial por el ente local. Tema diverso es la prestación del servicio a los usuarios. En este tema, el ente local, Municipio, posee no sólo la reserva (como caso del gas), sino también la competencia sobre el servicio, por la que podrá, en el marco de la legislación estatal y autonómica, ordenar su prestación y decidir el modo de gestión. Si el artículo 86.3 de la LBRL da cobertura para la gestión directa, nada impide una gestión indirecta.

De lo dicho hasta ahora, se desprende que las competencias municipales encuentran en el suministro de agua el ámbito más amplio, tomando como comparación el gas o la energía eléctrica. Pero debe, también, reconocerse que el ente municipal va a ver recortadas, en la práctica, dichas competencias. Por un lado, aspectos propios de la titularidad del servicio (como la potestad tarifaria), están atribuidos a la Comunidad Autónoma, pues las tarifas de agua a poblaciones es un precio autorizado (19). Por otro lado, materias sectoriales (sanidad, ordenación del territorio, etc.), incidirán en las condiciones para la prestación del servicio, y se impondrán a la libre decisión del titular del mismo.

Por último, la propia debilidad del ente municipal le obligará a buscar ámbitos territoriales mayores (consorcios, áreas metropolitanas, mancomunidades...).

VI. REFLEXIONES FINALES

Lo expuesto en las páginas anteriores nos pone de relieve la insuficiencia del nivel municipal como ente titular de la ordenación y gestión de lo que, en su día, fueron servicios municipales clásicos. La Ley local atribuye competencias sólo en el caso del suministro de agua, y prevé la reserva de gestión para dicho suministro y el gas. Pero incluso cuando se puede hablar de la titularidad del servicio, el caso del agua, este título ha perdido fuerza como habilitante de potestades de ordenación. El ente local queda reducido, en su autonomía, a la decisión de poder asumir o no la gestión del servicio del agua y gas e, incluso, en este último caso, con notables dificultades prácticas.

Pero no debe deducirse de esta reflexión que el nivel local esté en retirada. Como se ha dicho, toda la historia del derecho administrativo es interpretable, en su conjunto, como un esfuerzo continuo de búsqueda de nuevos títulos de potestad capaces de allanar el camino, no siempre expedito, a la Administración en su tarea de hacer frente y satisfacer las necesidades colectivas (20).

Si el ente local y, en particular, el Municipio, ve cómo pierde el título habilitante que, en su día, fue la asunción del servicio, mantiene, y puede hacer resurgir, el título originario de intervención: el dominio público. De ahí el interés por tratar hoy los problemas del subsuelo y su relación con la prestación de los servicios públi-

(19) *Vid.*, al respecto, Decreto de 28 de octubre de 1977 y la Orden ministerial de 23 de diciembre de 1987.

(20) T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1495.

cos (21). Por otro lado, la concurrencia de títulos materiales sectoriales permite incidir al ente municipal en la ordenación de los servicios: urbanismo, medio ambiente, sanidad y actividades clasificadas constituyen posibles títulos de intervención.

Y, por último, una reflexión basada en las palabras de García de Enterría en un trabajo ya citado (22). Al concluir su estudio sobre la actividad industrial y mercantil de los Municipios decía: «La lamentación, la postura nostálgica, nada han de poder contra lo que esta tendencia lleva en sí de motivos reales, de justificaciones reales inmediatas, independientes de sus teorizaciones y excesos doctrinales. Más realista y eficaz ha de ser que el Municipio sostenga la participación efectiva que le corresponde en estas realizaciones que amenazan con desbordarle y que, después de reducirlas a sus justos límites, lleve a ellas, sobre todo, su vieja savia democrática, que es en el fondo todo su profundo y genuino sentido, y cuya pérdida, aun en nombre del gran mito moderno de la eficacia, sería, en verdad, irreparable. Esta exigencia, por sí misma, postula la localización preferente de estas nuevas instancias supramunicipales en organizaciones descentralizadas, sobre la base real de los Municipios afectados, en forma de agrupaciones de Municipios, consorcios de entes públicos, etc., y, en última instancia, en entidades locales de segundo grado análogas a la provincia española».

Pues bien, este es otro reto del nivel municipal. Si quiere mantener su protagonismo como ente capaz de ordenar y gestionar servicios públicos, deberá optar por su redimensionamiento. Si se rechaza la fórmula traumática, deberá acudir a la vía asociativa. Pero sólo así podrá hacerse frente a una tendencia centralizadora motivada por la ampliación natural de los ámbitos de prestación de servicios. Y los entes municipales no deberían, tampoco, reducirse a meros entes exponenciales de una colectividad con funciones puramente representativas y participativas.

Por ello, en la búsqueda de nuevos cometidos públicos que se adecuen a la realidad del ente municipal, en una apuesta decidida por su redimensionamiento o por la potenciación de fórmulas asociativas de raíz y control municipal, y en la utilización de nuevos títulos de potestad, se juega el futuro de los entes municipales. La pérdida de protagonismo en la ordenación y gestión de los servicios municipales clásicos debe abrir una nueva etapa.

(21) *Vid.*, al respecto, el trabajo de GARCÍA BRAGADO, RAMÓN: «Algunos aspectos relativos al subsuelo de las ciudades, su ordenación y el traslado de servicios urbanos afectados por obras públicas municipales», en *Seminari de Dret Local*, vol. 5, Federació de Municipis de Catalunya, Ajuntament de Barcelona i Diputació de Barcelona, 1988.

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA: «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», en *RAP*, núm. 17, 1955, p. 138.