

# La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales) <sup>1</sup>

José Manuel Díaz Lema  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valladolid

Sumario: 1. PRIVATIZACIÓN, UN CONCEPTO AMBIGUO: LA GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS. 2. LOS MONOPOLIOS LOCALES: UNA INTERPRETACIÓN LIBERALIZADORA DEL ARTÍCULO 86.3 DE LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL. 3. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MONOPOLIOS LOCALES A PARTIR DE 1996: SUPUESTOS. 4. LÍMITES A LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MONOPOLIOS LOCALES: LA INICIATIVA PÚBLICA. 5. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA LOCAL, EN RÉGIMEN CONCURRENTIAL. 6. REFLEXIÓN FINAL: LIBERALIZACIÓN DE MONOPOLIOS LOCALES Y PACTO LOCAL.

## 1. PRIVATIZACIÓN, UN CONCEPTO AMBIGUO: LA GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS

Un análisis de la privatización en el ámbito de las Administraciones locales en España requiere en primer lugar fijar el concepto mismo de privatización, empeño en principio nada fácil <sup>2</sup>. Con él se alude *prima facie*

---

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada al IV Coloquio luso-español de Derecho Administrativo, celebrado en Coimbra los días 6 y 7 de abril de 2000 sobre el tema *Los caminos de la privatización de la Administración Pública*.

<sup>2</sup> El término privatización adolece de una evidente multivocidad. Véanse, por ejemplo, los distintos significados que le atribuye K. KÖNIG, «Die Übertragung öffentlicher Aufgaben: Eine europäische Sicht», *Verwaltungsarchiv*, 1990, pp. 436 y ss.: en relación con la gestión de las empresas públicas, la transferencia de la propiedad, el cambio de forma organizativa, etc.; y ciñéndose a la propia experiencia alemana aludía a los siguientes: consolidación presupuestaria, reducción de subvenciones, simplificación de procedimientos, desregulación, apertura de mercados, transferencia de la propiedad de empresas públicas, la gestión indirecta de ciertos servicios, la supresión de deberes o competencias públicos (esto es, su apertura a la iniciativa privada).

En el Derecho español, en el debate sobre la privatización está presente también el de las formas de organización administrativa. Así, F. GARRIDO FALLA, «Privatización y reprivatización», *RAP*, 126 (1991), p. 17, distingue entre privatización en cuanto a la forma organizativa y funcional para el desarrollo de actividades industriales y mercantiles por el Estado; en cuanto a la forma de gestionar servicios públicos tradicionales, y privatización de la actividad.

De forma similar, S. MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo», *RAP* 140 (1996), p. 34, se refiere a tres supuestos fundamentalmente: transferencia de activos patrimoniales del sector público al sector privado, ejercicio de funciones públicas conforme a procedimientos jurídico-privados, o su remisión a organizaciones de carácter privado.

a facilitar un mayor protagonismo del sector privado de la Economía en el ámbito de la actividad económica o prestacional de las Administraciones públicas, en ese permanente juego de la distinción entre lo público y lo privado, que es consustancial al devenir del Estado. Cualquier forma o mecanismo que potencie esta mayor iniciativa o protagonismo de los privados en la actividad prestacional (económica) de las Administraciones ha de considerarse en un sentido muy amplio como una manifestación de privatización.

Así, puede de entrada afirmarse que el ejercicio por particulares de actividades económico-prestacionales por la vía de la concesión de servicios públicos no es ni más ni menos que una forma de privatización. En nuestro Derecho local, probablemente con más intensidad que en el estatal, la concesión de servicios públicos ha tenido tradicionalmente, por razones que no viene al caso explicar aquí, una importancia enorme. Es más, a grandes rasgos podría afirmarse que en el funcionamiento de las Corporaciones locales anteriores a la Constitución de 1978 la concesión de servicios o gestión indirecta constituía la forma habitual de gestión, en lo que probablemente influía la escasa capacidad financiera de las Corporaciones locales y el papel devaluado de las mismas en la organización estatal frente a la omnipotencia de la Administración estatal. Va a ser precisamente a raíz de la Constitución cuando éstas cobran conciencia de su protagonismo, se refuerza su autonomía financiera, y en lo que aquí interesa se produce un movimiento de reasunción de servicios que hasta ese momento estaban en manos de particulares a través de concesiones (por la vía del rescate y de otras formas) <sup>3</sup>.

En los años 1990 las corrientes ideológicas favorables a la privatización van a impulsar precisamente, en el ámbito local, la vuelta a la concesión de servicios o gestión indirecta, que no encuentra ningún obstáculo en nuestro Derecho. Éste se basa en el principio de que la organización de los servicios es de la incumbencia local, con unos límites mínimos, fundamentalmente, que no pueden ser objeto de concesión los servicios que impliquen ejercicio de autoridad <sup>4</sup>.

<sup>3</sup> En esto como en otras cuestiones el advenimiento del régimen constitucional supuso un revulsivo para las Corporaciones locales, saliendo de la «atonía» anterior. Véase, por ejemplo, F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho local*, Tecnos, Madrid, 1987, que al poco tiempo de aprobarse la Ley de Bases de Régimen local de 1985 escribe: «La Administración local está en condiciones inmejorables para cobrar un nuevo aliento histórico» (p. 47).

<sup>4</sup> Artículo 85.2 de la Ley de Bases: «Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.»

Por lo tanto, la privatización de los servicios locales (económicos) entendida en este sentido mínimo o gestión indirecta depende exclusivamente de la voluntad local, es una decisión enteramente discrecional.

## **2. LOS MONOPOLIOS LOCALES: UNA INTERPRETACIÓN LIBERALIZADORA DEL ARTÍCULO 86.3 DE LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL**

Pero en un sentido más restringido privatización es sinónimo de liberalización, de apertura al mercado de actividades ejercidas en régimen de monopolio. Y del mismo modo que desde hace dos décadas por distintas vías se está procediendo al desmantelamiento de los monopolios estatales (en el ámbito de las telecomunicaciones, por ejemplo), de forma paralela, aunque más lentamente, se está produciendo el mismo fenómeno en relación con los monopolios locales, cuyas características pasamos a exponer a continuación.

La Ley de Bases de Régimen local de 1985 prevé la existencia de una serie de actividades que se podrán ejercer en régimen de monopolio en los términos del artículo 86.3, que dice lo siguiente:

«Se declara la reserva en favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios. 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 de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma».

De este modo la Ley de Bases sanciona la existencia de una serie de actividades que tradicionalmente los Municipios españoles han ejercido en régimen de monopolio, adecuándose al molde del artículo 128.2 de la Constitución española que, como es sabido, exige que la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, se haga mediante Ley.

En nuestro régimen local la creación de monopolios arranca a comienzos del siglo XX, alcanzando su madurez normativa en el Estatuto munici-

---

Sobre la organización de los servicios locales, cfr. F. SOSA WAGNER, «La organización de los servicios económicos», en *Documentación Administrativa*, 228 (1991) («La organización municipal»), pp. 187 y ss.

pal de 8 de marzo de 1924, cuyos artículos 169 y siguientes regulaban la municipalización, y más tarde serán incorporados a la legislación local posterior con leves modificaciones (Ley de Régimen local de 1955). Varias han sido en su momento las razones esgrimidas para la creación de monopolios locales: razones higiénico-sanitarias, el beneficio financiero para las arcas municipales, las ventajas sociales o el abaratamiento de los costes, razones que con el paso del tiempo han ido decayendo, más aún en las dos últimas décadas como consecuencia de las ideas liberalizadoras. Si se han desmantelado los monopolios estatales, no parece en principio justificada la subsistencia de los locales, al menos en los términos actuales.

La Ley de Bases de Régimen local mantiene la línea tradicional de prestación de ciertos servicios locales de carácter económico en régimen de monopolio. Ahora bien, aunque ésta es una cuestión que ha suscitado dudas en la doctrina, no es necesario interpretar el citado artículo 86.3 de la Ley de Bases en el sentido de que el legislador estatal imponga forzosamente, ni de forma mediata ni inmediata, en las actividades y servicios mencionados el régimen de monopolio. Dicho con otras palabras: la Ley de Bases es susceptible de una interpretación con un sesgo liberalizador en el que el monopolio no sea una decisión ya adoptada por el legislador, sino que se deja en manos del Municipio con la correspondiente tutela autonómica la implantación o no del monopolio local.

En efecto, como he sostenido en mi libro *Los monopolios locales*<sup>5</sup>, la implantación de estos monopolios se escalona, según el citado artículo 86.3 de la Ley de Bases, en dos fases sucesivas: en primer término, el legislador define un campo de actividades y servicios (los señalados en el citado precepto) susceptibles de monopolio, caracterizados todos ellos por constituir actividades y servicios económicos de carácter prestacional. Esto es, se trata de actividades en las que en principio es posible suscitarse la concurrencia empresarial, y desde luego no tienen carácter soberano. Con ello la Ley de Bases no hace sino dar cumplimiento al artículo 128.2 de la Constitución que exige que la reserva o monopolio de una determinada actividad se haga mediante ley. De acuerdo con esto, incluso se ha defendido que la creación de cualquier monopolio local, caso a

<sup>5</sup> *Los monopolios locales*. Montecorvo, Madrid, 1994. A parecidos resultados en la interpretación del artículo 86.3 de la Ley de Bases de Régimen local llegan: P. MENÉNDEZ, «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades locales (especial referencia a abastecimiento de aguas y suministro de gas)», *REDA* 89 (1996), pp. 49 y ss.; F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del Municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 345 y ss.; S. SARASOLA GORRITI, «En torno a la reserva de servicios esenciales en la legislación local básica», *Revista Vasca de Administración Pública* 52 (1998), pp. 217 y ss.

caso, requiera una ley, aunque a mi modo de ver el mandato del artículo 128.2 de la CE se cumple con la simple definición en ley de las materias sobre las que puede recaer el monopolio.

En una segunda fase, cada Municipio dentro de su competencia de organización de los servicios, puede implantar o no el régimen de monopolio sobre las referidas actividades y servicios. Esto es lo que viene a decir el mismo artículo 86.3 en su segundo párrafo:

«La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.»

En esta interpretación asoma ya, como decimos, un cierto sesgo liberalizador, por cuanto corresponde a cada Municipio en primera instancia decidir sobre si procede implantar un determinado monopolio, en función de las necesidades de la población, sus medios financieros, o —por qué no— sus preferencias ideológicas. Según esto, encaja perfectamente en el artículo 86.3 de la Ley de Bases que los Municipios presten las actividades y servicios enunciados en régimen concurrencial, ya se trate de actividades y servicios que en otro precepto de la Ley de Bases se definen como de prestación obligatoria (art. 26), o no, pues una cosa es la obligatoriedad de la prestación, y otra distinta la forma de hacerlo, en monopolio o en concurrencia <sup>6</sup>.

Por lo demás, la implantación del monopolio no está enteramente en manos de las Entidades locales, pues el artículo 86.3 exige la aprobación ulterior por la Comunidad Autónoma. Y aunque en general la doctrina ha sostenido que dicha aprobación sólo constituye un control de legalidad de la decisión municipal, en consonancia con los términos generales de la doctrina del TC sobre la tutela local, estimo sin embargo que, en la medida en que la implantación del monopolio trascienda del ámbito local, puede estar justificado otorgar a dicha aprobación el carácter de un control de oportunidad: sobre si es conveniente, por ejemplo, desde el punto de vista de la política económica general la implantación de un monopolio cuyos efectos en muchos casos no se detendrán en el término municipal. Ésta es desde luego una cuestión discutida, aunque entiendo que hay base suficiente en la jurisprudencia del TS de los últimos años, a propósito sobre todo de la aprobación del planeamiento urbanístico, para defen-

<sup>6</sup> Dentro de este esquema es preciso matizar que en unas actividades por la misma naturaleza de las cosas y el régimen básico que las disciplina, la implantación de monopolios parece una consecuencia razonable (ejemplo, abastecimiento de aguas-bienes de dominio público), mientras que en otros no sucede así (ejemplo, servicios funerarios). La desmonopolización se ha iniciado precisamente en estas últimas. Véase *infra*.

der que si la creación de un monopolio local tiene unas implicaciones que van más allá del término municipal, el control autonómico debe extenderse a la oportunidad de la medida. Pues bien, desde la óptica de la liberalización de los monopolios locales, esto significa que las autoridades autonómicas pueden utilizar sus facultades de aprobación para imprimir una perspectiva liberalizadora en la creación de monopolios locales, no en todos los casos, pero sí al menos en los más sobresalientes, en aquellos que más claramente puedan distorsionar la concurrencia.

En definitiva, y a pesar de que la Ley de Bases fue concebida en un momento en el que no estaba en cuestión la prestación monopolística de actividades y servicios locales, no obstante, ella misma puede ser interpretada con un criterio liberalizador: basta que los Municipios no pretendan crear empresas para la prestación de las actividades y servicios del artículo 86.3 en régimen de monopolio (renuncia que a veces no resulta nada fácil, con independencia del color político del Ayuntamiento, por la sencilla razón de la merma que se produce en los ingresos locales) y, por otro lado, puede ejercerse la tutela o aprobación autonómica del monopolio con un criterio restrictivo, esto es, liberalizador. La propia Ley de Bases contiene por tanto el germen de la liberalización de los monopolios locales.

### 3. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MONOPOLIOS LOCALES A PARTIR DE 1996: SUPUESTOS

Ahora bien, esta interpretación de la Ley de Bases es claramente insuficiente si se pretende provocar una decidida liberalización en el ámbito de los monopolios locales. Ésta viene exigida al unísono tanto por las instancias europeas como nacionales. En concreto, el conjunto de medidas puestas en práctica desde mediados de los años 1980 por la Unión Europea, cuya finalidad es la consecución de un «Mercado Interior», se caracterizan sobre todo por su efecto liberalizador<sup>7</sup>; no pocas de estas medidas afectan a servicios prestados por las Corporaciones locales, en especial en el campo de los suministros energéticos. Esta corriente liberalizadora choca con la tradición de los monopolios locales tan característicos del régimen local europeo en general; de ahí las resistencias que suscita.

En el mismo orden de ideas el conocido Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia español<sup>8</sup> plantea la conveniencia de liberalizar

<sup>7</sup> Tendencia que la reciente Cumbre (marzo 2000) de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea celebrada en Lisboa ha corroborado e intensificado.

<sup>8</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Madrid, 1994, pp. 182 y ss.

al menos dos de las actividades reservadas o en monopolio: los servicios mortuorios y el transporte público de viajeros, y promete analizar en un momento posterior la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos. Propone la liberalización de los primeros, al margen del carácter obligatorio de la prestación municipal, en la misma línea *supra* avanzada, suprimiéndolos de la lista del artículo 86.3 de la Ley de Bases; y en cuanto a los segundos propone la apertura a la iniciativa privada de líneas al margen de las planificadas.

En este caldo de cultivo favorable a la liberalización de los monopolios se produce la primera norma que afronta la eliminación de la reserva en ciertas actividades locales. Me refiero al Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, dictado a los pocos días de entrar en funciones el nuevo Gobierno conservador surgido de las elecciones de 1996. En los artículos 22 a 24 dispone la plena liberalización de los servicios funerarios y con las limitaciones que ahora veremos de los mataderos.

En efecto, el artículo 23 del citado Decreto-ley suprime de la lista del artículo 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local la mención a los servicios mortuorios, que es tanto como decir que ya no es posible en el futuro la implantación de este monopolio, siguiendo en este punto las recomendaciones del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia referido. Ello no impide que los Ayuntamientos realicen dicha actividad, pero en régimen concurrencial, y desde luego con carácter potestativo porque nunca ha tenido este servicio carácter obligatorio (servicios obligatorios del artículo 26 de la Ley de Bases). Consecuentemente con ello, el artículo 22 del Decreto-ley, después de declarar la liberalización de los servicios funerarios, prevé que las autorizaciones tendrán carácter reglado. Es decir, la liberalización de la actividad o la supresión de la reserva tiene como corolario el carácter reglado de las autorizaciones, lo que constituye una manifestación bien palpable de las implicaciones últimas del fenómeno liberalizador. No sólo se entregan funciones o actividades a la iniciativa privada, sino que esto ha de hacerse de una determinada manera o con un determinado régimen jurídico: la regulación subsiguiente ha de asegurar a los particulares una posición segura o, lo que es lo mismo, la intervención administrativa ha de ser reglada. El artículo citado ha sido desarrollado por el Real Decreto 927/1998, de 14 de mayo, por el que se modifica el artículo 139 del Reglamento de transportes terrestres, previendo entre otras cosas que las autorizaciones habilitarán para realizar cualquier transporte funerario, independientemente del recorrido del mismo, hasta el lugar en que se realice el enterramiento o se conduzca el ca-

dáver, con lo que se ha puesto punto final a los conflictos que había generado en el sector el monopolio local <sup>9</sup>.

En cuanto a los mataderos, el Decreto-ley de 1996 merodea en torno a la reserva, sin llegar a la derogación. El artículo 24 del Decreto-ley de 1996 modifica el artículo 26 de la Ley de Bases, en el sentido de suprimir el carácter obligatorio del servicio de mataderos para los Municipios con población superior a 20 mil habitantes. Ahora bien, la reserva de esta actividad en el artículo 86.3 se mantiene. Para comprender el resultado de la modificación legislativa es preciso recordar el sentido de los servicios obligatorios en relación con la reserva en nuestra legislación local. En efecto, es preciso distinguir tres perspectivas distintas a la hora de ordenar la prestación de servicios o actividades económicas por las Corporaciones locales: en primer lugar, el artículo 25 establece la competencia genérica municipal en una lista de materias, que deberán concretar posteriormente las leyes estatales o autonómicas; en segundo lugar, el artículo 26 segrega algunos de estos servicios y los impone con carácter obligatorio a los Municipios a medida que alcanzan un determinado techo poblacional (en todos los Municipios, en Municipios con población superior a 5.000 habitantes; en Municipios con población superior a 20.000 habitantes). Y en tercer lugar, algunas de estas actividades (como antes se ha indicado, las susceptibles de una explotación económica o concurrencial) además están en la lista de las actividades reservadas en el artículo 86.3.

Por lo tanto, la supresión del carácter obligatorio del servicio de mataderos sólo indirectamente tiene connotaciones liberalizadoras, estando abiertas a los Municipios las siguientes posibilidades: primera, puesto que se ha convertido en un servicio facultativo, no prestarlo, en cuyo caso carece ya de sentido plantearse el monopolio; segundo, si el Ayuntamiento decide prestarlo, a tenor de la interpretación que antes hemos propuesto del procedimiento para reservar o monopolizar, puede el Ayuntamiento hacerlo en concurrencia, y además puede también hacerlo en monopolio, porque el artículo 86.3 lo consiente todavía.

La liberalización de los monopolios locales tímidamente iniciada en el Real Decreto-ley de junio de 1996 para los dos supuestos mencionados se ha extendido a un suministro clásico, el gas, que junto con la electricidad, constituye un objetivo destacado del Mercado Interior en el seno de la Unión Europea. En efecto, la Ley del Sector de Hidrocarburos de 7 de octubre de 1998 establece la libre competencia en el sector y el carácter de

---

<sup>9</sup> Sobre esto, véase J. A. GARCÍA DE COCA, *Liberalización de la actividad funeraria*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998; y J. OCHOA MONZÓ, *La actualización del Derecho mortuario y la liberalización de los servicios funerarios*, Universidad de Alicante, Barcelona, 1998.

actividad regulada en el artículo 60 en relación con los artículos 55 y 58, derogando en consecuencia el sistema concesional característico de la Ley del Gas de 15 de mayo de 1987, y de rechazo la concesión preferente en favor de las Entidades locales prevista en el artículo 6 de la misma. Consecuentemente, la Disposición Derogatoria prevé la supresión de la reserva del suministro de gas contenida en el artículo 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local. Pero, como más adelante veremos, la supresión de la reserva no puede impedir la realización de esta actividad como de cualquier otra, eso sí, en régimen concurrencial.

La liberalización ha alcanzado a otro servicio municipal clásico de forma parcial: me refiero al conjunto de actividades relacionadas con los residuos. La Ley 10/1998, de 21 de abril, reguladora de los residuos, introduce dos importantes modificaciones en la Ley de Bases: por un lado, modifica el artículo 26 (servicios obligatorios) atribuyendo con carácter obligatorio a todos los Municipios la recogida, el transporte y al menos la eliminación de los residuos urbanos (art. 4.3). Por otro, y es lo que directamente nos interesa en este punto, establece que la valorización y la eliminación de los residuos serán autorizadas por la Administración autonómica (art. 13.1). Los dos conceptos citados no reflejan exactamente los que utiliza la Ley de Bases, que en el artículo 26 (servicios obligatorios) se refiere a recogida y tratamiento de residuos, y en el artículo 86.3 reserva las fases anteriores y además el aprovechamiento de los mismos. Pues bien, aunque no sean del todo coincidentes, creo que se puede afirmar que la valorización al menos en parte se debe confundir con el aprovechamiento del artículo 86.3 de la Ley de Bases (y la eliminación con el tratamiento), y por tanto la citada Ley de Residuos lleva a cabo la liberalización de estas actividades que en la Ley de Bases estaban reservadas. No vamos a analizar aquí el régimen de estas autorizaciones un tanto singulares. Ciertamente, la misma Ley 10/1998 es a este respecto un tanto ambigua, porque, al mismo tiempo que liberaliza las actividades referidas, deja la puerta abierta a su declaración como servicio público por las Comunidades Autónomas (art. 12.3), servicio que puede ser de titularidad autonómica o local, lo que debe entenderse como una vuelta a la reserva <sup>10</sup>.

En definitiva, la Ley de Residuos da un paso hacia la liberalización en la valorización y la eliminación de los residuos, pero es un paso inseguro, pues si, por un lado, establece que se trata de actividades sometidas simplemente a autorización (autonómica), que es tanto como decir que se liberalizan, por otro, admite que por Ley autonómica, aunque sea de forma excepcional,

<sup>10</sup> La Ley de residuos se limita a aplicar el criterio del artículo 86.3 de la Ley de Bases de Régimen local, según el cual la Ley estatal o la autonómica (en este caso, la segunda) pueden establecer reservas sobre otras actividades o servicios.

puedan reservarse (a favor de la Comunidad Autónoma o de los Ayuntamientos). Se trata por tanto de una liberalización condicionada, que no acaba de separarse del todo de la situación anterior a la Ley 10/1998, lo que quizá explique por qué la Disposición Derogatoria no incluye el artículo 86.3 entre las disposiciones derogadas. Así pues, en la Ley de Residuos hay más un cambio de tendencia hacia la liberalización de estas actividades vinculadas a la gestión de los residuos que una liberalización en toda regla <sup>11</sup>.

#### 4. LÍMITES A LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MONOPOLIOS LOCALES: LA INICIATIVA PÚBLICA

Pero la privatización es un concepto que, como se indicó al principio, admite una muy distinta graduación en la intensidad. En el apartado anterior hemos visto que el desmantelamiento de los monopolios locales se ha iniciado en algunos supuestos, y de forma cautelosa. Debemos plantearnos a continuación si es posible una privatización más intensa en el ámbito local, y sobre todo cuál es el marco jurídico y constitucional en el que ha de desenvolverse. Del mismo modo que la liberalización de los monopolios estatales ha conducido por lo general a eliminar la presencia del Estado, que se ha ido desprendiendo de los activos que tenía en las empresas privatizadas, debemos plantearnos si es posible articular tal operación y en qué condiciones en el ámbito local. ¿Es posible que el legislador estatal ordene la venta total o parcial de empresas locales en sectores en los que se haya suprimido la reserva o se suprima en el futuro? (Por ejemplo, ¿puede el Estado ordenar la venta de las funerarias municipales como consecuencia de la supresión del monopolio?). Dicho con otras palabras, ¿puede el Estado impedir la actividad económica local en determinadas actividades o servicios en que se haya suprimido la reserva o monopolio del artículo 86.3? Esto supondría, desde luego, llevar el proceso de liberalización de los antiguos monopolios locales hasta el final, eliminando la presencia local por completo.

A mi modo de ver, una medida de esta naturaleza, con independencia del juicio sobre su conveniencia, choca con graves obstáculos constitucio-

<sup>11</sup> Sobre la legislación estatal y autonómica en materia de residuos, véase A. GALLEGO ANABITARTE, «La Ley 1/1999, de 29 de enero, de residuos de Canarias: comentario general y competencias», en *III Jornadas sobre la Administración local en Canarias*, 1999.

El tratamiento de residuos (dicho en sentido amplio), conforme a nuevos y más exigentes criterios de la legislación medioambiental, ha provocado en general la redistribución de esta competencia, atribuyendo a entes supralocales la gestión de las fases más delicadas del proceso. Véase en este sentido, para el caso alemán, Rainer COSSON, «Begrenzungen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung im Bereich der Abfallwirtschaft», *DVBL*, 1999, pp. 891 y ss., en que da cuenta de la controversia doctrinal y jurisprudencial en torno a este tema.

nales. En efecto, el artículo 86.1 de la Ley de Bases de Régimen local establece que las Entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución. Dicha iniciativa constituye al fin y al cabo una manifestación de la autonomía local recogida en el artículo 137 de la CE, y por tanto una Ley estatal o autonómica que impida el ejercicio de la misma tiene difícil encaje en la Constitución. Es cierto que dicha iniciativa ha de ejercerse dentro de ciertos límites: la actividad o el servicio local han de someterse a las reglas concurrenciales generales, y por encima de todo no puede menoscabar competencias (públicas o soberanas) de otras Administraciones.

La interpretación de la iniciativa pública (económica) local prácticamente sin restricciones se ve reforzada por la Carta Europea de la Autonomía Local aprobada el 27 de junio de 1985 y ratificada por España el 20 de enero de 1989 (entró en vigor el 1 de marzo del mismo año), cuyo artículo 4.2 prevé lo siguiente:

«Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad»<sup>12</sup>.

La iniciativa pública local constituye por lo tanto el más importante obstáculo a una privatización o liberalización de los monopolios locales entendido como eliminación de la presencia económica local en este tipo de actividades. No es de extrañar por ello que hasta la fecha el proceso de privatización de los monopolios locales se haya limitado a dar el paso del monopolio a la concurrencia, pero nada más. Constitucionalmente el Estado no puede imponer la solución drástica que se comenta.

Contra el criterio aquí sustentado puede argüirse que la autonomía local y por tanto las competencias locales han de ser definidas por el legislador, estatal o autonómico (art. 2.1 de la Ley de Bases), y en consecuencia estaríamos incurriendo en una contradicción al negar al legislador estatal la posibilidad de imponer una liberalización en los términos que se comentan; esto es, impidiendo la actividad económica local en ciertas actividades y servicios previamente desmonopolizados. Esta objeción debe ser rechazada, pues la determinación en Ley afecta únicamente a las competencias locales, pero no a ese ámbito de libre configuración, esencialmente espontáneo, que es la iniciativa pública. En ésta es cada Entidad local, no el legislador, la que decide en función de su propio criterio los servicios o actividades que ha de prestar. Por eso, la iniciativa pública, en

<sup>12</sup> Sobre la interpretación de este precepto de la Carta, cfr. mi artículo «Influencia del Derecho europeo sobre la actividad económica de las Entidades locales», *CUNAL. Revista de estudios locales*, julio 1998, pp. 75 y ss., y la bibliografía allí señalada.

una gran medida, es la mayor manifestación de la autonomía local, pues, salvo en el procedimiento, no está condicionada por el legislador. En definitiva, no se puede impedir a las Entidades locales que realicen o presen concurrencialmente las actividades o servicios en las que se ha suprimido el monopolio local por Ley: quizá valga aquí el dicho de que lo que se ha arrojado por la puerta, entra por la ventana.

## 5. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA LOCAL, EN RÉGIMEN CONCURRENCIAL

Ahora bien, no se puede ocultar el riesgo de que empresas locales actuando formalmente en régimen concurrencial, no obstante, disfruten de hecho de ventajas de todo tipo que las autoridades locales puedan poner a su disposición. Aquí sí es lícito al Estado asegurar que la actividad local se atiene a las pautas establecidas con carácter general, y en primer lugar a través de los mecanismos de defensa de la competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia).

Pero en gran medida estos conflictos deben encauzarse a través del procedimiento mismo de creación de las empresas locales en régimen concurrencial, previsto en el artículo 86.1 de la Ley de Bases y desarrollado en los artículos 96 y siguiente del Texto refundido de Régimen local (Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986). Aunque el artículo 86 citado no decía nada al respecto, el artículo 96 del Texto refundido ha introducido una cautela para el ejercicio de la iniciativa pública local: la actividad en cuestión ha de ser de utilidad pública, prestarse en el término municipal y en beneficio de sus habitantes. Todas estas cortapisas que se concretan en la tramitación que prevé el artículo 97 del mismo Texto refundido tienen una finalidad: evitar que la iniciativa local pueda dañar la concurrencia económica <sup>13</sup>. En realidad este procedimiento en lo esencial está tomado del Derecho preconstitucional, lo que ha llevado a algún autor a poner en duda su adecuación a la Constitución y a la Ley de Bases, que no permiten deducir el sometimiento de la iniciativa pública a tales cortapisas <sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. mi *Monopolios locales*, cit., p. 118. Sobre este procedimiento, véase J. M.<sup>a</sup> ENDEMAÑO AROSTEGUI, «Las sociedades mercantiles participadas por el municipio: particularidades más relevantes de su régimen jurídico», *REALA* 270 (1996), pp. 363 y ss.

<sup>14</sup> J. L. RIVERO Y SERÑ, *Manual de Derecho local*, 4.<sup>a</sup> edic., Civitas, Madrid, 1999, p. 382. El referido procedimiento sería consecuencia del principio de subsidiariedad preconstitucional aplicado a la actividad económica local.

Desde otra perspectiva, yo mismo he sostenido que el procedimiento puede estar en contradicción con los términos de la Carta Europea de la Autonomía Local, que tampoco impone restricción alguna a la iniciativa local: «Influencia del Derecho europeo...», cit., p. 80.

Pues bien, al margen de los interrogantes reseñados, es evidente que este procedimiento puede ser utilizado para constreñir la iniciativa local, como de hecho sucedió en la famosa Sentencia del TS de 10 de octubre de 1989, por la que se anuló el Acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona para la creación de una empresa municipal. El control judicial del ejercicio de la actividad económica local vendría a sustituir la tutela administrativa, pero la finalidad sería la misma: impedir perjuicios a la concurrencia empresarial<sup>15</sup>. En líneas generales, sin embargo, estos controles en nuestro Derecho han sido muy poco severos, y ésta es la misma tendencia que se observa en otros países<sup>16</sup>.

## 6. REFLEXIÓN FINAL: LIBERALIZACIÓN DE MONOPOLIOS LOCALES Y PACTO LOCAL

En síntesis, la liberalización de los monopolios locales, y más en general la privatización en el ámbito local, se ha iniciado tardíamente (a partir de 1996) y de ningún modo puede decirse que este proceso haya alcanzado un desarrollo estimable. Más bien da la impresión de que el legislador estatal ha hecho tanteos, con mayor o menor énfasis según los casos, y no una política decidida. Por otra parte, como se ha visto en el epígrafe anterior, la liberalización extrema de los monopolios locales choca con inconvenientes constitucionales. El resultado de todo ello es que se puede advertir una fuerte disparidad en la intensidad y el ritmo de la liberalización de los monopolios estatales y los locales.

En parte, esta falta de insistencia en la necesidad de liberalizar los monopolios locales puede deberse a la creencia —probablemente falsa— de su escaso impacto en la economía. Ciertamente, están muy lejos de la importancia de los monopolios estatales (ejemplo, telecomunicaciones), pero no sería realista subestimar los efectos generalizados, en el conjunto de la geografía nacional, de los monopolios que pueden ejercer las Entidades locales. El impacto sobre las economías locales del desmantelamiento de los monopolios municipales no debe ser nada desdeñable.

Pero quizá existan otro tipo de razones que explican la negligencia del legislador a la hora de enfrentarse con la liberalización de los monopolios

<sup>15</sup> Cfr. mi *Monopolios locales*, cit., p. 116, y la doctrina que se cita.

<sup>16</sup> Dentro del control judicial de la actividad económica local vale la pena referirse al protagonismo que al parecer está adquiriendo en Alemania la jurisdicción civil en cuanto es competente para conocer de las prácticas restrictivas de la concurrencia empresarial. El tema es objeto de un fuerte debate. Cfr. Rainer COSSON, ob. cit., pp. 891 y ss., así como la reseña de BRAUSER-JUNG y GERKING, «Staat und Kommunen als Konkurrenten der Privatwirtschaft?», *DVBL* 1999, pp. 1491 y ss.

locales, que nos remite al ámbito local como fuente de poder político (electoral). La liberalización de estos monopolios puede ser vista como una nueva forma de desapoderamiento de competencias locales, y esto sólo puede provocar el rechazo de los Ayuntamientos, del color político que fuere. Este componente histórico-político no puede ser desdeñado si se quiere intensificar la política liberalizadora y acercarla al mundo local. Es natural que los Ayuntamientos españoles, que sólo a partir de la Constitución y de la Ley de Bases de 1985 empiezan a sentirse cómodos en la estructura de la organización estatal, recelen de cualquier movimiento que por una vía o por otra les priva de servicios que venían prestando y que constituyen la base de su poder.

En realidad, la discusión en los últimos años —y no está ni mucho menos agotada— gira en torno al Pacto Local, conjunto de iniciativas para fortalecer y preservar en numerosos órdenes la posición de las Entidades locales, de los que el supuesto más relevante es el recurso ante el TC contra leyes estatales o autonómicas lesivas de la autonomía local (arts. 75 bis y sigs. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica del TC). Pues bien, el Pacto Local, inspirado en los principios de subsidiariedad procedente del Derecho de la Unión Europea y descentralización (art. 103.1 de la CE), preconiza precisamente la transferencia o delegación de competencias estatales y sobre todo autonómicas a los Municipios <sup>17</sup>. Pero no hay una sola mención en el mismo a la liberalización de monopolios locales.

Probablemente por la razón antes apuntada, sólo podrá acometerse una política de liberalización en el ámbito local dentro de un esquema más amplio de reasignación de las competencias locales, en que las Entidades locales asuman por ejemplo un mayor protagonismo en el ejercicio de competencias soberanas hoy en manos de las Comunidades Autónomas, al mismo tiempo que pueden desprenderse de la prestación monopolística de actividades económicas. De ahí que debiera aprovecharse la dinámica abierta por el Pacto Local para avanzar en la política de liberalización. Por las especiales circunstancias de los Municipios esta política se enmarca con más facilidad en la reasignación de competencias entre las Administraciones Públicas, que en la separación de los ámbitos público y privado de la Economía.

---

<sup>17</sup> Los textos en que se ha plasmado el Pacto Local pueden consultarse en: MAP/FEMP, *El Pacto local. Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, INAP, Madrid, 1999, en que se recogen las medidas que el Estado ha ido introduciendo en aplicación del Pacto. El proceso de descentralización de las Comunidades Autónomas a los Ayuntamientos camina más lentamente, aunque hay ya una propuesta del Gobierno de la Comunidad de Madrid conocida recientemente (marzo 2000).