

Principio de tipicidad y potestad de autoorganización en la prestación de servicios públicos locales. Una visión panorámica de los ordenamientos jurídicos Español y Colombiano.

JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA *

SUMARIO:

1. Delimitación del Objeto de Estudio. 2. Entre La Potestad de Autoorganización de Los Entes Locales y La Tipicidad de Los modos de Gestión de Los Servicios Públicos. 3. El Alcance del Principio de Tipicidad en Los Modos de Gestión de los Servicios Públicos Locales. 3.1. Tipicidad y Autoorganización: la Ponderación de Estos Principios en el Ámbito Local. 3.1.1. La Tipicidad y La Calificación de Una Actividad como Servicio Público Local. 3.1.2. La Libertad del Municipio para optar entre Formas de Gestión directas e Indirectas y de Escoger el Modo Concreto de Gestión dentro del Catálogo Legalmente Previsto. 3.1.3. Libertad del Ente Local para Crear modos Alternativos de Gestión de Servicios Públicos: ¿Numerus Clausus o Numerus Apertus? 3.1.4. La Libertad del Municipio en la Introducción de especificidades dentro de los Modos de Gestión Legalmente previstos. 4. A modo de Conclusión.

ABSTRACT:

Recognized the particular autonomy of local authorities that should be exposed according to the extent of their legitimacy. Throughout this work, we develop the necessity to provide these authorities with the power to qualify a certain activity as a public service, and the subsequent selection of a management model (organizational model) to satisfy them. As well as the apparent contra-

* Docente-Investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

diction between this constitutional principle of self-organization power and the typical constitutional principle (understood as a result of the rule of law), both as a result of the arrangement of competencies between the legislative power and the local authorities.

KEY WORDS:

Typical Constitutional Principle, self-organizational power, management Models, public service, Local authorities autonomy.

RESUMEN:

Se reconoce la particular autonomía de los entes locales que debe mostrarse acorde con el crecimiento de su legitimidad, a lo largo de este trabajo, se desarrolla la necesidad de otorgarles la potestad de calificar como servicio público determinadas actividades, y consecuentemente la selección de los modelos de gestión (modelos organizativos) para satisfacerlos. Al tiempo que se pone de presente la aparente contradicción entre el principio constitucional de auto organización, y el principio de tipicidad (entendido como consecuencia del principio de legalidad), ambos, enmarcados en una discusión competencial entre el legislador y los entes locales.

PALABRAS CLAVES:

Principio de tipicidad, potestad de auto organización, modelos de gestión, servicio público, autonomía de los entes locales.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

A través del presente escrito pretendemos abordar uno de los principales fenómenos que se presentan en las democracias actuales, el crecimiento de legitimidad de los entes locales y la necesidad de reconocerles capacidad para determinar los modos en que gestionarán aquellos servicios públicos necesarios para la satisfacción de los intereses que subyacen a la comunidad organizada que representan. Si las realidades constitucionales obedecen cada vez más aun desprendimiento del poder del centro a la periferia reconociendo autonomía en el manejo de asuntos propios, una manifestación concreta de la misma es precisamente la de reconocer en los órganos de carácter local, sobre todo en aquel que posee mayor representatividad política, la capacidad de escoger el cómo se ejercerán sus competencias.

Nos topamos así con el primer elemento que hace parte del problema que se abordará en este trabajo: la potestad de autoorganización de los munici-

pios circunscrita al ámbito de la asunción de actividades de interés general. La capacidad reconocida a los órganos constitucionales básicos (sobre todo a las corporaciones locales o a los consejos municipales en el caso colombiano) de escoger entre variadas formulas organizativas cual es la más adecuada para el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales. Si la autonomía se define por el ejercicio de las competencias, habrá que detenerse en aquellas que tienen una naturaleza propiamente organizacional, y determinar, si en virtud de las mismas es posible que en el ámbito local se decida si se puede acudir a fórmulas completamente públicas, mixtas o privadas, así como también si es necesario acoger aquellos modos de gestión de los servicios que consagra la ley o es posible la innovación teniendo en cuenta que se trata de entidades de carácter derivado (establecimientos públicos u organismos autónomos tratándose del caso español, o la adopción de formulas de carácter empresarial, entre otras).

Surge así el segundo polo en tensión. La potestad de auto organización de la que se hablaba en líneas anteriores debe conjugarse con otro principio que es manifestación directa de la legalidad; nos estamos refiriendo al principio de tipicidad, es decir a la obligación que tienen los entes locales de adoptar aquellas formulas organizativas que ha delimitado el legislador previamente en normas que se ocupan de manera directa del tema local o aquellas que regulan los diferentes sectores administrativos. En palabras de la doctrina italiana, nos enfrentamos a la imperiosidad de determinar cuál es el alcance del principio de reserva de ley en la determinación y conformación de la estructura administrativa de los municipios, de manera concreta si la autoridad local para la prestación de los servicios a su cargo sólo puede adoptar aquellas fórmulas predeterminadas en la ley, o si por el contrario puede buscar una alternativa diferente a dicho catálogo.

Como podemos observar, autoorganización y tipicidad, representan las dos caras de un mismo problema, la ponderación entre dichos principios es el objeto de nuestra preocupación. Esta tensión, como se verá, no sólo se circunscribe a la determinación de una formula organizativa distinta de las que se encuentran consagradas en la ley, también se extiende a la toma de decisiones concernientes a la adopción dentro de los modos de gestión ya estipulados o la determinación de la estructuración interna de los mismos. En cada uno de estos ámbitos la solución será distinta, de tal forma que la conclusión a la que queremos arribar se traduce en la necesidad que existe de compatibilizar los dos polos supuestamente enfrentados, reconociendo que en el plano actual los municipios gozan de mayor autonomía, por lo cual no se puede esgrimir como argumento válido la falta de legitimidad y la ausencia de representatividad; se hace indispensable, entonces, no crear listados cerrados sino mínimos que son de obligatorio cumplimiento.

II. ENTRE LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN DE LOS ENTES LOCALES Y LA TIPICIDAD DE LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Es en el plano de las competencias en donde debe buscarse el nexo directo entre autonomía local y gestión de los servicios públicos, puesto que a diferencia de lo que ocurre en el plano estatal, el concepto de servicio público no está limitado al criterio de la titularidad sino a un criterio funcional y teleológico vinculado directamente con las tareas y misiones encomendadas a los Entes locales. En efecto, en el marco del Estado la idea de servicio público ha sido relacionada con la titularidad del mismo sobre determinada actividad, relacionando la posibilidad de monopolio con una exigencia de ley formal, de tal forma que conlleva un derecho que excluye a los particulares de su prestación (art. 128 de la Constitución Española¹). De forma diversa, en el ámbito municipal, el artículo 85.1 de la Ley De Bases del Régimen Local (en adelante LBRL) relaciona el concepto con el ejercicio directo de competencias, diversificando la categoría estudiada, alejándola de construcciones dogmáticas unívocas, dando cabida a diversas formas de prestación directa o indirecta, y ante todo ofreciendo un margen amplio de acción al municipio para que decida a qué ámbitos materiales les dará la calificación de servicios públicos, especialmente si tenemos en cuenta que el artículo 25.1 del mismo cuerpo normativo estatuye: *El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*¹² (Negrilla fuera de texto)

Esta forma de comprender el concepto de servicio público no se encuentra recogida en la norma constitucional colombiana, dado que el artículo 365 adoptó en la definición un concepto funcional y teleológico; de tal manera, el asunto concerniente a si la titularidad es exclusiva del sector público o, al contrario, se permite la libertad de concurrencia es un asunto que se ha delegado al legislador quien, por otra parte, en la Ley 142 de 1994 prefirió un modelo en el que la prestación de los servicios públicos domiciliarios se debe hacer en un plano de igualdad y sin necesidad de título habilitante alguno. En el ámbito municipal la delimitación de los servicios públicos se relaciona igualmente con las competencias asignadas, así lo deja entrever el artículo 11 del Código de régimen Político Municipal (en adelante CRPM) que subraya

1 A partir de este momento CE.

2 Ver. COBO, TOMÁS. Ley de Bases del Régimen Local. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia. Barcelona, Editorial Bosch. 2004. pp. 568 – 569. De igual forma se pueden consultar las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1995 y de 23 de mayo de 1997, en las cuales se reitera la diferenciación conceptual entre la noción de servicio público en el ámbito local y la concepción de servicio público en el ámbito estatal.

que la *competencia administrativa de los municipios está constituida por la relación de funciones y servicios asignados por la ley.*

Como podemos observar, tanto en el ámbito municipal español como colombiano, la asignación de competencias marca la pauta como criterio de delimitación de aquellas actividades a las que se les puede dar el calificativo de servicio público, ello a su vez implica indefectiblemente que el ente local, de acuerdo a la finalidad que pretenda alcanzar con tal determinación, tiene en sus manos la decisión sobre cuál es el modo de gestión más adecuado, o en otras palabras, la elección dentro de "... *las diversas fórmulas de realización*" de aquella que más se acomode a la necesidad que pretende solventar.³ De tal forma que se le atribuye una potestad de organización en esta materia que a nuestro entender no se restringe a la simple determinación de las estructuras, sino que va mucho más allá comprendiendo la ordenación racional de los medios de que disponga (tanto humanos como materiales), y sobre todo comprendiendo una libertad de configuración (que no implica desconocimiento del principio de legalidad) consistente en encuadrar los modelos organizativos a las circunstancias que demanda su realidad, para de esta manera alcanzar índices reales de efectividad. No por casualidad autores como Albi en su momento afirmaron que "... *el derecho de la organización es el derecho de los modos gestores*".⁴

La potestad de auto organización es reconocida a los entes locales como una manifestación propia de su autonomía (en España: art. 140 de la CE y 4.1 LBRL; en Colombia: art. 311, 313.1 y 313.6 de la CC y art. 3.1 y 3.5 de la Ley 136 de 1994.),⁵ la cual se manifiesta, tal como lo prevé la Convención Europea de Autonomía local (en adelante CEAL) en la posibilidad de definición de todas aquellas estructuras administrativas internas, y cuya razón de ser estriba en la correcta adaptación a necesidades específicas y en la consecución de una gestión desarrollada eficazmente (art. 6 CEAL). Así, la disposición analizada enmarca a la potestad de auto organización en la regulación general que para el efecto expida el legislador; empero, tal como apunta NIGRO, aunque la Administración se encuentre supeditada a la supremacía de la ley (consecuencia directa del Estado de Derecho) dada la íntima conexión que existe entre estructura y actividad, ello no significa posibilidad de anulación del margen de acción discrecional que se desprende de la autonomía reconocida

3 ALBI, FERNANDO. Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales. Madrid, editorial Aguilar. 1960. pp. 21 -22. Por su parte Lliset i Borrel también destaca que la potestad de ordenación constituye la más alta expresión de la autonomía local. Cfr. LLISET I BORRELL, FRANCESC. Obras, Activitats i Serveis dels Ens Locals. Barcelona, Baver Hermanos. 1995.

4 Ibidem.

5 La doctrina Española está de acuerdo con el carácter fundamental del reconocimiento de la potestad de auto organización a los entes locales como garantía de la autonomía reconocida a éstos constitucionalmente. Cf. AA.VV. Comentarios a la Ley Básica de Régimen... Ob. Cit. Pág. 178.

constitucionalmente al ente local, sobre todo porque asegurar dicho espacio implica garantizar una verdadera distribución del poder, dando cabida a la participación de instancias que tienen un peso relevante dentro de la vida de la colectividad aunque ello en muchos supuestos conlleve un sacrificio de la actuación legislativa.⁶

La potestad de auto organización no implica desvinculación de la ley, ni en un régimen jurídico propio de un Estado Unitario como el colombiano, ni en el caso español en el que se ha sostenido "*la naturaleza bifronte*" de los entes locales, calificativo que se desprende de la vinculación de los mismos a las normas que expidan en ejercicio de sus competencias tanto el Estado como las Comunidades Autónomas.⁷ Ello quiere decir que, la posibilidad de auto organización no es contraria al principio de sometimiento a la ley, pero implica un área reservada a la autoridad administrativa para que ésta ordene sus órganos, discipline la actividad y proporcione los bienes y servicios que considere indispensables para desempeñar las tareas que le encomienda el ordenamiento jurídico. Así, podemos afirmar que en un espacio en donde se permite la expedición de normas para regular aspectos de la vida administrativa (ordenanzas en España, acuerdos en Colombia), las cuales configuran la realidad social de determinado ámbito territorial, con mayor razón se puede defender una competencia jurídica que no es homogénea y que comprende capacidad normativa mediante la cual se pueden crear, modificar o extinguir

6 NIGRO, MARIO. *Studi sulla Funzione Organizzatrice della Pubblica Amministrazione*. Milán, Giuffrè Editore. 1966. Morell Ocaña opina en igual sentido. Para este autor al Parlamento corresponde la proporción de los medios, mientras que al gobierno (en nuestro caso local) es propia la disposición de la organización que sea adecuada a la gestión. Esta tarea adelantada por la Administración no es de poca importancia sino que hace parte de su esfera propia de actividad. Si en el ámbito nacional se reconoce un amplio margen de actuación al reglamento, nosotros creemos que este argumento cobra mayor fuerza en el contexto local en donde quien fija las pautas y particularidades organizatorias es el Concejo, órgano que como ya hemos señalado goza de una evidente legitimidad. Ver: MORELL OCAÑA, LUIS. *Apuntes de Derecho Administrativo Derecho de la Organización Administrativa*. Madrid, Universidad Complutense. 1998. *Ob. Cit.* pp. 14 – 15. Del mismo modo, la doctrina ha sido enfática en subrayar que aunque la potestad normativa del Concejo local es amplia y no puede tomarse como una facultad eminentemente ejecutiva, ello no quiere significar que las normas expedidas tengan valor formal de ley. AA.VV. *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local. Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Madrid, Thomson Civitas. 2003. (Obra coordinada por Manuel J. Domingo Ceballos). Pág. 181.

7 Ver Tribunal Constitucional. Sentencia 214 de 21 de diciembre de 1989. En esa oportunidad el juez constitucional señaló que los reglamentos orgánicos de los entes locales no sólo se encontraban limitados por la legislación estatal básica porque la legislación autonómica también puede establecer restricciones a los mismos. Además se refirmó la regla según la cual la legislación básica no puede hacer una remisión en materia de organización al reglamento orgánico de tal manera que se elimine el espacio que corresponde a las comunidades autónomas.

estructuras administrativas y al interior de las mismas dependencias y puestos de trabajo.⁸

La capacidad de autoorganizarse de los entes locales conlleva que éstos se conciban como verdaderos ordenamientos jurídicos particulares que, en palabras de GIANNINI, tienen un carácter de parcialidad respecto del ordenamiento jurídico estatal. Su calidad se desprende precisamente de las relaciones de interacción que estos dos niveles mantienen, con una cualidad que marca la diferencia respecto de otras administraciones públicas, su estructuración se desprende de lo que la doctrina italiana llama "*formula organizzativa*", que en el supuesto desarrollado está comprendida en el principio representativo, principio que justifica la existencia de normas derivadas ("*normas de conformación*") las cuales se traducen en el establecimiento de algunos órganos (concejos municipales o corporaciones locales) y la asignación de unas competencias. Competencias que a su vez se concretan en disposiciones de carácter organizativo, entre las cuales se halla la delimitación de los modos de gestión de los servicios públicos, labor que puede abarcar desde la decisión misma de asignar tal cualidad a una actividad hasta el momento de la ordenación de los elementos internos de la estructura adoptada.⁹ Compartimos la percepción de MORELL OCAÑA, quien al relacionar la potestad de auto organización con el alcance del artículo 140 de la CE señala que "*... parece claro que el constituyente retoma aquí la vieja idea de que la organización administrativa estatal toma como punto de apoyo las distintas entidades territoriales y sus respectivas Administraciones; éstas, a su vez, desde una posición de supremacía, incardinan las entidades que surgen de formaciones o grupos*

8 RIVERO YSERN, ENRIQUE. "Potestad organizatoria y Actividad organizativa". En: Documentación Administrativa No. 153. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 1973. p. 10.

9 GIANNINI, MÁXIMO SEVERO, Diritto Amministrativo. Volumen I. Milán, Giuffré Editore. 1970. pp. 103 y ss. El autor referenciado desarrolla la conocida teoría del ordenamiento jurídico elaborada por Santi Romano. Cf. ROMANO, Santi. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Madrid, Instituto de Estudios Políticos 1963. Sustenta aún más esta postura el que la doctrina conciba a las normas expedidas en el ámbito local como verdaderos reglamentos independientes, no para indicar con ello ausencia de vinculación con la ley, sino para subrayar que la facultad normativa se desprende directamente de la Constitución y que mediante la misma no se ejerce una tarea de simple ejecución, razón por la cual para actuar en diferentes sectores no hace falta la expresa habilitación del legislador. Ver: NIGRO, MARIO. Studio sulla Funzione... *Ob. Cit.* pp. 53. Ver en igual sentido a GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. Curso de Derecho Administrativo. I. Madrid, Thomson Civitas. 2004. pp. 220 y 221. Si se quiere profundizar en el tema concerniente al lugar que ocupan las ordenanzas locales en el ordenamiento jurídico y su relación con el principio de reserva de ley se puede acudir a: GALÁN GALÁN, ALFREDO. La Potestad Normativa Autónoma Local. Barcelona, Atelier. 2001. Del mismo autor también se puede consultar: El reglamento orgánico Local. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 2004.

sociales secundarios (no territoriales) más las que instituyen mediante desdoblamientos puramente instrumentales (descentralización funcional o por servicios)".¹⁰(Negrilla fuera de texto)

Como corolario de lo anterior, la posibilidad de ordenación de los modos de gestión de los servicios públicos responde a la dialéctica irrescindible que debe existir entre organización y actividad. La estructuración de un determinado modelo para asumir el ejercicio de las competencias asignadas debe seguir la regla según la cual, la adopción de una estructura determinada debe depender directamente de la actividad que el ente local pretenda desarrollar. El ámbito de decisión otorgado parte de la premisa que reza: *la acción de la Administración debe condicionar siempre la elección del modo de gestión.*¹¹Ello es así, porque el fin último al que debe tender la organización es el de ser eficaz, entendiendo por eficacia, frente al ciudadano, aquel principio vinculante del obrar administrativo (art.103 CE y 209 de la CC) de acuerdo con el cual no sólo se busca "...un aprovechamiento óptimo de los medios instrumentales, sino además la satisfacción adecuada de sus derechos a prestaciones y actividades a cargo de la Administración Pública".¹²

Vistas así las cosas, el ente local al organizar los servicios públicos a su cargo debe realizar una ponderación inevitable entre los medios disponibles y los fines a alcanzar; por ello se reconoce una libertad de acción que debe ser enmarcada de acuerdo con un autorizado sector de la doctrina italiana dentro del "*principio de elasticidad*", principio que cobra importancia precisamente en el plano de las normas referentes a la organización. El nivel municipal manifiesta con fuerza la necesidad del reconocimiento de dicho principio como reflejo propio de la autonomía reconocida constitucionalmente, sobre todo si tenemos en cuenta que a cada realidad que se enmarca dentro de distintos espacios geográficos corresponden notas de singularidad que se manifiestan tanto en la determinación del contenido de la actividad como en la manera escogida para llevarla a cabo. Como actividad y organización siempre van de la mano, el denominado principio de elasticidad abre la puerta a dos manifestaciones distintas pero interdependientes de la acción administrativa: en el primer plano (el referente a la actividad) nos encontraremos con el reconocimiento de mayor discrecionalidad, mientras que en el segundo (el referente a la organización) se otorga un verdadero poder de estructuración, el cual conjugado con principios como la descentralización y la autonomía (*Fórmulas*

10 MORELL OCAÑA, LUIS. Apuntes de Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* p. 21.

11 RIVERO YSERN, ENRIQUE. "Potestad organizatoria y... *Ob. Cit.* p. 27.

12 MORELL OCAÑA, LUIS. Apuntes de Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* La vinculación de la actividad organizativa de la Administración con el principio de eficacia ha sido puesta de relieve por la doctrina italiana al vincular la organización como estructura y la organización como actividad a el principio de "buonandamento" consagrado en el artículo 97 de la Constitución. Cfr. NIGRO, MARIO. Studio sulla Funzione... *Ob. Cit.*

organizativas que se desprenden directamente de la Constitución) exigen espontaneidad y concreción de la realidad jurídica.¹³

Por otra parte, la potestad de autoorganización propia de los entes locales debe entrar a ponderarse con el llamado “principio de tipicidad” que subordina cada fórmula organizativa o cada modo de gestión asumido a la necesidad de encontrar una correspondencia directa en la ley, una remisión inmediata a normas de carácter primario que en contrapartida de lo que hemos dicho hasta el momento, conciben a la organización como una actividad pre-ordenada. Si la posibilidad de auto ordenarse se fundamenta en el artículo 1 de la CE como de la CC, específicamente en el *principio de Estado democrático*, la exigencia de correspondencia entre la forma de asumir la prestación de un servicio con modelos organizativos definidos previamente por el legislador se apoya en el *principio de Estado de Derecho* en sus manifestaciones: principio de legalidad del actuar administrativo (art. 9.3 y 103.1 CE y art. 6 y 121 CC) y principio de separación de poderes (que se desprende de la asignación de competencias que hace la Constitución Política a las diferentes ramas del poder público).¹⁴ Por consiguiente, se plantea una contradicción aparentemente insalvable, un ordenamiento jurídico que reconoce al ente local autonomía y que al mismo tiempo lo restringe a la adopción de un modelo de organización que tiende a la homogeneidad por venir impuesto desde los órganos que tienen capacidad normativa de primer orden (Parlamento nacional y Parlamentos de las Comunidades autónomas o Congreso de la República en el caso colombiano).¹⁵

La tipicidad constituye una manifestación concreta del principio de legalidad aplicable al terreno de lo organizativo; la predeterminación legal de

13 NIGRO, MARIO. Studio sulla Funzione... *Ob. Cit.* La concreción de la realidad jurídica de la que aquí hablamos se logra –en este aspecto haremos nuestra la opinión de Morell Ocaña– mediante el reconocimiento de un conjunto de potestades menores que se desprenden de la potestad de auto organización, y que responden a los siguientes problemas: 1. configuración de la organización; 2. poderes de dotación de medios personales y reales necesarios para que los modos de gestión elegidos cumplan su función; 3. poderes de distribución y redistribución de competencias; y, 4. Poderes de impulso en la esfera interna de la Administración. Cfr. MORELL OCAÑA, LUIS. Apuntes de Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* pp. 65 – 66.

14 PIPERATA, GIUSEPPE. *Tipicità e Autonomia nei Servizi Pubblici Locali*. Milán, Giuffrè Editore. 2005. La construcción doctrinal sobre el principio de tipicidad se debe a la labor de la doctrina administrativa italiana. Dicha elaboración es trasplantable a la realidad jurídica española y si tenemos en cuenta, tal como lo pondremos de presente en apartes posteriores de este escrito, que el Artículo 85 de la LBRL en el que se consagran los modos de gestión de servicios directa o indirecta ha dividido a la doctrina española en dos posturas fácilmente identificables: aquellos que opinan que la disposición en comento cierra la posibilidad de acudir a modelos organizativos diferentes y quienes, al contrario, defienden un carácter abierto de la norma en cuestión, y por lo tanto un espacio de actuación en este ámbito para los entes locales.

15 *Ibidem*.

modos de gestión tiene la consecuencia directa de asegurar que la actividad de la Administración adquiera juridicidad, cualidad que se deduce de la premisa según la cual *la vinculación a un conjunto normativo garantiza el normal desenvolvimiento de las relaciones inter subjetivas que pueden llegarse a presentar dentro de la organización que se instaura*. Se reitera la relación existente entre organización y actividad, prevaleciendo nuevamente la segunda dado el carácter condicionante que tiene la primera, pero a diferencia de lo que sosteníamos respecto de la elasticidad del aparato administrativo para amoldarse al principio constitucional de eficacia, aquí la limitación opera a favor del individuo y se constituye en una verdadera garantía de estabilidad de la Administración pública como presupuesto necesario para la protección de derechos y libertades.¹⁶

Adicionalmente, la tipicidad constituye un instrumento para la materialización del principio de soberanía popular. La definición de los modos de gestión debe confiarse a aquella rama del poder público que representa con mayor fuerza los distintos intereses e ideologías y en donde confluyen los diferentes componentes de la sociedad. De tal forma que, el lugar reservado a las organizaciones administrativas y a las competencias que de las mismas se desprenden, es el de constituir un centro de poder secundario, simplemente instrumental respecto de aquello que se ha determinado mediante procedimientos formales de ley. Por este motivo, la doctrina ha enfatizado en que una de las principales funciones del principio de tipicidad es precisamente la realización de un modelo abstracto de Administración pública. Función que se convierte en el primer punto de quiebre de una aplicación estricta del principio de tipicidad; basta sólo con acercarse un poco a la realidad circundante para darse cuenta que en una sociedad heterogénea y diversa, con necesidades y exigencias que no son coincidentes en todas las colectividades territoriales de un Estado, no es posible defender la delimitación rígida de estructuras administrativas que sean homogéneas y omnicomprensivas.¹⁷

Líneas atrás insinuábamos que la contradicción entre tipicidad y potestad de auto organización es aparente, ahora sostenemos que ésta sólo se da si estos dos aspectos que rigen la actividad de ordenación de la Administración se analizan de forma separada. Los principios que fundamentan cada una de las posiciones expuestas tienen plena validez dentro de los ordenamientos constitucionales español y colombiano, de hecho no puede afirmarse que exista una jerarquización entre los mismos. La fricción existente se debe resolver dentro de un contexto constitucional que parte del carácter plural de los principios consagrados en la carta política, de la capacidad que éstos tienen para incidir sobre la conformación misma del ordenamiento jurídico y de la necesidad de ser concretados por el legislador mediante una labor de pon-

16 Ibidem.

17 Ibidem.

deración, ponderación que posteriormente hará el operador administrativo y que finalmente será controlable en sede judicial. Así, La delimitación de los modos de gestión de los servicios públicos debe responder tanto al principio de Estado democrático (autonomía y potestad de auto organización) como al principio de Estado de derecho (legalidad y tipicidad), el alcance de cada uno de ellos debe determinarse en el análisis concreto que se haga de las diferentes competencias y de las diferentes fuentes normativas que intervienen en la determinación de la organización administrativa municipal.¹⁸

La dialéctica que se presenta entre potestad de auto organización y principio de tipicidad, debe tener en cuenta que el alcance del segundo se encuentra condicionado por la realidad a la que se enfrenta la administración local para satisfacer exigencias diversas, recordemos que la actividad condiciona el modelo de gestión a escoger y no al revés, argumento al que debemos sumar que la función de garantía de los derechos de los ciudadanos se cumple mediante capacidades reales de adaptación, a mayor capacidad de respuesta a los problemas demandados en sectores de actividad, mayor eficacia en la satisfacción de prestaciones. Son los fines los que deben preexistir al ente local, la delimitación de sus objetivos, no la rigidez de los medios a través de los cuales actúa.

La delimitación de los modelos organizativos debe ser abierta, para asegurar un margen de actuación a la Administración; creemos que la ley debe delimitar los contornos generales en los que se debe desarrollar la actividad normativa e integradora de la autoridad administrativa. Sobre todo si tenemos en cuenta que tal como subraya NIGRO, la potestad de auto organización de la Administración conlleva un reconocimiento de la función de dirección sobre el aparato administrativo,¹⁹ postura por cierto avalada en el artículo 97 CE. Si esto es predicable de la Administración pública en el nivel nacional, el argumento cobra mucha más fuerza en el nivel local, en donde la tan exigida legitimidad se encuentra asegurada por un órgano colegiado de elección popular que representa los diferentes intereses que subyacen en el seno de la colectividad territorial. De esta forma, podría plantearse, tal como ocurre en Italia, una reserva de ley relativa, lo cual conlleva reconocer un espacio propio a las fuentes de carácter administrativo en la determinación de los modos de gestión de los servicios públicos.²⁰

En definitiva, la determinación del alcance de la tipicidad o de la potestad de auto organización respecto de los modos de gestión de los servicios pú-

18 ZALGREBELSKY, GUSTAVO. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Madrid, Editorial. Trotta. 1994. pp. 109 y ss.

19 NIGRO, MARIO. *Studio sulla Funzione...* *Ob. Cit.*

20 PIPERATA, GIUSEPPE. *Tipicità e Autonomia nei...* *Ob. Cit.* Este autor destaca como en la praxis es preponderante en materia de organización (modos de gestión de servicios públicos) la presencia del reglamento, dándose en muchos ámbitos una verdadera deslegalización.

blicos locales debe realizarse sobre el análisis de las disposiciones contenidas en la LBRL y en la legislación sobre régimen local que hayan expedido las Comunidades autónomas, y en el caso colombiano en la ley 136 de 1994 y la recién expedida Ley de Ordenamiento Territorial. Sólo así puede determinarse la verdadera capacidad dada a los entes locales para gestionar y adelantar una porción importante de sus competencias. Es precisamente en esta zona en donde nos detendremos, haciendo una salvedad, la tipicidad traducida en excesiva rigidez necesariamente conlleva la adopción de fórmulas atípicas, pues no es difícil imaginar que la realidad, como sucede en casi todos los ámbitos jurídicamente relevantes, desborda constantemente aquello que ha sido regulado por el legislador.

III. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

A. TIPICIDAD Y AUTO ORGANIZACIÓN: LA PONDERACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN EL ÁMBITO LOCAL.

Llegados a este punto, es indispensable que determinemos cuál es el alcance de la conjugación de las dos tendencias expuestas. Razón por la cual analizaremos la etapa previa a la determinación del modelo organizativo (la decisión de si el municipio prefiere la prestación directa o indirecta del servicio), la determinación sobre si una actividad debe considerarse o no servicio público y si esta debe o no prestarse en régimen de exclusividad. Una vez se ha determinado lo anterior, debemos analizar el momento en que se elige la forma de gestión (la taxatividad o el carácter abierto de las formulas predeterminadas por la ley). Posteriormente, debemos intentar ubicarnos dentro de los modos de gestión legalmente previstos y abordar la posibilidad de elegir entre los mismos la autoridad administrativa. Con independencia de las conclusiones que arrojen los anteriores aspectos, el siguiente paso que daremos será el de desentrañar de las normas constitucionales y legales si el catalogo traído por el legislador es cerrado o al contrario admite la adopción de formulas organizativas no previstas en el mismo. Por último, cuenta también para el estudio que adelantamos, determinar si el principio de tipicidad limita la actividad de ordenación concreta de cada servicio público, o si una vez elegida una opción ésta debe respetarse.

2. LA TIPICIDAD Y LA CALIFICACIÓN DE UNA ACTIVIDAD COMO SERVICIO PÚBLICO LOCAL.

El primer escalón en el que debe medirse el alcance del principio de tipicidad frente a la posibilidad de auto organización del Ente local es el referente a

la posibilidad de calificar una actividad como servicio público. Para ello, la respuesta debe buscarse primero en normas de carácter constitucional, en aquellas disposiciones que delimitan los principios generales que soportan el normal funcionamiento de la actividad económica. Es lógico suponer que en un Estado Social y pluralista no se conciben modelos económicos rígidos y predeterminados. El cambio de paradigma de un Estado abstencionista a un Estado que asume obligaciones positivas mediante actividades de carácter prestacional como respuesta a nuevas manifestaciones de derechos (sociales y colectivos), trae como consecuencia que en los textos constitucionales se reconozca con igual valor el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE y art. 333 CC) y la posibilidad de intervención de la esfera pública en la Economía mediante formulas diversas que apuntan a la exclusión de los particulares en actividades consideradas estratégicas para el interés general o en la posibilidad de actuar como un operador más en el mercado, evento en el cual siempre deberá estar de por medio una finalidad de interés público (art. 128 CE y art. 334 y 336 CC).²¹

De nuevo, la tensión entre principios de carácter constitucional es aparente, y la delimitación de cada uno obedece a un proceso de ponderación que es necesario en un Estado que al reconocer como fundamentos de su actividad la solidaridad y a la igualdad material requiere una relectura de los valores que fomentan y protegen la individualidad. Por ello en la actualidad libertad de empresa, propiedad privada y trabajo (tríptico económico) se definen mediante una función social o medioambiental y la actividad privada se sujeta al cumplimiento de condicionamientos colectivos. Es en este contexto en el que se reconoce capacidad a la esfera pública para ser parte del tráfico jurídico-económico sin que ello implique un desplazamiento de la actividad de los particulares, que por otro lado puede ser reconducida por los poderes públicos para la obtención de beneficios materiales para la sociedad en general o para grupos determinados.²²

De esta manera, la intervención de la corporación local en la actividad económica obedece a una previa habilitación otorgada por el ordenamiento jurídico, habilitación que en primer lugar se desprende del artículo 128.2 de la CE y art. 334 y 336 de la CC, puesto que el reconocimiento de la posibilidad de iniciativa pública en la economía no se circunscribe a un orden territorial

21 El marco jurídico que sirve de soporte a la actividad económica constituye la denominada, por la jurisprudencia y la doctrina, Constitución económica. El estudio de la misma se hace mediante un proceso de confrontación entre principios diversos que atienden a posturas ideológicas diversas que coexisten gracias al carácter plural de la Constitución, y que por lo tanto se concretan en un modelo flexible que rechaza un orden económico unitario. Cfr. Tribunal Constitucional. Sentencias de 16 de noviembre de 1981 y de 2 de febrero de 1984.

22 En igual sentido: RIVERO YSERN, JOSÉ LUIS. *Manual de Derecho Local*. Madrid, Editorial Civitas. 1998. pp. 373 y ss.

específico y, por ello, tanto el legislador español como el colombiano han reconocido dicha posibilidad, el primero en el artículo 86.1 de la LBRL, el segundo en los art. 3.2 y 3.4 de la Ley 136 de 1994. Se delimita así un primer nivel de intervención, que en palabras de Fernández González, se traduce en un reconocimiento de capacidad que hace posible la convivencia con la iniciativa privada en un régimen de libre competencia, o lo que es igual, una participación en la realización de una actividad de corte económico que no implica exclusión de los particulares.²³

Este primer nivel de actuación guarda una estrecha relación con el tema que ocupa nuestra atención porque, tal como señala DE LA CUADRA, no existe en la LBRL (como tampoco existe en el CRPM o en la Ley 136 de 1994) una diferenciación material entre actividad económica y servicio público, y ello se debe a la revisión que el concepto de servicio público ha sufrido en un contexto de globalización fundamentado en cuatro ideas principales: liberalización de sectores económicos, régimen de competencia, abandono de la titularidad exclusiva y fomento del principio de igualdad.²⁴ Muchas actividades que antes no eran rentables ahora constituyen sectores de interés comercial e industrial; por ello, tal como apunta MALARET GARCÍA, *en la actualidad se deben especificar las prestaciones que son esenciales y las necesidades que son generales de las especiales para justificar la aplicación de instituciones jurídico – administrativas.*²⁵

La prestación de servicios públicos por parte del ente local implica generalmente el ejercicio de la iniciativa pública en la economía, de tal manera que el otorgar a la misma el calificativo de servicio público, vinculando el sector sobre el que actuará al ejercicio de las competencias reconocidas en la LBRL, en las normas de la Comunidades Autónomas y en las normas sectoriales que las concreten (regla que se desprende en Colombia de la regulación hecha por el CRPM y la Ley 136 de 1994), obedece a un criterio de carácter formal que en nada afecta la capacidad de decisión que en este ámbito es reconocida. La participación dentro de la economía de mercado, además de cumplir con los requisitos formales exigidos por el ordenamiento jurídico,²⁶ debe obedecer

23 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER. *La Intervención del Municipio en la Actividad Económica. Los Títulos que la Legitiman*. Madrid, Editorial Civitas. 1995. p. 422.

24 DE LA CUADRA SALCEDO, TOMÁS. *Corporaciones Locales y Actividad Económica*. Barcelona, Marcial Pons. 1999.

25 Cfr. MALARET GARCÍA, ELISENDA. "Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantía de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las Necesidades, Transformación del Contexto". En: *Revista de Administración Pública* No. 145. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998. pp. 49 y ss.

26 Artículo 86. LBRL "1. Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución. 2. Cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre competencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio. Artículo 97 TRLBRL: "1. Para el ejercicio de actividades económicas por

a una razón de utilidad pública que se concreta no sólo en la necesidad de suplir una escasa participación del sector privado (principio de subsidiariedad), sino que además puede obedecer a otras razones que apuntan a evitar monopolios o a promocionar sectores o zonas desfavorecidas.²⁷ La elección de otorgar el calificativo de servicio público y de convertirse en operador del mismo (directo o indirecto) no se encuentra, en un comienzo, condicionada por el principio de tipicidad, el ente local goza de verdadera discrecionalidad para estudiar los motivos de oportunidad y conveniencia que aconsejan la asunción o creación sin estar vinculado a la existencia de una declaración legislativa previa.²⁸

No obstante, la actuación del Ente local se encuentra subordinada en dos aspectos al principio de legalidad: de un lado, el calificativo de servicio público debe guardar una estrecha relación con el conjunto de competencias asignadas, este nexo obedece a la definición misma de la institución en el ámbito municipal en donde el sometimiento a las reglas del mercado no desconoce su dimensión pública²⁹ y a una justificación material que soporte la intervención en un sector específico de actividad que muchas veces requiere la utilización de prerrogativas de intervención, control, vigilancia y reglamentación; del otro, la tipicidad cobra fuerza cuando la legislación consagra servicios públicos de carácter obligatorio.

las Entidades locales se requiere: a) acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por los miembros de la misma y por personal técnico. b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondo de reservas y amortizaciones. c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad Local.

27 DE LA CUADRA SALCEDO, TOMÁS. Corporaciones Locales... *Ob. Cit.* p. 54.

28 Como indicamos, no existe una diferenciación clara entre servicio público y actividades que se desarrollan en ejercicio de la denominada iniciativa pública económica, razón por la cual compartimos la postura de aquellos que encuentran el vínculo entre estas dos manifestaciones del ente local en el carácter prestacional de la tarea por desarrollar o que conllevan el ejercicio de prerrogativas por parte del operador. Esta argumentación se apoya precisamente en la heterogeneidad del servicio público, el cual puede comprender el ejercicio de funciones administrativas (expedición de Certificaciones), derechos vinculados a derechos fundamentales (servicios sociales) o actividades de carácter eminentemente económico, en las que se permite, sin necesidad de ley, la reglamentación de derechos y deberes así como su gestión y dirección (dependiendo el grado de intervención). Ver: LLISET I BORRELL, FRANCESC. *Obres, Activitats i Serveis dels Ens...* *Ob. Cit.* pp. 218 y ss.

29 AA.VV. Modernización del Gobierno Local (Comentarios a la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre). Madrid, El Consultor. 2004. p. 140.

En efecto, por ejemplo la tipicidad consagrada en el artículo 26 de la LBRL es máxima, puesto que, como muy bien apunta PIPERATA, nos encontramos frente a supuestos en los que una norma primaria ha impuesto el calificativo de servicio público, cerrando el margen de decisión del ente local al tener éste que asumir obligatoriamente su creación y el modo de gestión más indicado para efectuar su prestación.³⁰ En el plano de la asunción, nos encontramos con un listado abierto que no agota las posibilidades de actuación y que, por lo tanto, tiene un carácter ejemplificativo e incluso facultativo respecto de algunas actividades que adquieren el carácter de obligatoriedad de acuerdo con el número de habitantes que integren el municipio.³¹ Por fuera del elenco delimitado por el legislador, la actividad de los entes locales sigue su curso y la posibilidad de expandir o no su participación en variados sectores depende de las necesidades a resolver, puesto que el servicio público siempre encontrará justificación en la existencia de una necesidad. De forma evidente, la tipicidad es una manifestación del principio de *legalidad-garantía*, sobre todo porque frente a los servicios mínimos obligatorios se constituye en cabeza de los vecinos un verdadero derecho de carácter subjetivo a su constitución o puesta en funcionamiento.³² Este fenómeno tampoco es ajeno a la realidad colombiana, basta sólo con leer el art. 5.1 de la Ley 136 de 1994, disposición que preceptúa la obligación de los municipios de asegurar los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía pública, sin tener dicho listado un carácter taxativo.

De otro lado, el principio de tipicidad no se agota en la calificación de las actividades que constituyen servicio público en el término municipal; una vez resuelta esta primera cuestión por el Ente local (sin poder omitir los mínimos obligatorios), la ley también condiciona la forma en que se efectuará su erogación. En otras palabras, la regla general está constituida por una prestación en régimen de libre concurrencia, de tal forma que los supuestos en los que puede acudir a un régimen de monopolio son excepcionales y se encuentran previamente delimitados por el ordenamiento jurídico. Así, la tipicidad opera también mediante la consagración de un listado de actividades, que en su mayoría coinciden con las fijadas en el artículo 26 de la LBRL, respecto de las cuales es posible excluir la presencia de otros operadores públicos o privados,

30 PIPERATA, GIUSEPPE. Tipicità e Autonomia... *Ob. Cit.* p. 74.

31 El art. 26 de la LBRL consagra como servicios públicos obligatorios para todos los municipios: el alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, acceso a los núcleos de la población, pavimentación de vías públicas y control de alimentos y bebidas. Otras actividades como las bibliotecas, servicios sociales, transporte se consideran obligatorias de acuerdo con el número de población exigido por la norma para el efecto.

32 Artículo 18 LBRL: "1. Son derechos y deberes de los vecinos: ...g) Exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del respectivo servicio público, **en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio**". (Negrilla fuera de texto)

es lo que se conoce como *reserva de actividades y servicios esenciales*³³ Nos hallamos, frente al mayor grado de intervención que encuentra su título habilitante no en un reconocimiento de capacidad de actuar o en el ejercicio de una competencia administrativa sino en el reconocimiento de una posible titularidad.³⁴

En Colombia, la posibilidad de excepcionar el principio de libre concurrencia en el plano local, en materia de servicios públicos domiciliarios, se rige por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994. El supuesto que se consagra obedece a estrictos motivos de interés social, y se encuentra subordinado a la finalidad de que servicios públicos de alcantarillado, acueducto, saneamiento básico, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica se puedan extender a las personas de menores ingresos. Esta solución no debe tener un carácter permanente.

Por consiguiente, compartimos la opinión de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la calificación de una determinada actividad como servicio público no implica indefectiblemente titularidad municipal, solo hace una remisión a un conjunto de competencias que se encuentran estrechamente relacionadas con la misma, razón por la cual el Ente local se responsabiliza de su prestación.³⁵ Las actividades reservadas en el artículo 86.3 de la LBRL (España) o en el artículo 5.1 de la Ley 136 de 1994 (Colombia) constituyen un desarrollo directo de lo dispuesto en el artículo 128.2 de la CE y 334 de la CC respectivamente, puesto que la posibilidad de establecer un monopolio sobre recursos o servicios esenciales no se circunscribe sólo al ámbito estatal o al de las Comunidades Autónomas (en el caso español), por lo cual su viabilidad en el nivel local depende de una exigencia de ley formal. Por lo tanto, el principio de tipicidad nuevamente entra en escena, dado que desde el punto de vista constitucional no es posible que la reserva de la que aquí estamos hablando sea el producto de la actividad decisoria de las Corporaciones locales.³⁶ La razón de tal limitación estriba en

33 Artículo 86.3 LBRL: “Se declara la reserva a 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 competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios”. En necesario tener presente que los servicios mortuorios han quedado excluidos de la reserva por medio del Real Decreto – ley 7 / 1996, de 7 de junio, en cuanto respecta a los servicios funerarios. De igual modo la Disposición derogatoria única de la Ley 34 /1998, de 7 de octubre, en su apartado e) deroga lo referente al suministro de gas.

34 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER. La Intervención del Municipio en la Actividad Económica. Los Títulos que la Legitiman. Madrid, Editorial Civitas. 1995. p. 402.

35 Ibidem.

36 DÍAZ LEMA, JOSÉ MANUEL. Los Monopolios Locales. Madrid, Editorial Montecorvo, S.A. 1994. p. 81.

que la exclusión de otros operadores conlleva la limitación directa de la libertad de empresa como garantía individual y derecho fundamental.³⁷

En este aspecto el ordenamiento jurídico español se aparta de la construcción colombiana, aunque ello no obsta para que el resultado sea coincidente; la decisión respecto de cuales actividades son objeto de reserva corresponde a la ley, la cual deja un espacio de actuación para el ente local, quien debe decidir acerca de si es o no es necesario optar por un sistema de monopolio. Por consiguiente, la decisión del legislador se difiere para que sea la propia colectividad la que analice las circunstancias concretas que arrojan sus propias exigencias y demandas sociales y determine si opta por el máximo grado de intervención a través del procedimiento señalado en el artículo 97.2 del Texto Refundido de la Ley de Bases del Régimen Local (TRLBRL).³⁸ Utilizando otros términos, sólo a la Corporación Local le corresponde, mediante un proceso de concreción y en desarrollo de la autonomía que le es reconocida, determinar la conveniencia y efectividad de la medida. Como bien apunta De la Quadra, la determinación de la ley estatal o autonómica no puede ser completa, de tal forma que se debe permitir una determinación posterior que se enmarca en el ejercicio propio de la facultad discrecional y colinda con el área de la oportunidad política respecto del cómo y del cuándo puede operar la exclusión.³⁹

En este campo, el radio de acción del Ente local es amplio, la intensidad de la reserva puede variar dependiendo de la finalidad buscada en cada caso por la Corporación local, así como también puede variar su extensión y abarcar una fase de un proceso productivo o una actividad completa. De igual modo, la afectación puede recaer sólo sobre la titularidad o comprender también la explotación del servicio. En el primer supuesto, puede darse la prestación por parte de otros sujetos mediante fórmulas organizativas diversas luego de haber obtenido el título habilitante correspondiente.⁴⁰

En consecuencia, la posibilidad de determinación sobre la clase de actividades que se asumen como servicio público en principio hace parte de la potestad de auto organización de la Administración, empero, dicha potestad se encuentra limitada por las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 86.3 de la LBRL (España) y por el art. 12 CRPM (Colombia), existiendo la obligación por parte del municipio de responsabilizarse de su prestación mediante

37 DE LA CUADRA SALCEDO, TOMÁS. Corporaciones Locales... *Ob. Cit.* pp. 15 y 16.

38 Artículo 97.2 TRLBRL: *"Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser adoptado por mayoría absoluta del número legal de los miembros de la Corporación. Recaido acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de esta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses".*

39 *Ibidem.*

40 SOSA WAGNER, FRANCISCO. Gestión de Servicio Públicos. Madrid, Thomson Civitas. 2005.

varias formas de intervención y diversos modos de gestión. De otra parte, la posibilidad de reservar sectores de actividad para la prestación exclusiva por parte del ente local, sólo puede darse mediante norma legal, pero una vez que la delimitación se ha realizado será la Corporación legal la que opte por ejercer o no dicha reserva. La última opción no significa indefectiblemente modos de gestión directa o modelos organizativos propios del derecho administrativo, la forma de prestación elegida puede variar y acoger supuestos en los que se admita la participación de los particulares.⁴¹

B. LA LIBERTAD DEL MUNICIPIO PARA OPTAR ENTRE FORMAS DE GESTIÓN DIRECTAS E INDIRECTAS Y DE ESCOGER EL MODO CONCRETO DE GESTIÓN DENTRO DEL CATÁLOGO LEGALMENTE PREVISTO.

La decisión de asumir la prestación de un servicio público conlleva, como es lógico, la necesaria adopción de un modelo organizativo, momento en el que también se da la conjugación del principio de tipicidad con la potestad de autoorganización reconocida a los entes locales. La LBRL en su artículo 85.2 consagra un conjunto de modos de gestión diversos que, en principio, no condicionan su aplicación a actividades predeterminadas sino que dejan libertad a la corporación local para que sea ésta la que determine que instrumento organizativo se acomoda mejor a las exigencias que se desprenden de la decisión de crear y asumir la prestación de un servicio público.⁴² Nos encontramos frente a una de las manifestaciones claves del principio de tipicidad, puesto que la libertad de acción reconocida al nivel administrativo se dará dentro de los modelos de gestión que previamente se hallan delimitados por el ordenamiento jurídico; aún no nos movemos dentro de la posibilidad

41 DÍAZ LEMA, JOSÉ MANUEL. Los Monopolios Locales... Ob. Cit. La no identificación entre la llamada municipalización, entendida esta como asunción de la responsabilidad de prestación de un servicio público (no sólo mediante monopolio), con la adopción de un modo de gestión directa es una tesis decantada de tiempo atrás por la doctrina española. Ver: CLAVERO ARÉVALO, M. F. "El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de Junio de 1955". En: Revista de Administración Pública No. 19. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

42 Artículo 85 LBRL: "2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas: 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 pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma. B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio". Adicionalmente, debe consultarse el artículo 30 del RSCL (Real Decreto de 17 de junio de 1955), allí se consagra: "Las Corporaciones locales tendrán **plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir** los servicios de su competencia, tanto en el orden personal como en el económico o en cualesquiera otros aspectos, con arreglo a la Ley de Régimen Local y a sus reglamentos y demás disposiciones de aplicación". (Negrilla fuera de texto)..

existente de optar por una estructura que se encuentre por fuera del listado que ha fijado el legislador; el nivel de fricción es constante, pero se mantiene en un grado que es respetuoso con cada uno de los principios que justifican el actuar del Ente local, la autonomía se enmarca dentro del principio de legalidad.⁴³

La decisión de optar por uno u otro modo de gestión tiene un lazo de unión con el concepto mismo de organización administrativa. Si nos apoyamos en la posición defendida por LLISSET I BORRELL, la determinación referente al instrumento idóneo de prestación del servicio público obedece al carácter "*irrenunciable e indeclinable*" que tiene para el ente local las funciones que adelanta el gestor. Por ello, la distinción entre las potestades de gobierno y dirección respecto de las potestades instrumentales o menores es indispensable; en virtud de las primeras, las denominadas por el autor administraciones de cobertura (municipios, provincias, etc.), con fundamento en el principio de eficacia crean o implementan órganos que a través de las segundas desarrollan una misión técnico – material o en otras ocasiones confían esta labor a gestores indirectos (concesionarios).⁴⁴

La interdependencia entre ente local, competencia y modo de gestión es más que evidente, el primero constituye la denominada administración de cobertura por lo tanto tiene un poder de gobierno y dirección que se concreta en decidir cuál es la mejor forma de abordar aquellas actividades que luego de recibir el calificativo de servicio público requieren una estructura o un mecanismo idóneo de ejecución. En esta labor de concreción la primera determinación es la de decidir si la forma adecuada de prestación debe hacerse directa o indirectamente, decisión que se justifica no tanto en un discurso formal sino en una razón de orden práctico que se sustenta ante todo en criterios de índole económica y que tienen en cuenta si el riesgo económico será asumido por el ente local o sus entes instrumentales o si este se trasladará completamente o de forma parcial a los particulares. A su vez, la elección hecha se traduce en la segunda posibilidad de acción que tiene el ente local: la determinación del modo organizativo concreto a través del cual se gestionará el servicio.

Todo ello da lugar a hacer una diferenciación que aunque obvia es necesaria: en la gestión directa nos encontramos frente al desarrollo de los principios que rigen la actividad de auto organización de las administraciones públicas (descentralización, desconcentración, coordinación y control), mientras que en la gestión indirecta por regla general el planteamiento se hará desde la teoría de los contratos administrativos sobre todo desde el análisis de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos o de la concesión, aunque en algunos eventos se ejerza un verdadero control de la actividad cuando se

43 Cfr. PIPERATA, GIUSAPPE. Tipicità e Autonomia... *Ob. Cit.* pp. 105 y ss.

44 Ver: LLISSET I BORRELL, FRANCESC. Obres, Activitats i Serveis dels Ens... *Ob. Cit.* p. 259.

acude a formulas societarias mixtas mediante la propiedad de las acciones y los derechos que se desprendan de las mismas.⁴⁵

En Colombia, el artículo 12 del CRPM desarrolla el anterior planteamiento. Esta disposición señala que la prestación de servicios públicos a cargo del municipio se puede llevar a cabo directamente, a través de sus oficinas y dependencias centrales o de sus entidades descentralizadas. Continúa la disposición en comentario enumerando las fórmulas organizativas, y en la segunda parte del inciso primero hace referencia a las formas indirectas de gestión, estipulando que las actividades de servicio público también pueden ser adelantadas por otras personas en virtud de contrato o mediante asociaciones que al efecto se celebren o constituyan.

Por contera, la capacidad de elegir entre un modo de gestión directa o indirecta trae consigo un abanico amplio de posibilidades. La opción por un modelo organizativo concreto determina el régimen jurídico al que se someterá la actividad de la Administración: derecho público si la corporación local asume directamente el servicio o si lo hace mediante la creación de un organismo autónomo (establecimiento público, Unidad Administrativa especial, etc. en el caso colombiano); derecho privado si se acoge una estructura empresarial (empresa pública o sociedad mercantil local cuyo capital pertenezca exclusivamente al ente local⁴⁶). De igual forma, se determina si el modo de gestión requiere personalidad jurídica interpuesta o si se hace directamente con o sin la creación de un órgano⁴⁷; en el primer evento opera una descentralización funcional o por servicios, en el segundo puede darse una desconcentración. Por último, se puede valorar si la actividad a desarrollar se cumple mejor sin la participación del sector privado o si por el contrario es aconsejable acudir a los particulares mediante el uso de fórmulas mixtas (sociedad de capital mixto) u otorgando títulos clásicos de habilitación en los que el particular asume el rol de colaborador de la Administración (contrato de concesión).⁴⁸

45 AA.VV. Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local... *Ob. Cit.* Pág. 1531; COBO, TOMÁS. Ley de Bases del Régimen Local... *Ob. Cit.* p. 569.

46 Empresa prestadora de servicios públicos, sociedad de economía mixta, empresa industrial y comercial del municipio, empresa social del Estado (ESE), etc. en el Derecho Administrativo colombiano.

47 El caso de los servicios que se encuentran dentro de una estructura administrativa mayor, como por ejemplo el caso del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá que funciona a través de un dependencia de la Secretaría de Gobierno.

48 Si se quiere profundizar sobre cada una de los modos de gestión puede acudir a: MORELL OCAÑA, LUIS. "La Organización y las Formas de Gestión de los Servicios en los Últimos Cincuenta Años". En: Revista de Administración Pública No. 150. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO. "Las Formas de Prestación de los Servicios Públicos Locales, En Particular, la Concesión". En: Tratado de Derecho Municipal. Tomo II. Madrid, Editorial Civitas. 2003; SOSA WAGNER, FRANCISCO. La Gestión de los Servicios... *Ob. Cit.*; ALBI, FERNANDO. Tratado de los Modos... *Ob. Cit.* La jurisprudencia administrativa también ha reconocido la capacidad de los entes locales de escoger libre-

No obstante lo anterior, el *principio de libertad de elección entre las formas y modos de gestión de los servicios públicos* como manifestación propia de la potestad de auto organización encuentra, en el Derecho español, una primera limitación en el principio de tipicidad, porque tratándose de servicios públicos que conllevan funciones de autoridad la legislación vigente ha impuesto una *reserva de administración o gestión directa*, limitando de este modo cualquier posibilidad de acudir a fórmulas organizativas indirectas y extendiendo la limitación a la prohibición de utilización de estructuras que tengan un carácter empresarial e incluso proscribiendo la utilización de formulas que aboguen por la descentralización funcional, cerrando de paso la posibilidad de implementación de organismos autónomos. El radio de acción se cierra notablemente y se circunscribe a la prestación directa sin posibilidad de utilización de órgano diferenciado, vetando de esta manera la alternativa de la desconcentración.⁴⁹

La jurisprudencia administrativa española en más de una oportunidad se ha pronunciado reiterando el principio de reserva de gestión directa para los servicios que conlleven ejercicio de autoridad, sobre todo en aquellos supuestos en los que la autoridad local ha optado por acudir al contrato de concesión como fórmula para escapar a la rigidez que conlleva la imposición de un modelo organizativo aduciendo la validez de su actuación en la condición de colaborador que ostenta el concesionario, cualidad que permite la atribución de potestades propias de la Administración como la vía de apremio frente a los deudores.⁵⁰ Así, actividades como la recaudación de tributos, la seguridad de lugares públicos, la ordenación del tráfico y de personas en la vía pública, la protección y extinción de incendios, la disciplina urbanística y las notificaciones de actos administrativos han sido encuadradas dentro de la limitación que consagra el artículo 85.3 de la LBRL.⁵¹

mente entre los modos de gestión previstos en la LBRL, aquel que sea el más adecuado para la prestación de los servicios públicos a su cargo: "Acorde con la expresada idea de autonomía local, y sobre la base de un concepto flexible de los servicios públicos en el ámbito local, debe señalarse **la existencia de un principio de libre elección del modo de gestión de aquellos deducible del artículo 85.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local**, con la restricción que supone la reserva a la gestión directa de los servicios que impliquen ejercicio de autoridad. **Por tanto no cabe duda que para la gestión conjunta de medios instrumentales de los servicios de las entidades locales caben las diversas fórmulas asociativas que ofrece la legislación de régimen local...**" (Negrilla fuera de texto). Tribunal Supremo. Sentencia de 18 de julio de 1997.

49 Artículo 85.3 LBRL: "En ningún caso podrán presentarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad". A su vez el artículo 95.1 TRLBRL dispone: "Los servicios públicos locales, incluso los ejercicios en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercicios por gestión directa". Limitación reiterada por el Artículo 69.1 del RSCL: "Serán atendidos necesariamente por gestión directa sin órgano especial los servicios que impliquen ejercicio de autoridad".

50 Ver: SOSA WAGNER, FRANCISCO. La Gestión de los Servicios... Ob. Cit. pp. 185 y ss.

51 Ver: Tribunal Supremo. Sentencia de 29 de enero de 1990. En esta oportunidad se invalidó

Otros ejemplos en los que la tipicidad limita la capacidad del ente local pueden encontrarse en las normas sectoriales. Es el caso de la Ley 42 de 22 de diciembre de 1995, normativa que dispone que cuando en el ámbito local se opte por prestar el servicio de telecomunicaciones por cable mediante gestión indirecta la forma en que debe hacerse es mediante contrato de concesión, supeditando la calidad de operador del servicio sólo aquellos que hayan adoptado un modelo organizativo concreto: la sociedad anónima.⁵² Como indica De La Quadra-Salcedo, el Ente local puede ser partícipe del concurso dado que la LBRL abre la posibilidad de adoptar la estructura exigida por la ley, aunque también puede optar por su prestación directa como programador independiente con una mayor libertad de configuración sobre el modelo empresarial que se pretende utilizar.⁵³

La realidad descrita no ha sido ajena al caso colombiano, por ello en la Ley 1386 de 2010, se prohíbe de manera expresa a los municipios la celebración de contrato o convenio alguno que tenga por objeto la delegación en terceros de la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. Aun cuando no se llega al extremo de prohibir la existencia de órganos diferenciados (desconcentración administrativa) o la gestión mediante la creación de personas jurídicas diferenciadas, sí se limita la gestión indirecta y la utilización de mecanismos contractuales que den cabida a fórmulas negociales en las que los particulares actúen como colaboradores del obrar administrativo.

Adicionalmente, el principio de tipicidad también se manifiesta por medio de una reserva de empresa, esta variante obedece a la necesaria correspondencia que debe existir en el modo de gestión y la actividad gestionada, de tal forma que si el municipio actúa esgrimiendo la posibilidad de iniciativa pública económica que le reconoce el ordenamiento jurídico, al actuar como un agente más dentro del mercado y someterse a la libertad de competencia, debe adoptar modelos organizativos que tengan estructuras empresariales o que acojan alguno de los modelos de sociedad propios del derecho privado. En

la adjudicación de un contrato de concesión celebrado con el municipio de Ciudadela por recaer esta sobre la actividad de recaudación de tributos respecto de la cual sólo está permitida su gestión directa por tratarse de una función de autoridad. En igual sentido puede consultarse la Sentencia de 5 de marzo de 1993. Respecto de la actividad de notificación de acto administrativo se puede observar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de marzo de 1998.

52 Artículo 3 Ley 42/1995: "Gestión del servicio de telecomunicaciones por cable. El servicio de telecomunicaciones por cable en régimen de gestión indirecta, mediante concesión administrativa..." y el Artículo 4.1 del mismo cuerpo normativo consagra: "Sólo pueden ser operadores de cable aquellas sociedades anónimas cuyo objeto social sea la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable...".

53 DE LA QUADRA – SALCEDO, TOMÁS. "La Ley de Cable y Televisión Local". En: Anuario del Gobierno Local 1996. Barcelona, Marcial Pons. 1996. pp. 94 y ss.

este punto, es indispensable señalar que la utilización de un ente instrumental conlleva necesariamente el agotamiento de la modalidad escogida hasta sus últimas consecuencias.⁵⁴ Tal como DE LA CUADRA-SALCEDO pone de presente, cuando se acude a modelos organizativos privados se mantiene una potestad de control directo sobre la ejecución del servicio, la potestad jurídica es interpuesta y la responsabilidad no deja de pertenecer a la Corporación Local.⁵⁵

En el caso colombiano encontramos una limitación a la posibilidad de elección de la fórmula organizativa cuando se trata de servicios públicos domiciliarios dado que, la posibilidad de prestación directa de los mismos se concibe de forma residual. Sólo puede darse esta forma de gestión cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen. Hasta aquí, la disposición consagrada en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 parece dejar un margen amplio de decisión al ente local, empero, dicha posibilidad se supedita a eventos en los cuales la concurrencia no haya sido posible o cuando los costos de su prestación sean inferiores sin que ello disminuya su calidad.

Llegados a este punto podemos recapitular y concluir que la capacidad de elegir de la Corporación local entre las diversas formas de gestión directas o indirectas y dentro de ellas alguno de los modos de gestión consagrados en la norma, se reconoce dentro de los ordenamientos jurídicos español y colombiano como una manifestación de la potestad de auto organización, potestad que de otra parte se encuentra condicionada por aquellos supuestos en los cuales el legislador haya impuesto para una determinada actividad un concreto modelo organizativo o por los condicionamientos materiales que se desprenden de asumir servicios de evidente connotación económica. Respecto de las posibilidades de obrar del ente local dentro de lo establecido por el legislador no hay mayor discusión, no ocurre así cuando la disyuntiva tipicidad-auto organización se plantea por fuera de las estructuras legalmente previstas.

C. LIBERTAD DEL ENTE LOCAL PARA CREAR MODOS ALTERNATIVOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: ¿NUMERUS CLAUSUS O NUMERUS APERTUS?

La Corporación local tiene un margen de decisión importante cuando debe decidir qué forma organizativa es la indicada para asumir la prestación de un servicio público. Esta afirmación, como vimos en el numeral anterior, es perfectamente deducible cuando la elección opera dentro de los diferentes supuestos consagrados por el legislador. En estos eventos la tipicidad como principio irradia con fuerza la actividad administrativa, dando cumplimiento al postulado según el cual cada modo de gestión asumido en el nivel local

54 LLISET I BORRELL, FRANCESC. *Obres, Activitats i Serveis dels Ens...* *Ob. Cit.* pp. 259.

55 DE LA CUADRA SALCEDO, TOMÁS. *Corporaciones Locales...* *Ob. Cit.* pp. 66.

debe corresponder a uno de los modelos organizativos predeterminados en una norma con rango de ley. No obstante, esta ecuación se rompe cuando se plantea la posibilidad de acudir a fórmulas que no se encuentren delimitadas en la legislación que regula el tema concreto de lo local, pues en este supuesto la tipicidad cedería paso a la función creadora de las Corporaciones locales. La problemática expuesta no carece de importancia en el ordenamiento jurídico español, sobre todo si tenemos en cuenta que la reforma operada en el año 2003 mediante la ley de modernización del Gobierno local⁵⁶ (ley 57 /2003, de 16 de diciembre y en adelante LMGL) abrió en la doctrina un debate sobre el carácter abierto o cerrado de los modos de gestión previstos en la LBRL, discusión respecto de la cual, antes de la citada reforma, existía consenso sobre la preeminencia de la potestad de auto organización, pero que al entrar en vigor las modificaciones operadas sobre el artículo 85.2.B (circunscribiéndose el debate a las formas de gestión indirecta), se bifurcó en dos posiciones claras y contrapuestas: la de aquellos que defienden la capacidad del ente local como un atributo propio de la autonomía que le es reconocida constitucionalmente, frente a la postura de quienes argumentan que dada la remisión que hace la nueva normativa al artículo 156 del TRLCAP la única alternativa posible es la de acudir a las figuras contractuales que se enmarcan dentro de la contratación de gestión de servicios públicos.⁵⁷

Entre los doctrinantes que niegan el carácter abierto de los modos de gestión destaca NOGUEIRA LÓPEZ⁵⁸ para quien el legislador, al sustituir el listado original por la remisión a la ley de contratos, expresó la voluntad de reiterar el carácter básico de esta última. El artículo 156 del TRLCAP⁵⁹ se encuadra dentro del título competencial *bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas*, título competencial que puede extenderse a las decisiones de carácter

56 Entre los cambios más significativos incorporados por la ley en la gestión de los servicios públicos locales se puede destacar: la incorporación de la entidad pública empresarial como modalidad de gestión directa; la desaparición del arrendamiento dentro del catálogo de modos de gestión indirecta; la regulación sustancial de los organismos autónomos, de las entidades empresariales y de las sociedades mercantiles de capital público.

57 Artículo 156 TRLCAP: "*Modalidades de contratación. La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: a. Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 232 de esta ley. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que establezca el contrato. c) Concerto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas*".

58 NOGUEIRA LÓPEZ, ALBA. "*La Gestión de los Servicios Públicos Locales en la Nueva Ley de Modernización del Gobierno Local*". En: *La Modernización del Gobierno Local. Estudios Sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas Para la Modernización del Gobierno Local*. (Trabajo dirigido por JOSÉ LUÍS CARRO). Barcelona, Atelier. 2004. pp. 66 y ss.

59 Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública.

organizativo cuando estas afectan directamente a los administrados y a la actividad externa de la Administración. La autora continua desarrollando su postura sustentándose indirectamente en el principio de tipicidad, dado que otro de sus argumentos es precisamente el de señalar que ya no se puede alegar la falta de coincidencia, que existía antes de la reforma del 2003, entre el catalogo traído por la LBRL y los supuestos consagrados en la normativa sobre contratación, especialmente en lo referente a la figura del arrendamiento que al haberse suprimido por la LMGL ahora no puede ser utilizada como forma de gestión indirecta.⁶⁰

Del mismo modo, se cuestiona lo referente a la supuesta especialidad que tiene la LBRL respecto del TRLCAP, especialidad que se desprende de la naturaleza jurídica de la Administración contratante y que prevalece sobre el criterio de la materia regulada. El conflicto de la falta de correspondencia entre el listado traído por estos dos cuerpos normativos se solucionaba mediante la técnica "ley especial deroga ley general"; empero, la remisión hecha a la normativa que se ocupa de los contratos de la Administración deja sin sustento alguno esta discusión y da un carácter tasado a los modos de gestión indirectos al no contemplarse ninguna excepción, puesto que allí donde no distingue el legislador no le está permitido hacerlo al operador jurídico.⁶¹

En esta misma línea argumental se posiciona Mauri Majos para quien el listado recogido en el artículo 156 del TRLCAP es cerrado, explicando que la admisión de las cooperativas como modos de gestión en legislación sobre régimen local catalana no es incompatible por la similitud que esta fórmula organizativa guarda con los modos de gestión indirecta recogidos en la legislación básica.⁶² Postura por demás interesante si tenemos en cuenta la especial forma de participación que se da al interior de este tipo de organizaciones por lo que aunque pueda incluirse dentro de la sociedad de economía mixta, no deja de tener particularidades organizativas que la individualizan dada su

60 En este concreto aspecto la autora hace mención de la postura defendida por SOSA WAGNER en su manual de Derecho local de edición anterior a la LMGL, en el cual reiteraba el carácter ejemplificativo de la disposición contenida en el artículo 86 de la LBRL siendo, precisamente, uno de sus argumentos principales la falta de coincidencia entre el listado contemplado en la normativa local y el catálogo traído por el TRLCAP.

61 NOGUEIRA LÓPEZ, ALBA. *"La Gestión de los Servicios... Ob. Cit.* Igual opinión mantiene MAURI MAJOS, para quien el arrendamiento como modo de gestión debe entenderse derogara al no aparecer en el listado traído por el artículo 156 del TRLCAP. MAURI MAJOS, JOAN. *"La Gestión de los Servicios Locales en la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LMMGL)"*. En: *Estudis 17. La Ley de Modernización del Gobierno Local*. Barcelona, Fundación Carles Pi i Sunyer. 2003. p. 84.

62 La normativa Catalana de Régimen Local General y Municipal (Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril) en el artículo 249.3.e incluye las cooperativas como forma de gestión indirecta.

especial naturaleza jurídica.⁶³ A esto debemos sumar que bajo el mismo argumento se podría incluir al arrendamiento, pues no han sido pocos los autores que han puesto de manifiesto la difícil diferenciación que existe entre éste y el contrato de concesión, argumento por demás reiterado por la legislación de algunas Comunidades Autónomas que lo incluyen aún como modo de gestión indirecta.⁶⁴

Por otra parte, la libre elección de los modos de gestión por fuera del listado de la LBRL se sigue defendiendo por algunos sectores que, como ya lo hemos puesto de manifiesto, abogan por un mayor reconocimiento de la potestad de autoorganización de los Entes locales.⁶⁵ De esta manera, se posicionan en el otro extremo del debate y respaldan el carácter abierto del listado traído por la LBRL y por el artículo 156 del TRLCAP. De tal manera que, los instrumentos organizativos delimitados de forma genérica por la legislación básica y por los regímenes locales de las comunidades autónomas constituyen un parámetro a seguir en el ámbito local sin que ello implique una atadura

63 La ley estatal de Cooperativas en su artículo 1.1. define a éstas como “una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes en la presente ley”. La doctrina ha subrayado que la inclusión de la cooperativa dentro del género Sociedad debe hacerse con cuidado puesto que a la causa societatis delimitada por el derecho de sociedades debe adicionarse un elemento teleológico y valorativo consistente en la recta aplicación de los principios de la alianza cooperativa internacional, elemento que al tradicional ánimo de lucro suma la consecución de fines, objetivos y funciones de interés social (identificado este con la causa específica del interés social). Ver: PANIAGUA ZURERA, MANUEL. La Sociedad cooperativa. Las Sociedades Mutuas y las Entidades Mutuales. Las Sociedades Laborales. La Sociedad de Garantía Recíproca. Volumen 1. La Sociedad Cooperativa. Las Sociedades Mutuas de Seguros y Las Mutualidades de Previsión Social. Barcelona, Marcial Pons. 2005. pp. 114 a 116. Se puede consultar también: DE NIEVES NIETO, NURIA. Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos Jurídico Laborales. Madrid, Consejo Económico y Social. 2005.

64 La discusión doctrinal acerca de la diferencia entre el contrato de arrendamiento y el contrato de concesión es analizada por SOSA WAGNER en su libro de La Gestión de los Servicios Públicos Locales, identificando el autor el elemento diferenciador en la propiedad de las instalaciones y en criterios como el mayor haz de facultades de que dispone el concesionario respecto del arrendatario o el sistema de retribución, puesto que en el arrendamiento se recibe un canon por parte de la administración y en la concesión se habla de tarifas a percibir por los usuarios. SOSA WAGNER, FRANCISCO. La Gestión de los Servicios... *Ob. Cit.* p. 260. En la normativa catalana se incluye esta figura como modo de gestión indirecta (artículo 249.3.d del Decreto Legislativo 2/2003).

65 Postura defendida por Parra Muñoz, quien al abordar el tema coloca de presente el recurso constante de los municipios a fórmulas atípicas para la gestión de los servicios públicos locales. Entre los ejemplos que coloca el autor tenemos: el convenio entre administraciones públicas; el consorcio, la mancomunidad, las sociedades mercantiles y las asociaciones públicas. PARRA MUÑOZ, JUAN FRANCISCO. El Servicio Público Local, ¿Una Categoría a Extinguir? Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública. 2006. pp. 135 y ss.

a los mismos, existiendo la posibilidad de acudir a estructuras organizativas distintas, respetando obviamente la legalidad que en este caso operaría como límite negativo (mínimos como respeto por unos principios organizativos generales, utilización de determinados procedimientos para su constitución, etc.) y no positivo del margen de actuación que se encuentra en cabeza de las Corporaciones locales.⁶⁶

En definitiva, no se trata de omitir la aplicación del principio de tipicidad simplemente, nos encontramos ante el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico, desde las mismas normas constitucionales, de la posibilidad que tienen las Corporaciones locales de acudir a modelos organizativos que se encuentren en la legislación sectorial "...si ello resulta coherente en función del resto de condicionantes constitucionales de la actuación de los sujetos jurídico – públicos y, en particular de los mismos entes locales"⁶⁷

Afirmación que se reitera en la práctica si se tiene en cuenta, por ejemplo, la utilización por parte de los entes locales de la Fundación como instrumento idóneo para la prestación de algunos de sus servicios públicos, modo de gestión que en algunos ocasiones se extiende a las actuaciones de carácter económico. Su presencia en el ámbito de lo local constituye un síntoma de la *flexibilidad* que demanda la satisfacción de necesidades y el cumplimiento de exigencias, lo cual conlleva la utilización de fórmulas adecuadas para la obtención de resultados positivos; tal vez por ello, este modo de gestión se presenta de dos formas que se pueden diferenciar con claridad: mediante la constitución de un organismo autónomo, evento en el cual su encuadramiento desde el punto de vista de la tipicidad es más sencillo al amoldarse dentro de uno de los supuestos traídos por la LBRL, o por la existencia de la fundación como conjunto de bienes que obedece a la voluntad de un fundador y cuyo patronato se encomienda a una Corporación local. En este segundo evento, el querer del fundador es determinante puesto que si su intención es la creación de una fundación privada, la Corporación local no actúa como tal sino que algunos de sus miembros harán parte del órgano colegiado de la misma, existiendo de por medio una reserva organizatoria. Si sólo se da una vinculación del patrimonio a una finalidad pública, nuevamente nos encontraremos ante el supuesto de la descentralización funcional contemplado en la legislación básica.⁶⁸

66 SOSA WAGNER, FRANCISCO. La Gestión de los Servicios... *Ob. Cit.*

67 MALARET GARCÍA, ELISENDA y MARSAL FERRET, MARC. Las Fundaciones de Iniciativa Pública: un Régimen Jurídico en Construcción. En: *Estudis 20*. Barcelona. Fundación Carles Pi i Sunyer. 2005. p. 119.

68 LÓPEZ – NIETO y MAYO, FRANCISCO. La Ordenación Legal de las Fundaciones. Madrid, La Ley. 2006. pp. 287 y ss. Las Fundaciones se encuentran reguladas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha subrayado que las fundaciones son modelos organizativos mediante los cuales pueden gestionarse determinados servicios

De tal manera que, nos podemos encontrar con dos formulas organizativas diversas con regímenes jurídicos igualmente diferenciados. De una parte, organismos sometidos en todo a las normas de derecho público con la capacidad de ejercicio de potestades propias de la Administración pública. De la otra, fundaciones privadas de iniciativa pública, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 128, y que pueden ser constituidas por una persona física o jurídica o por la misma Corporación local, evento en el cual su carácter público radicará en la titularidad de la misma pero su régimen jurídico, de acuerdo con la estructura escogida, será de derecho privado; ello no significa desconocer el carácter público de la finalidad que guía su puesta en funcionamiento.⁶⁹ Esto porque "... una vez constituidas se someten a la normativa de las fundaciones, sin perjuicio de que en cuanto a la formación de la voluntad para su constitución y la aportación de los bienes se rijan lógicamente por el Derecho Administrativo".⁷⁰

La capacidad de optar por modelos organizativos diferentes de los previstos en el artículo 85 de la LBRL (el discurso se extiende también a los modos directos de gestión) es puesta de manifiesto en realidades locales que acuden a organizaciones fundacionales de diferente orden, a través de las cuales cumplen funciones nada coincidentes que pueden referirse al fomento de la investigación o la cultura, a la prestación de servicios o a la Administración de infraestructuras.⁷¹ Por consiguiente, la fundación como modo de gestión de servicios públicos podría encuadrarse, como ya hemos anotado, dentro de los instrumentos contemplados en las normas que regulan lo local, pero no pasa desapercibido para nosotros que la posibilidad de participar a través de ellas en el adelanto de actividades económicas o en funciones consideradas clásicamente pone administrativas, mediante estructuras y regímenes diferenciados, coloca de presente una realidad que es verificable: *el Ente local utiliza las herramientas ofrecidas por el ordenamiento jurídico para encontrar las estructuras más adecuadas a las tareas que debe adelantar aunque para ello deba buscar respuestas en compendios normativos que no hacen parte del régimen local general.*⁷²

dentro del ente local, que como en el caso de la salud (hospitales) ayudan a contribuir con las necesidades de los vecinos. Sentencia de 9 de octubre de 1999.

69 LÓPEZ – NIETO y MAYO, FRANCISCO. La Ordenación Legal de las Fundaciones... *Ob. Cit.* MALARET GARCÍA, ELISENDA y MARSAL FERRET, MARC. Las Fundaciones de Iniciativa... *Ob. Cit.*

70 a.C. Comentarios a la Ley... *Ob. Cit.* p. 1565.

71 Con mayor detalle, la adopción de mecanismos fundacionales para el ejercicio de actividades heterogéneas puede comprobarse en el trabajo adelantado por Martínez-Alonso y por Ysa Figueras en el trabajo conjunto que aborda la problemática de los entes instrumentales. Cfr. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, JOSÉ LUÍS e YSA FIGUERAS, TAMYKO. Las Personificaciones instrumentales en Cataluña. Organismos autónomos, Consorcios, Mancomunidades y Sociedades Públicas. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 2003.

72 Este mismo discurso puede extenderse a la aparición del consorcio como forma de gestión de servicios públicos, porque tal como pone de presente la doctrina, su aparición se dio

Por otro lado, como argumento adicional a la defensa del carácter abierto del listado de los modos de gestión traídos por la LBRL, algunos autores han buscado el fundamento de su posición en el *principio de libertad de pactos* que rige la actividad contractual de las Administraciones públicas y que se encuentra consagrado en el artículo 4 de la TRLCAP.⁷³ Entre las razones que utilizan para justificar su aplicación se encuentra precisamente el carácter básico de la norma en comento y su vigencia respecto del Ente local, de tal forma que éste podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que crea convenientes; libertad de decisión que tiene como limitaciones la imposibilidad de contrariar el interés público, el ordenamiento jurídico o los principios de buena Administración. Así, el contenido del artículo 85.2.B no puede leerse de manera separada de las otras disposiciones que rigen la contratación administrativa, la libertad de escoger el negocio jurídico más adecuado viene enmarcada dentro del principio de legalidad pero además sometida a un estudio de racionalidad y proporcionalidad; la figura contractual escogida y el contenido de las cláusulas estipuladas debe obedecer al análisis detallado de las necesidades, a diagnósticos que arrojen, en el caso que nos interesa, la forma más adecuada para la erogación de un servicio. Ello no conlleva el desconocimiento de normas de carácter imperativo ni la posibilidad de renuncia de las prerrogativas reconocidas a la Administración en la ley, simplemente nos encontramos ante un fenómeno que se desprende de la praxis social y que es incontrovertible: *la valoración del interés general debe hacerse en concreto para lograr su real materialización.*⁷⁴

Nuevamente la realidad avala el carácter abierto de los modos de gestión, sobretodo en aquellos supuestos en los que la construcción de grandes infraestructuras urbanísticas demanda mecanismos públicos y privados de cooperación; a través de los mismos se construyen instalaciones deportivas, centros culturales o planteles educativos y en general se dota a las ciudades de equipamientos colectivos adecuados y funcionales. Los modelos utiliza-

de forma espontánea como respuesta a unas necesidades concretas, en el proceso de re-orientación realidad social – ley, está terminaría regulando la figura y delimitando sus rasgos distintivos. Cf. CASTILLO BLANCO, FEDERICO. “Los Consorcios de Entidades Locales: Análisis y Valoración a la Luz de la Nueva Legislación de Régimen Local”. En: Revista de Administración Pública No. 124. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1991.

73 Artículo 4 TRLCAP: “Libertad de Pactos. La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas reconocidas por la legislación básica a favor de aquella”.

74 Respecto del principio de libertad de pactos se puede leer: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “Ámbito de Aplicación de la Ley (ARTS. 1 A 9, Inclusive) En: Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Madrid, Editorial Civitas. 1996. p. 117. AA.VV. Derecho de la Contratación Pública y Regulada. Comentario Sistemático y Concordado de la Legislación Vigente. (Director Alberto Ruiz Ojeda) Madrid, Thomson Civitas. 2004. pp. 99 y ss.

dos guardan estrecha relación con los contratos de concesión y obra pública, pero por la complejidad de los proyectos requieren fórmulas novedosas que posibiliten la participación de los particulares, fórmulas que muchas veces consisten en derechos sobre la explotación de los bienes generados, derechos sobre locales para la apertura de establecimientos en los que se lleven a cabo actividades económicas conexas o complementarias del servicio principal, etc.⁷⁵ La figura de los *Partenariados público-privados* es un ejemplo concreto de gestión de los centros urbanos, entendiéndose por éstos no sólo la dotación de espacios colectivos y de redes e infraestructuras básicas sino también la puesta en funcionamiento de una red de servicios necesaria para el correcto crecimiento de la ciudad en un escenario de mercado que demanda de la misma competitividad.⁷⁶

En el ordenamiento jurídico colombiano, la posibilidad de adoptar multiplicidad de modos de gestión es mucho más abierta que en el caso español, ello porque no existe un catálogo en las normas que rigen la organización de los municipios similar al consagrado en la LBRL, además el reconocimiento de la competencia de dotarse de su propia estructura administrativa se desprende directamente del texto constitucional, de manera concreta del artículo 313. Adicionalmente, al tratarse de un Estado unitario, los conflictos normativos que se presentan en un escenario en el que existen múltiples centros de producción normativa (Estado y Comunidades autónomas) es inexistente, razón por la cual la remisión a las normas que regulan la estructura de la Administración nacional resulta no sólo sencilla sino además habitual (Ley 489 de 1998) o a las normas sectoriales (Ley 143 y 143 de 1994, ley 100 de 1993, ley 80 de 1993, etc.).

Como puede intuirse, las fórmulas a adoptar son variadas, de tal forma que podemos constatar: servicios públicos que dependen directamente de organismos centrales (secretarías), que obedecen a fenómenos de desconcentración, que implican el reconocimiento de autonomía funcional y la existencia de una personalidad jurídica diferenciada (establecimientos públicos), que obedecen a fórmulas empresariales de derecho público o de derecho privado (posibilidad de constituir sociedades por acciones) o entidades administrativas indirectas, producto de la participación en su conformación de varios organismos administrativos (El caso de Transmilenio en Bogotá).

En cuanto a la ley de contratos estatales (ley 80 de 1993), es posible acudir a la tipología que ella prevé, de forma más recurrente al contrato de concesión que abarca en una de sus modalidades al denominado contrato de gestión de servicios públicos. Adicionalmente, el legislador no cierra la posibilidad de

75 Cfr. MALARET GARCÍA, ELISENDA. *Público y Privado en la Organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Madrid, Editorial.

76 YSA FIGUERES, TAMYKO. *Partenariados Público Privados Locales: Los Casos de Estados Unidos y el Reino Unido*. Barcelona. 2004.

acudir a otras figuras contractuales. De esta manera, los negocios jurídicos que pueden utilizarse para gestionar los servicios públicos pueden ser típicos, los contemplados por ejemplo en el artículo 139 de la Ley 142 de 1994, o atípicos ya que en todo lo que no sea incompatible con la ley de contratos del Estado el mismo cuerpo normativo hace una remisión a las normas de Derecho Civil y Mercantil.⁷⁷

Como puede deducirse de lo desarrollado hasta el momento, nosotros nos posicionamos entre quienes defienden el carácter abierto de los modos de gestión. La tensión existente entre tipicidad y potestad de auto organización en este plano también es constante. De un lado, en el caso español, encontramos la legislación estatal y autonómica sobre régimen local que enumera un listado de modelos organizativos y técnicas contractuales como formas idóneas de asumir la prestación de servicios públicos, su catalogación constituye a nuestro entender un punto de referencia, puesto que siempre existirá la posibilidad de acudir a otros modelos organizacionales que se encuentren en otras normas del ordenamiento jurídico, de nuevo subrayamos la premisa según la cual la organización se debe acomodar a la actividad que se quiere desarrollar, por lo cual el dinamismo y la flexibilidad tienen que ser una característica indispensable para el correcto ejercicio de las competencias. La legalidad no está ausente, simplemente se concreta en unos mínimos a cumplir que como en el caso de los entes instrumentales se especifican en una serie de exigencias organizativas que van desde la clase de control que ejerce la corporación local sobre los mismos hasta los mínimos que deben contemplar sus estatutos. Por fuera de estas exigencias legales, la capacidad creadora del ente local es evidente y ello lo demuestra la posibilidad de utilizar fundaciones de régimen público o privado o la misma alternativa de utilizar modelos contractuales que pueden constituir claras variantes de los llamados contratos de gestión de servicios públicos.

La anterior conclusión es predicable del caso colombiano por las razones que ya esbozamos, por lo que sólo resta señalar, que la capacidad de determinar cuál es el modo de gestión más indicado para desarrollar una competencia se encuentra reconocida directamente en la constitución, pues es precisamente una facultad de los concejos municipales *reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a su cargo, para lo cual puede determinar la estructura de la administración, de acuerdo a sus concretas necesidades y como manifestación del derecho que tiene a gestionar sus asuntos propios.*

77 En efecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 preceptúa: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”*.

D. LA LIBERTAD DEL MUNICIPIO EN LA INTRODUCCIÓN DE ESPECIFICIDADES DENTRO DE LOS MODOS DE GESTIÓN LEGALMENTE PREVISTOS.

Con posterioridad a la escogencia del modo de gestión más adecuado para la prestación del servicio público, al Ente local le corresponde su organización interna. La Estructuración del servicio viene delimitada por un conjunto de principios organizativos que en España se encuentran consagrados en el artículo 85.1 bis de la LBRL,⁷⁸ disposición que hace una remisión a la legislación general cuando se trata de organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Respecto de los primeros se determinan aspectos concernientes a la competencia para su creación, modificación, supresión o refundición, su régimen laboral, órganos de gobierno, las clases de control a las que se encuentran sometidos y el contenido del estatuto interno en el que deberá consignarse la estructura interna del ente, la forma de vinculación de su personal, las cuestiones presupuestales, el inventario de bienes y la determinación de su patrimonio, funciones y competencias.

Aunque es cierto que, tal como ha señalado algún sector de la doctrina, la remisión hecha a la Ley 6/1997 (LOFAGE) es poco respetuosa con la potestad de auto organización de los entes locales y aproxima las cuestiones locales a las soluciones ofrecidas a nivel estatal, ello no obsta para que desconozcamos que la estructuración interna de los servicios en los entes locales es variada. En este aspecto debemos reiterar lo que habíamos dicho líneas atrás, las disposiciones legales aunque acotadas constituyen un mínimo a respetar pero no agota toda la gama de posibilidades. Basta pensar sólo en la compleja realidad abarcada en los denominados organismos autónomos y en las empresas de carácter público; denominaciones diversas (fundaciones, patronatos, institutos, museos, escuelas, etc.) reflejan la imperiosidad de contar con estructuras heterogéneas que varíen dependiendo de si la función principal es la prestación de un servicio público económico, la difusión de la investigación y la cultura, la promoción de la ciudad, etc.⁷⁹ Otro tanto ocurre en los municipios colombianos en los que se han creado institutos, fundaciones, asociaciones, fondos, etc. Si como hemos anotado, el ente local se enfrenta de forma directa e inmediata con las necesidades de los administrados, las respuestas ofrecidas serán diversas de

78 Artículo 85.1 bis LBRL: "1. La gestión directa de los servicios de competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la ley 6/1997, de 4 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto resultase de aplicación, con las siguientes especificidades...".

79 MARTÍNEZ-ALONSO, JOSÉ LUÍS. YSA FIGUERAS, TAMYKO. Las Personificaciones Instrumentales Locales en Cataluña. Organismos Autónomos, Consorcios, Mancomunidades y Sociedades Públicas. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 2003.

acuerdo con cada realidad ofrecida, cualquier intento de uniformización choca de frente con la exigencia de adaptación que subyace en todo servicio público.

Razonamiento similar puede manejarse en la utilización de formas societarias, aunque en este evento la remisión se hace al derecho privado y se excepcionan del mismo las cuestiones referentes a los controles financieros, de eficacia y de contratación, así como lo concerniente a la aplicación de la normativa presupuestaria y la conformación de sus órganos de gobierno.⁸⁰ Nuevamente nos encontramos ante principios de organización que enmarcan la capacidad de innovación del ente local.

Para finalizar, la libertad de pactos en el caso español y la autonomía de la voluntad en el colombiano justifican de igual forma la introducción de especificidades en aquellos eventos en los que se acuda a formas de gestión indirecta; ello es así, porque si bien es cierto que no estamos frente a una autonomía de la voluntad equiparable a la reconocida dentro del derecho privado, el principio de legalidad conlleva capacidad de determinación, constituyendo el marco en el que el ente local debe moverse. A partir de la misma, es posible la introducción de cláusulas en los pliegos de condiciones y en los contratos que delimiten mayores exigencias técnicas, diferentes formas de financiación, variadas maneras de distribuir el riesgo, todo ello obviamente respetando las normas de derecho imperativo.⁸¹

IV. CONCLUSIÓN.

La potestad de auto organización propia de los entes locales encuentra una de sus manifestaciones más significativas en la implementación de los servicios públicos. Aspectos referentes a la determinación de la actividad que recibirá tal calificativo, la elección del modo en que se gestionará o la organización interna de la estructura escogida, reflejan la capacidad de auto administración y autogobierno que poseen las colectividades territoriales como reflejo directo de la autonomía que les es reconocida constitucionalmente. En la ejecución de estas tareas se pone en movimiento el actuar administrativo, puesto que la elección del modelo de gestión condiciona la materialización de las competencias reconocidas. La dialéctica actividad – organización se traduce en la búsqueda de eficacia, en la necesidad de obtención de resultados reales, por lo que el principio de legalidad no puede entenderse de manera rígida, por ello la delimitación hasta el agotamiento de todos y cada uno de los mecanismos organizacionales que el ente local puede utilizar para la prestación de servicios conlleva paralización y necesidades insatisfechas.

80 Artículo 85 LBRL.

81 DE SOLAS RAFECAS, JOSÉ MARÍA. "Artículo 4. Libertad de Pactos". En: Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tomo I. El Sistema contractual administrativo. Granada, Comares. 2002.

De tal modo, a la ley debe corresponder el fijar un mínimo a cumplir, dejando para el ente local un espacio de verdadera configuración. Es cierto que el principio de tipicidad constituye un limitante a la actividad adelantada por el ente local, empero, su lectura apartada de la garantía de autonomía local crearía una camisa de fuerza y se traduciría en que la determinación de las cuestiones más pequeñas se deje en manos de autoridades que son distantes al ciudadano.

La tipicidad se debe conjugar con la capacidad de auto organización de los servicios, sólo así se puede realizar una verdadera ponderación en la cual, en algunos supuestos prevalecerá la ley para reservar modelos organizativos que obedezcan a la naturaleza misma de las actividades a desarrollar, como en el caso del ejercicio de funciones de autoridad, o que se amolden a la necesidad de proteger principios o derechos fundamentales como la iniciativa privada y la libertad de concurrencia, viéndose en la necesidad de asumir formas propias del sector privado. Pero, por otra parte, debe darse espacio para que por fuera de las limitantes se pueda acudir a otras alternativas, a estructuras que se encuentren en la legislación sectorial o a negocios jurídicos o convenios que en muchas oportunidades no guardan absoluta identidad con los contratos de gestión de servicios o concesión consagrados en las legislaciones sobre contratos estatales.

En definitiva, es importante que no perdamos de vista que el interés general siempre debe ser concretado por la autoridad local. Esta se encuentra sujeta al principio de legalidad, pero no se le puede predicar una vinculación similar a la que se predica de fenómenos como la descentralización administrativa funcional o especializada. La connotación política de lo local legitima la capacidad de obrar en el ámbito de lo organizativo. Capacidad que no es una aplicación directa e inmediata de la legislación existente, sino que constituye un fenómeno en el que las normas locales completan las disposiciones legales.