

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO VI

SEPTIEMBRE - OCTUBRE 1947

NUM. 35

El servicio público municipal y sus modos de gestión

SUMARIO:

PRIMERA PARTE.—EL SERVICIO PÚBLICO

I.—SU CONTENIDO.

II.—SU DEFINICIÓN.

SEGUNDA PARTE.—LOS MODOS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

I.—ADMINISTRACIÓN:

A.—*Administración simple.*

B.—*Administración interesada.*

C.—*Administración autónoma.*

II.—PERSONIFICACIÓN DE SERVICIOS:

A.—*Modalidad administrativa.*

B.—*Modalidades de derecho privado*

a) Empresa mixta. b) Empresa municipal.

III.—GESTIÓN PRIVADA:

A.—*Procedimientos administrativos*

a) Concesión. b) Arriendo. c) Concerto.

B.—*Gestión privada simple*

1.º *Sin aportación económica del Municipio:*

a) Prestación forzosa. b) Empresa reglamentada.

2.º *Con aportación económica del Municipio:*

a) Auxilios no dinerarios. b) Subvención. c) Premio. d) Préstamo.

e) Anticipo. f) Aval. g) Adquisición de acciones.

PRIMERA PARTE

EL SERVICIO PUBLICO

I.—SU CONTENIDO

El objetivo fundamental del Municipio, que constituye su exclusiva razón de ser, es la realización del servicio público. Tomando como base esa afirmación, interesa considerar por qué procedimientos la entidad municipal llevará a cabo su misión; cuáles serán los modos de gestión que habrá de desarrollar la misma para cumplir su cometido.

Pero antes de entrar a fondo en nuestro tema, precisará que fijemos exactamente, aunque con brevedad, el alcance que asignamos a la expresión «servicio público», de gran imprecisión todavía, a pesar de la copiosísima y brillante literatura que ha determinado la discusión de ese concepto. Sin esas precisiones previas carecería de sentido nuestro trabajo y de fundamento nuestra tesis.

¿Qué es, pues, el servicio público en lo que al Municipio toca? Es indudable que para la satisfacción de todas las necesidades del individuo que trasciendan de la esfera estrictamente privada, que ofrezcan un contenido social, un caracterizado interés general, se producirá una intervención de la Administración tendente a ordenar jurídicamente la satisfacción de aquellas necesidades en cuanto, por el aspecto público de las mismas, no pueden ser abandonadas al libre juego de las iniciativas particulares. Veamos un ejemplo: la necesidad general de la limpieza de la vía pública podrá ser atendida por el Municipio mediante alguno de estos cuatro procedimientos: con una intervención municipal meramente negativa, prohibiendo y sancionando cualquier acción que produzca el desaseo de la calle; imponiendo al vecindario la obligación de efectuar el barrido y regado del trozo fronterizo de los respectivos domicilios; regulando jurídicamente la actividad de aquellos particulares que voluntariamente quieran llevar a cabo la misión que men-

cionamos, para lucrarse con el producto de la venta de los residuos que obtengan; o, finalmente, asegurando la limpieza con su aportación económica. Estas cuatro modalidades coinciden en cuanto al fin, porque ocasionan un beneficio para los intereses generales, asegurando la satisfacción de una necesidad pública; y subjetivamente, porque ese servicio a la colectividad está determinado, en los cuatro casos, por una actuación de la Administración. Sobre ello pudieran multiplicarse los ejemplos, y de estas afirmaciones que sentamos, deduciremos las siguientes consecuencias:

1.^a.—Nuestra disconformidad con el criterio de Jèze (1), mantenido por Gascón (2), de que no todas las necesidades de interés general pueden ser satisfechas por la Administración, haciendo constar que ninguno de los ejemplos de servicios que expone Jèze para justificar su aserto —alimentación, servicio médico y farmacia— tiene actualidad en el momento presente, ni quizá la tuvo cuando se emitió esa opinión. Y no se diga que ello está motivado por anormalidades circunstanciales, o por una modernísima tendencia socializadora. Precisamente la alimentación pública tiene en nuestra Patria un rancio abolengo municipalista y constituye el más importante servicio atribuido a nuestro viejo Municipio (3), habiéndose fundado en Sevilla una panadería municipal en el siglo xvii (4); y más recientemente, el fenómeno de la municipalización de la leche se remonta en Inglaterra a 1899; y existen desde 1863 restaurantes municipalizados; y desde 1890 bodegas en la misma situación; habiendo copiosos antecedentes de fabricación y ven-

(1) JÈZE (GASTÓN): *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Versión española. Madrid, 1928; pág. 283.

(2) GASCÓN Y MARÍN (JOSÉ): *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1933; pág. 228.

(3) DESDEVISES DU DEZERT (G.): *L'Espagne de l'ancien régime*. Paris, 1898; tomo II, pág. 197.

(4) GUICHOT Y PARODY (JOAQUÍN): *Historia del Ayuntamiento de Sevilla*. Sevilla, 1898; tomo III, pág. 152.

ta de pan, aceite y hieló por los Municipios, desde finales del pasado siglo (5).

Vemos también a Hauriou (6) pretendiendo eliminar del ámbito del servicio público cierto género de actividades, como los espectáculos y diversiones, siendo así que nadie puede desconocer la floración de empresas municipales de espectáculos desarrollada en Alemania desde muy atrás (7), que ha alcanzado en España, en donde existen varios teatros y cines a cargo de los Ayuntamientos y figura esta materia en la competencia de los mismos, según el apartado g) del art. 102 de la Ley de 1935, y el apartado i) de la Base 11 de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945.

Pero la función administrativa no hemos de verla solamente en cuanto una corporación local asume la prestación directa y material de un servicio con medios propios, sino que la observaremos también en todas aquellas intervenciones infinitas, mediante las cuales hace posible la actividad privada en funciones de interés general, estableciendo a dicho fin un régimen jurídico especial.

Todas, absolutamente todas las finalidades de interés general en cuanto signifiquen una necesidad social y se presten públicamente, quedan sometidas a un régimen administrativo especial, que habrá de encajar dentro de una gama de modalidades de que más adelante nos ocuparemos. Actualmente, la competencia municipal es ilimitada. Ya afirmaba Rowe (8), que el Municipio «es factor vital de la existencia del individuo», y siguiendo este criterio, el preámbulo del Estatuto de 1924 extiende la competencia del Municipio que regula «a todos los fi-

(5) MONTEMARTINI (G.): *Municipalización de los servicios públicos*. Versión española. Barcelona, 1909; págs. 155 a 182. GASCÓN Y MARÍN (JOSÉ): *Municipalización de servicios públicos*. Madrid, 1904; págs. 226 a 233.

(6) HAURIOU (MAURICE): *Précis de Droit Administratif*. París, 1919; páginas 42 y 43.

(7) MULERT (OSCAR): *L'Activité économique des Communes en Allemagne. Rapport au IV Congrès International des Villes*. «L'Administration Locales», número 49; págs. 680 y 685.

(8) ROWE (L. S.): *El gobierno de la ciudad y sus problemas*. Versión española. Madrid, 1914; pág. 316.

nes de la vida». La enumeración de competencia del art. 102 de la Ley Municipal de 1935 y de la Base 11 de la Ley de 1945 es indefinida, y en las materias que comprende no hay nada que no sea servicio público; dentro de esos preceptos, toda la competencia municipal es servicio público. Y no se pierda de vista que el apartado k) de la citada Base 11 de la última Ley, al buscar a la materia municipal una formulación genérica de la máxima amplitud desborda, en este sentido, todos sus inmediatos precedentes, para llevar la misma más allá de lo estrictamente material del simple interés, hasta un terreno puramente psíquico e ideal (9).

2.ª.—Dentro de la tesis que estamos exponiendo es inadmisibile la opinión de Montemartini (10), según la cual «la única función propia del Municipio es la de distribuir coactivamente determinados gastos de coste», y la deducción consiguiente de que «una producción se llama municipal cuando el hecho de procurarse los productos de la misma se verifica repartiendo su coste entre toda la municipalidad».

Esto no lo consideramos exacto. Dentro de la legalidad vigente comprobaremos con facilidad, la existencia del servicio público clásico sin que aparezca aportación económica del Municipio. Veamos, por ejemplo, el art. 1.º del Reglamento de Obras y Servicios municipales de 14 de julio de 1924, según el cual tienen el carácter de obras municipales, no sólo las que los Ayuntamientos ejecuten con sus propios fondos, sino también las que lleven a cabo con el auxilio del Estado, entidades o particulares «para realizar los servicios de la competencia municipal»; es decir, que el carácter de servicio público, no se determina en función de la procedencia de los medios económicos de que el mismo se nutre, sino atendiendo exclusivamente a la competencia.

Ello se confirma también, si atendemos a lo dispuesto en el

(9) Dice así dicha disposición: «k) Cualesquiera otras obras y servicios que tengan por objeto el fomento de los intereses y de las aspiraciones ideales de la Comunidad municipal».

(10) MONTEMARTINI: *Ob. cit.*; pág. 49.

apartado e) del art. 135 de la Ley Municipal de 1935, el cual exige que en los servicios municipalizados en régimen de empresa mixta no exista aportación económica del Municipio; en ese sistema, sólo podrá llevar el Municipio la concesión, es decir, que tampoco aquí encontramos la distribución coactiva del coste entre el vecindario que Montemartini estima consustancial con la actividad del Municipio. Estos ejemplos, que justifican nuestra postura, pudieran repetirse.

3.ª.—Hagamos constar ahora que de acuerdo con la manera de pensar que estamos exponiendo, consideramos como servicios públicos, no solamente los que están realizados por órganos del Municipio, sino también los que se hallan a cargo de los particulares, de forma tal que aprovechen indistintamente a todos los ciudadanos o a buena parte de ellos. Pero esto no basta para puntualizar nuestro criterio. Nos apartamos de la tesis de Gascón (11) cuando niega el carácter de servicio público a las que denomina «empresas reglamentadas», es decir, a la «empresa particular que a cambio de ciertas ventajas otorgadas por el poder público se impone ciertas obligaciones». Aplicando este criterio rehúsa aquella caracterización a las empresas suministradoras al público de energía eléctrica, si bien reconoce que no puede suponerse aplicable el derecho privado en las relaciones entre las mencionadas empresas y los particulares, y admite una evolución acentuada de dichas relaciones al ámbito del derecho público. Esto en realidad no puede mantenerse y el propio Gascón cita el Decreto-ley de 12 de abril de 1924 en cuyo art. 1.º «se declaran servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de las empresas de distribución».

En este particular, Presutti (12) sutaliza para desconocer el carácter de verdadero servicio público a aquel que está a cargo de particulares. En el mismo quiere ver una mera «oferta al público», que el empresario particular puede negarse a pres-

(11) GASCÓN Y MARÍN: *Derecho Administrativo*, cit.; págs. 230 y 231.

(12) PRESUTTI (E.): *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*. Roma, 1920 Tomo I; pág. 202 y sigs. y 364 y sigs.

tar mientras no sea aceptada, lo cual le está prohibido a la Administración o a quien actúa en su nombre, a menos que la norma jurídica lo consienta. Estimamos este distinguo en absoluto inoperante. Cuando no exista disposición expresa que establezca la prohibición de revocar la oferta, la situación incidirá en la materia discrecional, y es indudable que la Administración, al igual que los particulares, podrán negar el servicio sin alegación de causa. Si existe norma que obliga al particular a aceptar a todo solicitante, sea por ordenarlo algún precepto con carácter general —como ocurre con respecto a las empresas suministradoras de electricidad, por el art. 2.º del Real Decreto-ley de 12 de abril de 1924 y el art. 78 del Decreto de 5 de diciembre de 1933— o por haberlo fijado así la Administración en las cláusulas de la concesión o autorización, a aquel, como a la propia Administración, cuando se den para la misma análogas circunstancias, no les será permitido rehusar el servicio.

Según este criterio, García Oviedo (13) le niega al servicio de coches de plaza prestado por vía industrial, el carácter jurídico de servicio público. Esta opinión —en legislación española por lo menos— no puede mantenerse. El art. 72 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes municipales de 14 de julio de 1924 determina que «todas las empresas de vehículos para uso público (tranvías, autobuses, taxímetros, autos, coches de tracción animal) que circulen por las poblaciones, deberán obtener la previa concesión del Ayuntamiento, sometiéndose a cuantos preceptos en ellas se les imponga para realizar su servicio y a los que figuren en las Ordenanzas municipales respectivas»; y este precepto se halla encuadrado en la rúbrica general de «servicios municipales», que es el común denominador del Título II del Reglamento de que forma parte. ¿En qué se diferencia, pues, ese servicio —salvo en el aspecto económico, que ya hemos visto que no cuenta— de cualquier otro análogo que fuera financiado y directamente prestado por el

(13) GARCÍA OVIEDO (CARLOS): *La teoría del servicio público*. Madrid, 1923; pág. 21.

Municipio? Las más recientes tendencias, y particularmente los tratadistas argentinos (14), se han desprendido de los prejuicios doctrinales que venimos exponiendo, para adoptar francamente la tesis de que existen servicios públicos que no son efectuados por la Administración ni por concesionarios en representación de ésta. Bielsa (15) acepta este criterio, pero denomina «servicios públicos impropios» los que no son prestados por la Administración ni concedidos por la misma, sino reglamentados, frente a los que llama «propios» por asumirlos directamente la Administración u otorgarlos a un concesionario.

Según nuestro modo de pensar, todos los servicios que encajen en la competencia municipal y sean realizados por particulares, siempre que afecten al vecindario con carácter general, tendrán la consideración jurídica de servicios públicos, porque en todo caso serán regulados jurídicamente por el Municipio. Véase, por ejemplo, la proyección y ejecución de obras de mejora interior de poblaciones, que es caso típico. El art. 20 del Reglamento citado dispone que dichos proyectos se efectúen por los propios Ayuntamientos o, previa autorización de éstos, por Sociedades privadas o particulares, siguiendo en todo caso el mismo complejo trámite administrativo; ¿podrá admitirse una diversa caracterización a servicios que pretenden idéntica finalidad, que encajen en la misma competencia y que obedecen a igual regulación jurídica?

De modo genérico el art. 61 del repetido Reglamento podrá darnos la clave del problema. Según ese precepto «serán considerados como servicios municipales cuantos tiendan a satisfacer las necesidades del vecindario...», y después de hacer una enumeración casuística de diversas materias termina refiriéndose a los «... demás de índole comunal». Añade el propio artículo que «cuando un servicio de la exclusiva competencia municipal esté explotado por Empresas, Sociedades o particulares, corres-

(14) ZAVALIA (CLODOMIRO): *Tratado de Derecho Municipal*. Buenos Aires, 1941; pág. 301. GRECA (ALCIDES): *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. Santa Fe, 1943; tomo III, págs. 193 y 203.

(15) BIELSA (RAFAEL): *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1938; tomo I, pág. 113.

ponderará al Ayuntamiento inspeccionarlo y cuidar del exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas con el vecindario por las entidades o particulares que lo tengan a su cargo». Ello nos resuelve la cuestión de modo indiscutible. Declara expresamente ese precepto, el carácter público-municipal de un servicio cualquiera que sea su caracterización subjetiva, admitiendo que podrá estar a cargo de particulares sin perder aquel carácter, siempre que se den en el mismo dos condiciones: 1.ª «que tienda a satisfacer necesidades del vecindario...», es decir, la razón de competencia; y 2.ª, que exista el control jurídico y técnico de la entidad municipal, con la previa regulación y posterior inspección de «... las obligaciones contraídas con el vecindario por las entidades o particulares...» que tengan a su cargo el servicio. Esta última es la verdadera nota distintiva del servicio público, con exclusión de cualquiera diferenciación objetiva, coincidiendo en cierto modo con aquel criterio expresado por Duguit (16) cuando formula la noción del servicio público asegurando que «es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes...»

4.ª.—Continuando con el análisis de las consecuencias que deducimos de nuestra tesis, habremos de afirmar ahora que la clásica oposición entre los conceptos de servicio público y policía, es en la actualidad inadmisibile. Subsiste todavía dentro del contenido de la Administración el distingo entre actividad represiva y actividad productiva, si bien con una determinación tan desdibujada que no puede resistir a una detenida crítica.

Para establecerla habremos de preguntarnos, en primer lugar, qué es lo que debe entenderse por policía, y contestaremos a ello con la definición de Merkl, que recoge acertadamente la caracterización clásica. «Suele entenderse por policía —afirma el tratadista austríaco (17)— aquella actividad administra-

(16) DUGUIT (LEON): *Las transformaciones del Derecho Público*. Versión española. Madrid, 1926; pág. 105.

(17) MERKL (ADOLFO): *Teoría general del Derecho Administrativo*. Versión española. Madrid, 1935; pág. 316.

tiva que mediante la amenaza o el empleo de la coacción persigue la previsión o desviación de los peligros o perturbaciones del orden». Claro está que cuando se pretende fijar adecuadamente esa noción del orden elevado a la categoría de nota distintiva del concepto de policía, la dificultad es extrema, la confusión patente, llegándose a obtener la impresión de que para determinar si ciertas funciones son o no de policía, más que a las notas intrínsecas de la materia de que se trate, se procede teniendo en cuenta tan sólo a la atribución tradicional. Merkl (18) lo reconoce afirmando que «el concepto del orden... se llena de un contenido que no se corresponde con el uso del lenguaje, sino que le viene accidental e históricamente», llegando a admitirse una «policía del bienestar» (19), cuya distinción del servicio público se basa en sutilezas sin consistencia alguna.

Interesa examinar las realidades de la legislación vigente para comprobar la inconsistencia de esa pretendida oposición entre policía y servicio público que aún hoy, con mayores o menores atenuaciones, es mantenida por los teóricos aferrados a la postura tradicional. Examinemos, por ejemplo, un típico servicio de policía sanitaria, un laboratorio cuya finalidad sea la previsión y represión gubernativa de las adulteraciones de sustancias alimenticias, encuadrado por el art. 20 del Reglamento de Sanidad Municipal de 9 de febrero de 1925 en la función de policía sanitaria. Observemos en esta institución una actividad técnica de la Administración, enderezada a facilitar prestaciones de hecho a la generalidad del vecindario; una organización peculiar, sistemáticamente montada, con su particular ordenación jurídica, a la que se afecta un personal especial y una aportación económica concreta, es decir, todo el aparato del más típico servicio público. Pues bien, ello, legalmente, es tan sólo una función de policía sanitaria.

Consideremos, en cambio, un abastecimiento de aguas no municipalizado. En el mismo el Municipio no tiene la menor intervención económica y no obtiene ningún beneficio, salvo

(18) MERKL: *Ob. cit.*; pág. 322.

(19) MERKL: *Ob. cit.*; pág. 335.

unas tarifas reducidas para su propio consumo. La actividad que desarrolla es estrictamente jurídica, preventiva y represora, de protección. En el pliego de condiciones se limita a controlar las tarifas, a establecer las comprobaciones de presión, a adoptar las medidas oportunas para mantener la pureza bacteriológica del agua, a evitar su contaminación, tal como lo disponen los arts. 77 al 79 del Reglamento de 14 de julio de 1924 y 5 al 8 del de 9 de febrero de 1925, medidas todas estricta y exclusivamente policiales, y sin embargo ello es legalmente un característico servicio público, porque como a tal le considera el apartado 12 del art. 150 del Estatuto de 1924, como a tal le clasifica reiteradamente el citado Reglamento de Obras y Servicios municipales del propio año, y finalmente porque, como hemos visto, el Real Decreto de 12 de abril de 1924 declara expresamente servicios públicos las concesiones o autorizaciones a particulares de suministros de agua.

Cuando un Ayuntamiento establece en sus Ordenanzas generales una regulación jurídica especial para evitar el lanzamiento de residuos de todas clases en la vía pública y castigar las infracciones de esos preceptos; cuando por la actividad directa y personal de vigilancia y sanción de un organismo específico, del Cuerpo de la guardia municipal, haya logrado el puntual cumplimiento de aquellas disposiciones, se habrá conseguido con otros medios, idéntica finalidad que la que pueda obtenerse de la implantación de un servicio municipalizado de recogida de basuras, es decir, la limpieza de la vía pública; en ambos casos el Municipio creará un régimen jurídico peculiar y afectará ciertos medios para lograr el mismo fin de su competencia. Ahora bien, en un caso, según la terminología usual, tendremos una actuación de policía urbana; en el otro, un servicio público específicamente caracterizado.

Es tan evidente cuanto llevamos expuesto, que no ha podido ocultarse a la penetración de los tratadistas que han estudiado este problema. Así Hauriou (20) considera los servicios públi-

(20) HAURIOU (MAURICE): *Précis de Droit administratif et de Droit public*. Paris, 1933; pág. 66.

cos como una modalidad de la policía, ya que con ellos se consigue indirectamente asegurar el orden público «dando satisfacción a las poblaciones mediante servicios bien organizados», criterio este, evidentemente inadmisibles y pasado de moda, que eleva el orden público a finalidad suprema de la Administración, sosteniendo que la finalidad del servicio público es únicamente «crear orden y la utilidad pública no crear riqueza económica, pues la riqueza no es una necesidad pública, sino una mera necesidad privada».

A García Oviedo (21) le parece ese criterio excesivamente restringido, estimando que la policía no es «algo que viva fuera del servicio, que sea un mero resultado del mismo, sino que es uno de sus elementos, una de sus prerrogativas, uno de los instrumentos que utiliza para su buena marcha» colaborando a su mejor prestación mediante el ejercicio de un poder coercitivo que determina que el servicio se realice con toda normalidad.

Como hemos visto, no podemos admitir tampoco esta opinión que mantiene la dualidad entre policía y servicio público. A nuestro juicio, no hay términos hábiles para diferenciar a la policía como actividad, de todo el conjunto de actividades administrativas que sirven las necesidades generales; ni a la policía como regulación jurídica de las de todo el sistema jurídico que, con diversas formas de expresión, asegura la realización de las finalidades de la Administración pública. El servicio público, única finalidad del Municipio, adopta para su realización una copiosa gama de modalidades sin individualidad propia en principio, puesto que todas ellas se integran en una sola fórmula unitaria que les reduce a común denominador y que es el propio servicio público.

II.—DEFINICIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Importa ahora considerar las diversas formulaciones de la idea del servicio público que han elaborado los tratadistas para que, a la vista de ellas, y de las observaciones que acabamos

(21) GARCÍA OVIEDO: *Ob. cit.*; pág. 52.

de exponer, podamos determinar un juicio exacto de su naturaleza. Clasificamos así dichas definiciones:

1.º *Criterios subjetivos, que refieren el servicio al régimen orgánico del mismo:*

Appleton (22): «Organización establecida por los poderes públicos para satisfacer socialmente necesidades generales por procedimientos administrativos».

Hauriou (23): «Una organización pública de poderes de competencia y de prácticas administrativas, que asume la función de prestar al público, de modo regular y continuo, un servicio determinado con una finalidad de policía, en el sentido elevado de la palabra».

Simonet (24): «Los diversos organismos instituidos con el objeto de dar satisfacción a las necesidades y a los intereses generales del país».

Posada (25): «Las organizaciones adecuadas de personal técnico, capaces de aplicar con la máxima eficacia y economía, al fin del servicio, los medios de que al efecto disponen, empleando los procedimientos administrativos del caso».

Royo Villanova (26): «La organización de todos aquellos elementos y actividades que trascienden de la esfera de los intereses privados y que afectan a las necesidades o conveniencias de la colectividad».

García Oviedo (27): «Ordenación de elementos y actividades para un fin que... es la satisfacción de una necesidad pública».

(22) APPLETON (JEAN): *Traité élémentaire du contentieux administratif*. París, 1927; pág. 114.

(23) HAURIOU: *Ob. cit.*; pág. 64.

(24) SIMONET: *Traité élémentaire de Droit public et administratif*. París, 1902, pág. 445.

(25) POSADA (A): *Derecho Administrativo*; pág. 267.

(26) ROYO VILLANOVA (ANTONIO): *Elementos de Derecho Administrativo*. Valladolid, 1926; pág. 230.

(27) GARCÍA OVIEDO: *Ob. cit.*; pág. 22.

2.º *Criterios objetivos, que identifican el servicio con su prestación material al público; con la actividad administrativa:*

Duguit (28): «Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurado más que por la intervención de la fuerza gobernante».

Hauriou (29): «Servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública».

Alvarez Gendín (30): «Coordinación o conjunto de actividades jurídico-administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las Corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminadas a satisfacer económicamente necesidades públicas, de una manera regular y continua».

Fernández de Velasco (31): «La actividad encaminada a cierto fin».

Ranelletti (32): «Toda la serie de acciones y prestaciones que el Estado u otro ente público efectúa para la satisfacción de una determinada necesidad colectiva».

Blondeau (33): «Toda actividad organizada por la Administración para satisfacer una necesidad considerada esencial y que sólo puede satisfacerse completamente mediante la intervención de la Administración».

Raggi (34): «Aquel complejo de prestaciones personales en-

(28) DUGUIT (LEON): *Manuel de Droit constitutionnel*. Paris, 1918; pág. 73.

(29) Esta es la postura inicial de Hauriou y figura en la décima edición de su obra citada; en la duodécima encontramos ya la rectificación de criterio que hemos apuntado con anterioridad, entre las formulaciones subjetivas.

(30) ALVAREZ GENDÍN (SABINO): *El servicio público*. Madrid, 1927; pág. 21.

(31) FERNÁNDEZ DE VELASCO (RECAREDO): *Los contratos administrativos*. Madrid, 1927; pág. 89.

(32) RANELLETTI: *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*. «Riv. Dir. Pubblico e della Pubblica Amministrazione». 1916; tomo I, pág. 345, nota 4.

(33) BLONDEAU: *Traité élémentaire du contentieux administratif*, pág. 115.

(34) RAGGI: *Servizio pubblico e demanialità*, pág. 81.

camina das a un fin, efectuadas por personas físicas que obran en nombre y en el interés del Estado o de otras personas públicas aunque a título de concesionario, salvo si se trata de prestaciones que estén completamente sometidas a las normas de derecho privado y consideradas como prestaciones de derecho privado».

Cammeo (35): «La satisfacción de las necesidades colectivas mediante manifestaciones de la actividad del Estado».

3.º *Criterio que reduce el servicio público a una simple aportación de medios a una finalidad administrativa:*

Mayer (36): «Conjunto de medios personales y reales reunidos en manos de un sujeto de la Administración pública para servir de una manera permanente a un interés público determinado».

Moreau (37): «Conjunto de medios (personal y material) por los cuales una persona administrativa realiza su finalidad o al menos una parte de ella».

Delgado y Arrieta (38): «Medios de gestión que se encaminan a la satisfacción de las necesidades generales y que la Administración realiza por sí directamente o encomienda a otros mediante contrato».

4.º *Criterios reducidos exclusivamente a la noción de la necesidad pública:*

Gascón y Marín (39): «El prestado para satisfacer necesidad general pública, de modo regular y continuo; utilizando procedimiento jurídico público también que somete las relaciones creadas a régimen especial».

(35) CAMMEO: *Comentario alle legge sulla giustizia amministrativa*, núm. 83.

(36) MAYER (OTTO): *Le droit administratif allemand*. Versión francesa. París, 1903-1906; tomo III, pág. 230.

(37) MOREAU: *Manuel de Droit administratif*. 1909; pág. 55.

(38) DELGADO Y MARTÍN (ELEUTERIO) y ARRIETA Y DEL ARCO (FEDERICO): *Contratos administrativos*. Madrid, 1899; pág. 39.

(39) GASCÓN Y MARÍN: *Derecho administrativo*, cit.; pág. 230.

Santamaría de Paredes (40): «Tiene por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública».

Decisión de competencia de 16 de febrero de 1934: «El que de manera regular y continua satisface una necesidad pública».

Decisión de competencia de 27 de febrero de 1926: «Tienen el carácter de servicios públicos municipales... los que satisfacen una necesidad general de los intereses de los pueblos».

Artículo 66 del Reglamento de Obras y Servicios municipales de 14 de julio de 1924: «Son considerados como servicios municipales cuantos tienden a satisfacer las necesidades del vecindario relativas a la circulación dentro del término municipal, higiene, seguridad, abastos, interés social, beneficencia, enseñanza, comodidad y ornato de la población y demás de índole comunal».

5.º *Criterio que enlaza el servicio con la norma jurídica que lo regula:*

Jèze (41): «Existe un servicio público cuando para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general existe un régimen jurídico especial y este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos».

* * *

Del examen comparativo de todas las definiciones apuntadas y a pesar de la sistematización a que las hemos sometido, observamos una discrepancia tal que hace muy difícil el reducir las mismas a un denominador común. Habremos de convenir con Compte (42) en que «la noción del servicio público... es una de las más confusas; parece imposible dar de ella una de-

(40) SANTAMARÍA DE PAREDES (VICENTE): *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, 1914; pág. 728.

(41) JÈZE: *Ob. cit.*; pág. 284.

(42) COMPTE: *Essai sur une théorie d'ensemble de la concession de services publics*; pág. 11.

fnición satisfactoria y precisa». La única característica que observamos inalterablemente en casi todas las indicadas definiciones es la «necesidad general o pública» o el «interés general», finalidad indiscutible del servicio público.

Teniendo en cuenta cuanto acabamos de decir, intentaremos resumir nuestro criterio sobre el particular haciendo constar que «es servicio público toda actividad jurídicamente regulada por la Administración y enderezada a satisfacer una necesidad general», en cuya expresión creemos reunir todos aquellos factores que, a nuestro juicio, caracterizan fundamentalmente el servicio público, y que son como sigue:

1.º Necesidad general, que en la materia municipal a que constreñimos nuestro estudio la identificamos con la competencia, es decir, que las necesidades municipales que en nuestra patria podrán ser atendidas en régimen de servicio público, serán exclusivamente las establecidas en el apartado F) del artículo 102 de la vigente Ley Municipal de 1935 y en los artículos 66 y 67 del Reglamento de Obras y Servicios municipales de 1924.

2.º Actividad, es decir, gestión material que hay que llevar a cabo para satisfacer la necesidad de que se trate; actividad que, como hemos indicado, puede ser realizada por la Administración o por los particulares.

3.º Regulación jurídica establecida por la entidad municipal, que es la única intervención de la misma que como característica del servicio no podrá faltar en ningún caso.

Prescindimos de nuestra definición de algunas notas que son frecuentemente consideradas como esenciales en la institución que estamos estudiando, como ocurre, por ejemplo, con la regularidad y la continuidad y también con la organización, en cuanto a coordinación de personal, medios económicos y medios materiales. Todas estas notas suelen ofrecerse siempre en economías de alguna complejidad, pero es evidente que pueden faltar en determinados casos, principalmente en servicios rudimentarios de entidades comunales de escasa importancia. Por ello, no acogemos esos conceptos en nuestra definición porque, aunque hay que estimarlos complementarios del servicio

público, no deben entenderse de tal calidad que la falta de los mismos determine la inexistencia del propio servicio. En nuestra definición, repetimos, sólo hemos dado cabida a aquellos elementos sin los cuales el servicio público no tiene razón de ser.

SEGUNDA PARTE

LOS MODOS DE GESTION DEL SERVICIO PUBLICO

Determinado, como acabamos de hacerlo, el concepto y límites del servicio público, ha llegado el momento de puntualizar cómo dicho servicio es efectivamente realizado. El servicio público, ya lo hemos visto, entraña una actividad, y por ello precisa comprobar quién la realiza, a qué modalidades jurídicas obedece y cuáles son los matices de la intervención del Municipio en la realización material de las materias de su competencia, intentando una sistematización de los distintos procedimientos de gestión de los servicios público-municipales.

Acudamos, en primer lugar, a los textos legales y observaremos que la vigente Ley Municipal de 1935, en el apartado F) de su art. 102 establece, para la ejecución de los repetidos servicios públicos, los siguientes modos fundamentales: «administración, concesión, contratación y municipalización». Ello no dice nada, y como sistematización además de incompleta es disparatada. En efecto, observamos en el art. 135 (apartado d) de la propia Ley que la concesión es una de las modalidades de la municipalización. Por otra parte, el hablar de contratos en general carece de contenido, pues la concesión es también un contrato y todos los procedimientos de municipalización enumerados en el art. 135 de la Ley a que nos estamos refiriendo —excepto la municipalización directa— presuponen también un contrato. Así, pues, repetimos, el art. 102 de la Ley vigente es, en este aspecto, de absoluta intrascendencia.

Examinemos ahora lo establecido respecto a este particular por la Ley de Bases de 17 de julio de 1945, más elaborada, pero también imprecisa y desordenada. La Base 17 quiere recoger

toda esta materia en un solo enunciado. No lo consigue. Prescinde, por de pronto, del sistema de administración en sus diversas formas; ello sin hablar de otras modalidades admitidas por la legislación vigente y que omite el precepto en cuestión, a las que haremos referencia en el lugar adecuado.

Digamos también que la Base 18 mantiene la dualidad de procedimientos según que el servicio se halle o no municipalizado. ¿Por qué esa diferenciación que en realidad no tiene ningún fundamento esencial? No podemos acometer a fondo su crítica porque ello nos obligaría a desbordar nuestro tema estudiando el fenómeno de las municipalizaciones. Digamos tan sólo que esa dualidad nos parece arbitraria, y ello se confirma al observar las fluctuaciones del criterio legal en los arts. 173 y 174 del Estatuto de 1924, art. 135 de la Ley de 1935 y Base citada de la Ley de 1945. Hagamos constar, asimismo, que no nos explicamos cuál pueda ser la motivación de haberse omitido entre las modalidades de gestión de las municipalizaciones, el sistema de concesión —de tan rancia solera en nuestro Municipio, que ha sido la fórmula usual de sus más importantes y numerosas realizaciones— para enfrentar a los organismos comunales con el dilema de la gestión directa, de tan escasa eficacia en nuestro ambiente, o de las fórmulas de derecho privado, que representan una innovación, ante la cual se muestran las Corporaciones locales desorientadas y poco propicias; ello a menos que bajo la rúbrica de Empresa privada se haya querido comprender, además de las sociedades mercantiles, las concesiones y los arrendamientos, lo que representaría una terminología bastante inadecuada.

Gascón y Marín (1) clasifica los medios de gestión de la Administración pública en privados y públicos, comprendiendo en la última denominación a la administración directa —en la cual incluye la municipalización— la concesión y el establecimiento público; cuyo criterio tampoco nos satisface, pues aparte de que, a nuestro juicio, jamás se desprende la Administración en el ejercicio de sus funciones de las ventajas y de

(1) GASCÓN Y MARÍN: *Ob. cit.*; págs. 235 y 236.

las prerrogativas del Poder, toda la clasificación, considerada en conjunto, peca de incompleta y confusa. Lo mismo ocurre con la de Ochoa Castro (2), el cual quiere distinguir entre la intervención «directa», cuando la Administración presta el servicio por sí misma; y la «indirecta», cuando lo deja en manos de particulares, ya concediéndolo a determinada persona bajo un régimen contractual especial (concesión), o ya librándolo a la acción de cualquier interesado en prestarlo (libre concurrencia). Alcides Greca (3) nos ofrece una sistematización más elaborada en la forma siguiente:

I.—Explotación privada. . .	}	Como mera actividad industrial.
		Bajo una reglamentación legal.
II.—Arriendo.		
III.—Concesión.	}	En libre concurrencia.
		Bajo un régimen de monopolio
IV. - Economía mixta.		
V.—Municipalización. . . .	}	En libre concurrencia.
		Bajo régimen de monopolio.

También esta clasificación es defectuosa, confusa e incompleta. Limitémonos a afirmar que no puede haber en la explotación privada ningún caso que carezca de reglamentación legal; que la existencia o no de monopolio no altera para nada la esencia de determinado procedimiento; y que la municipalización no es un modo especial de gestión, pudiendo existir municipalizaciones en régimen de concesión, de arriendo o de empresa mixta.

Delius (4) establece dos modalidades extremas: la concesión, en que el poder público ocupa la posición menos fuerte, y la *régie*, en la que el referido poder ejerce la máxima inter-

(2) OCHOA CASTRO (C.): *Municipalización de los servicios públicos*. «Boletín del Concejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires». 1942; tomo VII, páginas 102 y 103.

(3) GRECA: *Ob. cit.*; tomo III, pág. 203.

(4) DELIUS (WALTER): *Les entreprises communales de nature mixte*. Rapport Général a la Conférence de L'Union Internationale des Villes d'Anvers. (Juillet, 1930). «L'Administration Locale»; núm. 54, págs. 1011 y 1012.

vención; entre ellas, diversas formas intermedias: el arrendamiento, la *régie* interesada y la empresa mixta, según los grados de mayor o menor influencia del Municipio.

La mayor parte de los tratadistas se limitan a efectuar, sin método, una simple enumeración de procedimientos, más o menos amplia, sin coincidencia entre ellos y sin agotar la materia en ningún caso.

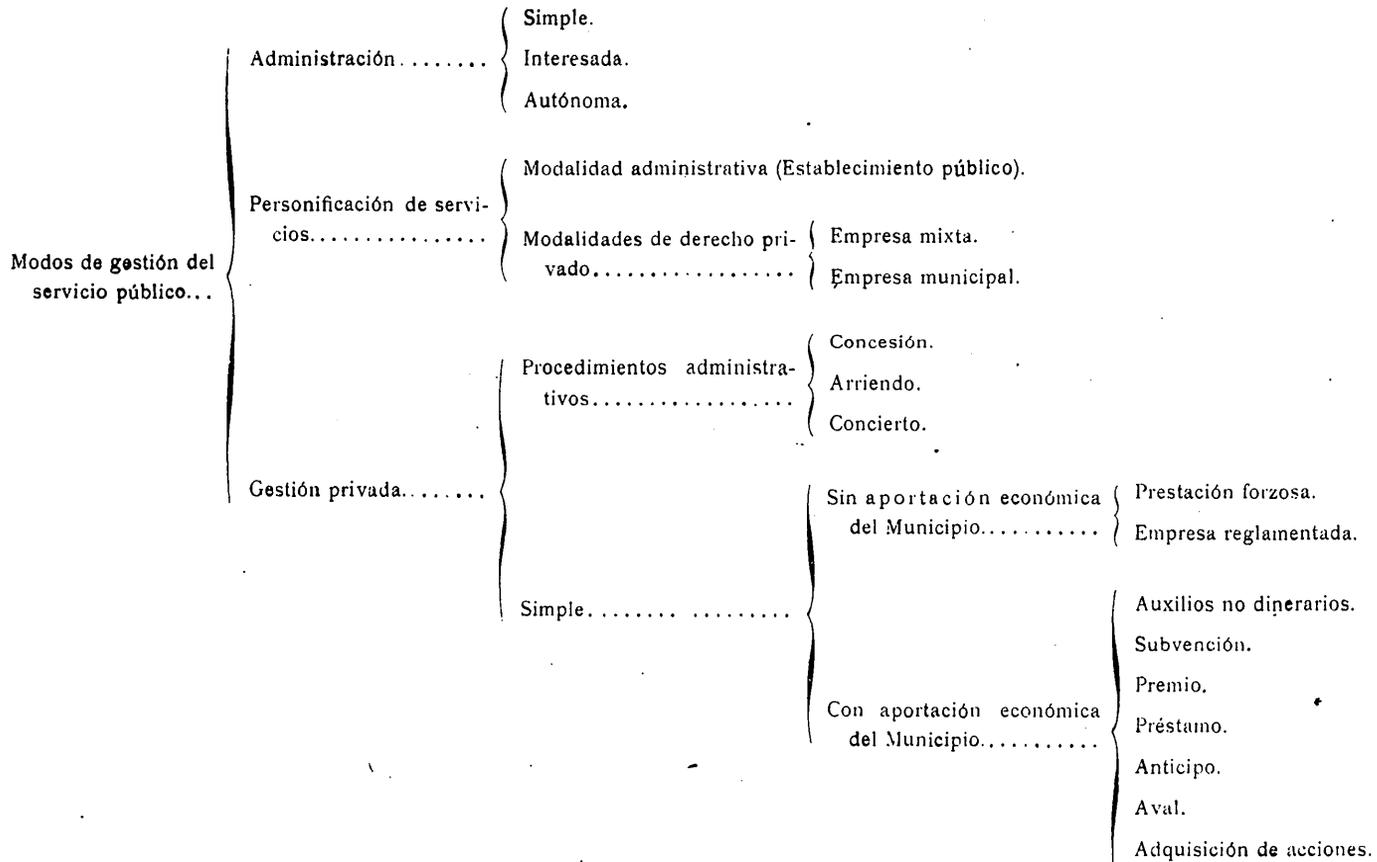
Nosotros intentaremos realizar una ordenación sistemática de los procedimientos municipales de gestión del servicio público, considerando éste con la extensión que le hemos fijado en la primera parte de este trabajo, y tomando como punto de partida un criterio estrictamente subjetivo, orientado en tres diversas directrices, según que la Administración tome a su cargo directamente el servicio, lo personifique constituyendo al efecto las adecuadas personas jurídicas, o utilice para prestarlo la actividad de los particulares. En el adjunto cuadro esquemizamos nuestro sistema.

I.—ADMINISTRACIÓN

La modalidad primaria de prestación del servicio público es la que se denomina «administración». La ley es imprecisa en cuanto a su caracterización y por ello vamos a intentar establecer, por nuestra cuenta, las bases esenciales de su contenido, que no son absolutas, pues habrán de considerarse las excepciones determinadas por el sistema de administración interesada, de que nos ocuparemos después.

1.^a.—Su nota fundamental es la eliminación del intermedio. Son los propios organismos administrativos los que, utilizando sus medios peculiares, llevan a cabo el servicio. Para ello emplean sus propios funcionarios, agentes u organismos especiales de carácter administrativo.

2.^a.—Consecuencia de ello es que, en principio, en este sistema de ejecución no existe contrato, puesto que no produce relación con tercero. Esto no es absolutamente exacto, pues



como decimos en otro trabajo nuestro (5), lo que en verdad ocurre es que «en lugar del contrato único la realización de la finalidad perseguida se determina a través de un número infinito de contratos parciales de proporciones reducidas, con proveedores y jornaleros, tácitos o expresos, llevados a cabo por concierto directo; es decir, que el contrato único característico en la contratación administrativa (6) se desvanece para ser sustituido por tantos otros como relaciones establezca la Administración con terceras personas».

3.ª.—Otra consecuencia de la falta de intermediario es que el riesgo del servicio es directamente a cargo de la Corporación, a diferencia de los demás procedimientos en que hay otra persona que lo asume.

4.ª.—La ejecución por administración es de naturaleza excepcional puesto que la ley exige, como norma general de seguridad, la presencia del intermediario mediante subasta o concurso, y sólo omite esa garantía en los casos especiales en que algún motivo no la permite actuar (7). Diremos también que la administración es el procedimiento normal de las realizaciones de escaso volumen, en que la excepción se convierte en regla fija (8).

Dentro de esta caracterización genérica, se ofrecen diversos matices que vamos a estudiar por separado:

A.—*Administración simple o directa.*

La administración simple o directa es el medio usual dentro del procedimiento a que nos estamos refiriendo. La determinan los arts. 102 (apartado F), y 125 de la Ley de 1935, y para las municipalizaciones el art. 135 (apartado a) de la misma, que la denomina «municipalización directa». La Base 17 de la Ley de 1945, al establecer las formas de prestación de los servicios municipales, ha omitido, incomprensiblemente, esta modalidad,

(5) ALBI (FERNANDO): *Los contratos municipales*. Valencia, 1944: pág. 116.

(6) Artículo 24 del Reglamento de Contratación municipal de 2 de julio de 1924.

(7) En los casos previstos en el art. 125 de la Ley Municipal vigente.

(8) Caso 4.º de dicho art. 125 de la Ley Municipal.

a la que se refiere después en la Base 18 al regular las municipalizaciones, denominándola «gestión directa sin órgano especial de administración», y de modo genérico en la 54, al establecer los casos de su utilización excepcional frente a las fórmulas normales de contratación. Las características de esta modalidad pueden fijarse así:

1.º. No existe organismo especial que tenga el servicio a su cargo, ejerciendo el Ayuntamiento, directa y exclusivamente, todos los poderes de decisión y regulación.

2.º. La dirección inmediata corresponde al Alcalde como jefe superior de la Administración municipal.

3.º. La realización material la efectúa la Administración utilizando los funcionarios de su plantilla u obreros retribuidos con fondos del Presupuesto.

4.º. Las reglas sobre responsabilidad administrativa fijadas por la ley están establecidas con vistas a los servicios prestados en el sistema de administración directa.

5.º. El régimen financiero del servicio se desenvolverá, inexcusablemente, dentro de los límites del Presupuesto ordinario municipal y de la contabilidad normal del mismo, de tal forma que según el art. 254 del Decreto de 25 de enero de 1946, son nulos los acuerdos municipales «que habiliten gastos que no tengan crédito suficiente para satisfacerlos» o «que creen nuevos servicios sin previa votación»; prohibiendo el art. 317 (apartado 3) del mismo Decreto, la existencia de Cajas especiales. Ello no significa, sin embargo, que los recursos dedicados a los servicios que se presten por administración tengan que proceder inexcusablemente de las exacciones y demás fuentes normales de ingreso del Municipio, puesto que el núm. 3 del art. 1.º del repetido Decreto autoriza la percepción de «subvenciones, auxilios y donativos... con destino a obras o servicios municipales», que se considerarán integrados en la hacienda del Municipio aunque con destino exclusivo a la finalidad para que fueron entregados, como lo preceptúa el artículo 5 del tantas veces citado Decreto.

B.—*Administración interesada.*

Hay otra modalidad, dentro del procedimiento de gestión a que nos estamos refiriendo, que se conoce con el nombre de «administración interesada», cuyas características estableceremos utilizando palabras de Macar. «La administración interesada —dice este tratadista belga (9)— constituye un procedimiento intermedio entre la administración directa y la concesión. En el mismo la gestión es compartida entre el poder público y un gestor que se encarga de la explotación. Este recibe una remuneración fija, o una participación en los beneficios, o bien se le paga por la combinación de los dos procedimientos. Este gestor se reserva a menudo el derecho de designar el personal; es un mandatario interesado en el buen funcionamiento de la empresa.»

Discrepamos absolutamente del criterio de Alvarez Gendín (10) que quiere ver en la modalidad de percepción de tasas por aprovechamientos de que habla el art. 378 del Estatuto Municipal de 1924 (11), actualmente reproducido en el número 1 del art. 14 del Decreto de Haciendas Locales de 1946, una típica administración interesada. Para la aplicación de ese precepto es indispensable que la gestión del servicio se halle a cargo de una empresa concesionaria, nunca del propio Municipio, y como afirma Maspétiol (12) la *régie* interesada «no constituye un establecimiento público, una persona moral independiente y distinta del Municipio», haciendo constar Macar (13) que la diferencia fundamental entre la administración interesada y la concesión se basa en que en la primera «la

(9) MACAR (ALFRED): *Les Institutions communales de la Belgique*. Liège-Bruxelles, 1932; pág. 362.

(10) ALVAREZ GENDÍN: *Ob. cit.*; pág. 62.

(11) «Art. 378. Los derechos y tasas por aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de la empresa explotadora de servicios que afecten a la generalidad del vecindario... podrán revestir la forma de participación del Ayuntamiento en los ingresos brutos o en el producto neto de la explotación dentro del término municipal».

(12) MASPÉTIOL (ROLAND): *L'Organisation Municipale*. París, 1934; pág. 40.

(13) MACAR: *Ob. cit.*; pág. 362.

Administración soporta los riesgos y puede reservarse más o menos derechos en la explotación». Ocurre constantemente en esta modalidad, como afirma Maurice Félix (14), que la Administración obtiene la totalidad de los productos, deduciendo únicamente la remuneración del gestor, que es retribuido con una asignación proporcional a los gastos o con una participación en los beneficios, es decir, una formulación exactamente puesta al caso previsto por los arts. 378 del Estatuto de 1924 y 14 del Decreto de 25 de enero de 1946.

La institución a que nos referimos sólo se encuentra plenamente reflejada en la legislación municipal española, en la modalidad de la gestión afianzada en la recaudación de recursos que regula el art. 280 del repetido Decreto de Haciendas Locales de 1946, que comprende todas las características que hemos atribuido al procedimiento que estamos estudiando. Destacaremos estas tres notas:

1.º El carácter de funcionario —aunque transitorio— del gestor (párrafo 4), que determina el que se incluya esta forma de gestión en el sistema general de «administración», con la eliminación teórica del intermediario.

2.º La participación del mismo en los beneficios (apartado e) del párrafo 2), que justifica el carácter de «interesada» que atribuimos a esta modalidad.

3.º La eliminación del riesgo para la Administración (apartado a) del párrafo 2), que es un motivo más para excluirla de la pura administración directa y colocarla en una categoría especial intermedia entre dicha administración directa y la concesión. Pero no se pierda de vista, sin embargo, que en la realidad jurídica, especialmente en el extranjero, es lo más frecuente que el riesgo se atribuya de modo pleno a la Administración y que el mismo precepto que comentamos admite también esa posibilidad.

(14) FÉLIX (MAURIC): *Les Entreprises ou Services municipaux et intermunicipaux de nature mixte en France*. Rapport a la Conférence de l'Union Internationale des Villes d'Anvers (Juillet, 1930). «L'Administration Locale»; núm. 53, pág. 940.

A nuestro juicio, no ha de existir inconveniente legal en que los Ayuntamientos utilicen este procedimiento, no sólo a los exclusivos efectos recaudatorios que prevé el precepto que comentamos, sino con carácter genérico en todos aquellos casos de gestión de sus servicios que estimen conveniente, puesto que según los arts. 3 y 144 de la Ley Municipal de 1935, 67 del Reglamento de Obras y Servicios municipales de 14 de julio de 1924 y 217 (i) del Decreto de Haciendas Locales de 1946, poseen los Ayuntamientos amplias facultades para organizar y reglamentar los servicios, siempre que no infrinjan ni contradigan preceptos legislativos o reglamentarios. Claro está que no podrán atribuirse a estos gestores ninguna de las facultades que los arts. 83, 105 y 106 reservan a la exclusiva competencia del Alcalde, Ayuntamiento Pleno y Comisión Permanente y, por ejemplo, no se les podrá confiar la designación de empleados, ni aun en el caso del art. 280 del repetido Decreto de Haciendas Locales, cuyo apartado d) del párrafo 2 sólo concede al gestor facultades para proponer el personal.

Aunque existan puntos de coincidencia, la administración interesada no es un mandato. Al considerar las instituciones administrativas, tan singularmente características, debe procurarse desechar la tendencia tan común de encuadrarlas en otras civiles de nombre o apariencias similares. Y dicho esto, afirmaremos que el procedimiento de gestión a que nos estamos refiriendo no puede ser un mandato, puesto que ya hemos visto que el gestor es un funcionario encuadrado en la propia Administración municipal. Problema distinto es el de si podría atenderse un servicio público mediante apoderado. A primera vista parece inevitable pronunciarse por la afirmativa, puesto que el número 3 del art. 82 de la Ley Municipal de 1935 autoriza al Alcalde, como Presidente de la Corporación, para «representar al Ayuntamiento... y conferir mandato para ejercer dicha representación», pero si bien se mira se observará que esa representación afecta exclusivamente a las funciones ajenas a los servicios públicos, puesto que las atribuciones que respecto a los mismos le están atribuidas al Alcalde, las recoge el art. 83 de la propia Ley, el cual no admite más delegación que la estricta-

mente administrativa a los Tenientes de Alcalde prevista en su último párrafo. Y es lógico que así ocurra, pues, a nuestro juicio, existe una incompatibilidad sustancial entre la institución del mandato civil, que llevaría el servicio público a los procedimientos de derecho privado, y la gestión directa, estricta y exclusivamente administrativa. Los modos de derecho privado como cauce de la actividad municipal, han de constituir una excepción reservada a aquellos casos en que la ley expresamente los admita.

No puede desconocerse que la administración interesada presenta marcado carácter contractual, puesto que existe reciprocidad de prestaciones y coincidencia de voluntades. La calificación de funcionario asignada al gestor no desvirtúa esta caracterización que en otro lugar (15) hemos hecho extensiva, con las salvedades necesarias, a los propios funcionarios profesionales y permanentes. En todo caso, ese contrato se encuadraría en la órbita del arrendamiento de servicios más bien que en la del mandato, si no ofreciera notas peculiarísimas que le conceden fisonomía propia. Requerirá, pues, una licitación para que pueda llegar a formalizarse, lo cual significa, en cierto modo, un contrasentido, pues doctrinalmente y aun dentro de los mismos preceptos legales lo contractual excluye, por esencia, el procedimiento de administración y representa el contrapunto de dicho sistema. Pero aquí estamos frente a una modalidad intermedia que desborda, en este sentido, las normas típicas.

C.—*Administración autónoma.*

La administración autónoma es un sistema de gestión establecido por el apartado e) del art. 134 de la Ley Municipal de 1935, exclusivamente para los servicios municipalizados. Su encuadramiento en el texto de la Ley no puede ser más desdichado. El art. 135 de la misma, que pretende reunir todos los procedimientos de municipalización, parece proscribir el órgano de gestión autónoma, al que no menciona. El propio apartado e)

(15) ALBI: *Ob. cit.*; págs. 34 y sigs.

del art. 134, que exige la «designación de una Comisión gestora del servicio municipalizado, con separación completa del régimen financiero de éste con respecto a la Administración general del Municipio», está incluido como un requisito más, meramente adjetivo, en el trámite de la municipalización, y sin embargo, de su simple lectura se desprende su carácter de procedimiento definitivo, ya que cuando llega el mismo a ser posible, la tramitación está ultimada y el acuerdo final ha recaído ya.

¿Cuál es el contenido de este modo de ejercer la actividad administrativa? La falta de reglamentación de que ha adolecido la Ley de 1935 obliga a proceder por tanteo, teniendo en cuenta los antecedentes para interpretar el apartado e) del artículo 134 de la misma. De su contenido se desprenden las siguientes características básicas:

1.º *Autonomía funcional*.—Dispone el precepto citado el establecimiento de una Comisión gestora del servicio municipalizado; es decir, que no es el mismo Ayuntamiento el que actúa, sino un organismo especial. La ley no fija la composición del mismo, ni sus atribuciones y, por lo tanto, ello incide en la materia discrecional. A nuestro juicio, no podemos encontrarnos ante una personalidad jurídica, que convertiría la institución autónoma en un verdadero establecimiento público, y por ello habrá que considerar a la Comisión gestora como un organismo con funciones delegadas del Ayuntamiento. El art. 174 del Estatuto Municipal, que constituye el inmediato precedente del precepto que comentamos, al hablar del Consejo de Administración y del Gerente que establece, parece concederles funciones que implican la personalidad jurídica, lo cual no obsta para que en el apartado tercero del art. 175 se admita que el Ayuntamiento pueda tomar las medidas necesarias para corregir las deficiencias funcionales de aquellos organismos, precisando así sus verdaderas funciones delegadas. En la modalidad que estudiamos caben, pues, una variedad de matices que la caracterizan como fórmula intermedia entre la administración propiamente dicha y los sistemas de empresa y de establecimiento público.

2.º *Autonomía financiera*.—La establece el apartado e) del citado art. 134 de la Ley de 1935, cuando exige al servicio muni-

cipalizado, como ya hemos dicho, una «separación completa del régimen financiero de éste con respecto a la Administración general del Municipio». ¿Qué alcance debe atribuírsele a esta expresión? ¿Ha de entenderse esa «separación completa», a que se refiere el precepto que comentamos, como una verdadera «patrimonialización» que desvirtuaría el carácter de la institución para llevarla a modalidades similares a los establecimientos públicos?

Estimamos que el exacto contenido del precepto a que nos referimos ha de dárnoslo el ya citado art. 175 del Estatuto de 1924, que perfila acertadamente los límites de la autonomía financiera en las municipalizaciones. Habla el mismo también de la «absoluta independencia» económica del servicio municipalizado de los demás a cargo del Municipio, pero añade seguidamente que dicho servicio se encuadra dentro del marco del Presupuesto ordinario, con lo cual queda perfectamente delimitada la autonomía financiera, porque no puede hablarse de independencia cuando hay que desenvolverse en los límites del Presupuesto municipal, que es la más característica e ineludible expresión de las actividades directamente «administradas». Tendremos una contabilidad desligada de la general, unos recursos propios, reservas exclusivas, Caja independiente, pero el saldo final, cualquiera que sea su signo, será una partida del Presupuesto ordinario, es decir, que el riesgo lo soportará directamente la entidad municipal, con repercusión inmediata en su propio Presupuesto, en el cual figurará una sola partida por los beneficios previstos o por el déficit probable. La patrimonialización no existe, pues, y las diferencias del establecimiento público quedan bien marcadas.

II.—PERSONIFICACIÓN DE SERVICIOS

Hay ocasiones en que el Municipio no quiere asumir directamente un servicio ni confiarlo a un particular, estimando preferible crear una personalidad jurídica destinada a regir el servicio, absolutamente desligado de la propia Corporación muni-

cial y de cualquier otra misión que no sea el mismo servicio. Para ello puede el Municipio utilizar procedimientos jurídicos encuadrados en el ámbito del derecho administrativo u otros comprendidos en la esfera del derecho privado, lo cual nos permitirá una primera diferenciación de la materia que vamos a estudiar.

A) *Modalidad administrativa* (Establecimientos públicos).

Para atender determinada finalidad de su competencia el Municipio crea en ocasiones un «Establecimiento público», constituyendo una personalidad jurídica de carácter administrativo, a la que confía la ejecución de un servicio descentralizado, es decir, desprendiéndolo de su competencia, concediéndole una existencia propia e independiente de la del Municipio que lo constituye.

Capart (16) afirma que «los establecimientos públicos son personas morales, individualidades administrativas, seres ficticios de capacidad jurídica restringida, cuya existencia ha sido creada por el legislador con un fin de utilidad pública. Estos establecimientos están destinados a cumplir ciertos servicios públicos determinados, siendo aptos para poseer un patrimonio administrativo por ellos mismos y capaces para recibir donativos y legados en provecho de los servicios para que han sido instituidos». Hauriou (17) sostiene un criterio análogo; considera al establecimiento público como «un servicio público especial personificado», es decir, dotado de personalidad moral, lo cual constituye su peculiar caracterización. Dalloz (18), por su parte, con igual orientación, pero con criterio más descriptivo, afirma que estos establecimientos «aunque situados en un estado de dependencia relativa frente a las Administraciones municipales, constituyen personas morales distintas de los Municipios,

(16) CAPART (MAURICE): *Droit administratif élémentaire*. Bruxelles, 1930; página 432.

(17) HAURIOU: *Ob. cit.*; págs. 281 y 283.

(18) DALLOZ: *Traité pratique de Droit Municipal*. Publié sous la direction de G. Griolet et Ch. Vierge, avec le concours de H. Weber. Paris; tomo II, pág. 928.

con poder de adquirir, de poseer, de enajenar, en una palabra, de realizar por intermedio de sus representantes legales y con aprobación legal, todos los actos de la vida civil». Jèze (19), en cambio, concede menos importancia al aspecto subjetivo, reconoce sólo al establecimiento público «ciertos poderes jurídicos» y le considera «como un procedimiento jurídico que consiste en la afección de ciertos recursos al conjunto de los gastos de un servicio público, con carácter general y permanente y separado de todo patrimonio general».

Sin detenernos a criticar estas generalizaciones, en todas las cuales hay elementos utilizables, nos limitaremos a resumir la excelente síntesis de Bonne (20), que determina así los elementos de dichas entidades:

1.º La utilidad pública.

2.º La personificación jurídica, es decir, una existencia propia e independiente.

3.º La dotación o afección de un patrimonio, adscrito especialmente a un servicio público determinado.

4.º Un organismo administrativo particular.

5.º Un conjunto de reglas a las cuales este organismo debe sujetarse.

Nuestra jurisprudencia nos ha dado una definición auténtica del establecimiento público. Según la Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1936, son estos organismos «entes estatificados, nutridos de esencia oficial, constituyendo soportes de la Administración que permiten dar mayor agilidad y desenvoltura a las funciones públicas racionalizadas, dispuestas en un sistema de descentralización por servicios, cuyas características elementales pueden ser la agrupación de funcionarios en calidad de gestores bajo la intervención del Gobierno y la dotación de un patrimonio autónomo, más o menos ligado al erario por virtud de conexiones presupuestarias, tasas, gastos obligatorios, observaciones u otras fuentes de ingresos autorizadamente obtenidos; y si a esta es-

(19) JÈZE: *Ob. cit.*; pág. 297.

(20) BONNE: *Etude sur le droit de fondation.*

estructura se agrega la concesión de personalidad jurídica, con capacidad restringida a los efectos de la función que se les asignase para la pública utilidad, a través del servicio creado, no cabe duda que tales cuerpos o establecimientos son organismos administrativos que comprometen y responsabilizan a la Administración del Estado por el ejercicio de sus genuinas actividades oficiales».

Afirma Jèze (21) que «en Francia es únicamente el Parlamento quien tiene atribuciones para crear un patrimonio especialmente afecto a un servicio público», y más concretamente declara Michoud (22) que «si un establecimiento público no puede invocar en favor de su personalidad ninguna ley general o especial será preciso, según los casos, considerarle como un simple establecimiento privado... o como una dependencia directa de la Administración general, departamental o municipal». En España tenemos la Ley de 5 de noviembre de 1940 que exige una Ley, Decreto o acuerdo del Consejo de Ministros para la creación de autonomías administrativas —que así los denomina—, pero ello se refiere concretamente a la Administración general del Estado, y no deroga la Ley Municipal vigente.

Estimamos que a nuestro Municipio le está permitido la personificación de servicios, pues así lo dispone el núm. 10 del artículo 105 de la Ley de 1935, haciendo constar expresamente que corresponde a la competencia del Ayuntamiento pleno «la creación, organización y supresión de instituciones o establecimientos municipales», coincidiendo con ello la Base 13 (párrafo I, apartado b) de la Ley de 17 de julio de 1945. Por otra parte, el art. 133 de la repetida Ley de 1935 admite la municipalización sin monopolio de instituciones de prendas, ahorros y Bancos populares y de previsión.

Hagamos constar que, si no existe dificultad legal en nuestro Municipio para la personificación de servicios, es indudable que la patrimonialización se ofrece más dudosa. Según el nú-

(21) JÈZE: *Ob. cit.*; pág. 298.

(22) MICHOD: *Théorie de la personnalité morale*. Tomo I; pág. 337.

mero 1 del art. 3.º del Decreto de Haciendas Locales de 1946 (23), se consideran ingresos municipales y por lo tanto elemento esencial del Presupuesto del Municipio, los productos de toda índole del Patrimonio de los Establecimientos que dependan del Ayuntamiento, lo cual impide, como es lógico, la afección de un patrimonio a un servicio determinado, puesto que ese patrimonio habría de desenvolverse necesariamente sin independencia, dentro de los moldes del Presupuesto ordinario, y ello a pesar de la salvedad consignada en el mismo precepto que se refiere, estrictamente, no a los establecimientos creados por el Municipio, sino a aquellos otros de origen extramunicipal cuyo patronato es ejercido por el propio Municipio. Así, pues, de conformidad con el precepto citado, los Patrimonios de un Municipio y de sus Establecimientos filiales han de confundirse, sin posible diferenciación, bajo el mismo concepto de ingresos de un solo Presupuesto general (24).

Parece, pues, que en los Establecimientos que instituya el Municipio podrá haber autonomía orgánica y funcional, pero nunca patrimonial ni financiera. Por lo tanto, la personalidad jurídica de dichos Establecimientos no ofrecerá la plenitud de contenido determinada por el art. 38 del Código Civil, y los mismos actuarán dentro de las restricciones que significa el no poder disponer de un patrimonio propio, limitándose a administrar las asignaciones que perciban de la Caja municipal, es decir, que sus peculiares características consistirán fundamentalmente en poseer una peculiar organización diferenciada de la del Municipio, con personalidad jurídica restringida

(23) Dice así el precepto citado: «Art. 3.º 1. Constituyen ingresos municipales los productos de toda índole del Patrimonio municipal y de los establecimientos que dependan del Ayuntamiento, salvo, en cuanto a estos últimos, los derechos de Patronato y otros análogos.»

(24) El Reglamento de Hacienda Municipal de 23 de agosto de 1924 era aún más concreto en impedir la afección de un patrimonio a un servicio determinado, puesto que según su art. 19 formaban la Hacienda de los Municipios: «1.º Rentas, productos e intereses de los bienes muebles, inmuebles, derechos reales, inscripciones y cualesquiera otros títulos de Deuda, créditos y demás derechos integrantes del Patrimonio municipal o de los Establecimientos que dependan del Ayuntamiento...»

y un particular régimen jurídico, tal como lo determinen los Estatutos u Ordenanzas establecidos por el Ayuntamiento al crear la Institución. Estaremos, pues, muy cerca de las modalidades de administración autónoma que hemos estudiado anteriormente, de la que se diferenciarán tan sólo por la personalidad jurídica.

No obstante, esto no es absoluto, y se pueden encontrar ciertos casos en que se dé la plena personalidad jurídica, con la consiguiente patrimonialización:

1.º En primer lugar, cuando se trate de cumplir la voluntad de un fundador extramunicipal, lo cual prevé, como hemos dicho, el núm. 1 del art. 3 del Decreto de 25 de enero de 1946 y el núm. 1 del art. 5 de la misma disposición.

2.º Además, en todos aquellos casos en que una disposición especial conceda a determinada institución esa plenitud de atribuciones. El más típico es el servicio de Pósitos, de carácter estrictamente municipal, según el párrafo g) apartado F) del art. 102 de la Ley de 1935, a cuyos Pósitos su Reglamento orgánico de 25 de agosto de 1928 les denomina Establecimientos (arts. 2, 6, 8, etc.) o Institutos (art. 75); considerándoles, desde luego, servicios patrimonializados con capital propio (artículo 14), legislación especial y plena personalidad jurídica (artículos 14, 15, 54 y 76). Lo mismo ocurre con las Cajas de Ahorro, incluidas en la competencia municipal por el párrafo g) del apartado F), art. 102 de la Ley de 1935, que deben regirse por el Estatuto de 14 de marzo de 1933, constituyendo, según diversos artículos del mismo, y principalmente el 3.º, característicos Establecimientos patrimonializados.

B) *Modalidades de derecho privado.*

La aplicación de los procedimientos de derecho privado a la gestión de servicios públicos consiste, en esencia, en utilizar las normas de la Sociedad mercantil para la organización y funcionamiento de los referidos servicios.

Ello ha sido determinado, fundamentalmente, por el enorme desenvolvimiento adquirido en el siglo actual por determi-

nados servicios de un contenido estrictamente técnico, que no podían ser atendidos debidamente por Corporaciones de estructura política y con modos de acción administrativos de tipo retardatario. Con la adopción de formas mercantiles se tiende a sustituir los procedimientos rígidos de la Administración por soluciones de mayor elasticidad, a eliminar la influencia perniciosa de la política y a proscribir el espíritu burocrático, dentro del cual no puede lograrse la eficacia y la agilidad indispensable en servicios acusadamente técnicos. Se había observado que el viejo sistema de concesión era insuficiente ante las necesidades del momento actual, puesto que no permitía controlar debidamente la marcha interna del servicio, ni aseguraba a la colectividad la debida participación en los beneficios del mismo. Y no se pierda de vista, que aunque se ha dicho reiteradamente que el género de empresas a que nos referimos era una etapa hacia el socialismo, significan en realidad precisamente lo contrario, puesto que han sido determinadas por la necesidad de aplicar los modos de actuación de la economía privada, ante el fracaso de ciertas fórmulas de intervención directa del poder público.

Estas instituciones aparecen en nuestro Municipio en la Ley de 1935, cuyo art. 135 prevé la empresa municipal que adopte la forma de Sociedad privada, como uno de los procedimientos de municipalización. La Ley de 1945, en sus Bases 17 y 18, mantiene esa modalidad, con un alcance que después precisaremos.

Antes de entrar en el examen de las distintas formas que ofrece el sistema que comentamos, examinaremos ciertos aspectos generales, que son comunes a todas sus variedades. En primer lugar consideraremos, dentro del marco del derecho positivo español, la legislación que habrá de aplicarse a las Sociedades a que nos referimos. Para ello, teniendo en cuenta que las mismas han de actuar, exclusivamente, en el caso de municipalizaciones, y que en ellas se persigue una finalidad de lucro derivado de la explotación de empresas industriales, es evidente que nos encontraremos ante verdaderos actos mercantiles de los previstos en el art. 2.º del Código de Comercio, sin que exista incompatibilidad alguna por el carácter administrativo

de las Corporaciones municipales, puesto que para la realización de dichos actos no se precisa, según el propio artículo, el que sea comerciante quien los ejecute, basándose su caracterización en un enfoque completamente objetivo del problema, según establece la jurisprudencia, especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1918, y el Auto de 29 de noviembre de 1897, al afirmar que la determinación de si un acto es o no mercantil es cuestión de hecho y de la apreciación del Tribunal sentenciador. Es evidente, pues, que una Corporación municipal puede realizar actos de comercio, y este criterio está ya respaldado por una copiosa doctrina (25).

Partiendo de esa base, y según el citado art. 2 del Código de Comercio, será el propio Código el que regirá en todo lo referente a la organización y funcionamiento de las Sociedades que estamos mencionando, sin perjuicio, claro está, de los preceptos especiales que se dicten, casi inexistentes a la sazón. Así pues, ello nos llevará de lleno al art. 117 del repetido Código que afirmando que el contrato de Compañía mercantil «será válido y obligatorio..., cualesquiera que sean las formas, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan», consagra la atipicidad formal característica de nuestras Compañías de Comercio, determinando la libertad completa del Municipio para elegir, para las Sociedades que establezca, no sólo cualquiera de las modalidades comprendidas en el artículo 122 del mismo Código de Comercio, sino también cualesquiera combinación que estimase conveniente.

Sin embargo, en la práctica, no todas las Sociedades mercantiles podrán alcanzar existencia legal cuando hayan de intervenir en ellas los Municipios, por incompatibilidad con la esencia misma de dichas entidades. Habrá que prescindir, necesaria-

(25) ROCCO (A.): *Principios de Derecho mercantil*. Versión española. Madrid, 1931; pág. 225.—BOLAFFIO (LEÓN): *Derecho mercantil*. Versión española. Madrid, 1935; págs. 53 y 59.—COSACK (KONRAD): *Tratado de Derecho mercantil*. Versión española. Madrid, 1935; tomo I, pág. 224.—BENITO (LORENZO DE): *Manual de Derecho mercantil*. Tomo I, pág. 549.—MARÍN LÁZARO: *Comentarios al Código de Comercio español*. Madrid, 1932; pág. 202.—BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*. Madrid, 1936; pág. 486.

mente, de las Compañías colectivas. Según Gay de Montellá (26), los elementos que las caracterizan son los siguientes:

- a) La existencia de una razón social.
- b) La responsabilidad de los socios en forma personal e indefinida.
- c) La solidaridad entre los asociados para el pago de las deudas sociales.

Ahora bien, por lo menos la segunda circunstancia no puede ligar, en modo alguno, con la naturaleza jurídica de las entidades municipales. La responsabilidad de los socios colectivos con todos sus bienes, establecida por el art. 127 del Código de Comercio, entraña consecuencias que implican, en primer lugar, una posible acción ejecutiva de los acreedores sobre la totalidad del activo de los mencionados socios y ello, al tratarse de una entidad municipal, habría de tropezar con las restricciones del art. 15 de la Ley de Contabilidad de 1911, que prohíbe a los Tribunales despachar ejecución ni dictar embargo contra la Administración, y que sitúa de modo ineludible el pago por las mismas de sus deudas dentro de los límites presupuestarios, previo cumplimiento de los preceptos legales aplicables a sus haciendas, y ello elimina todo carácter de universalidad a la acción de los acreedores, que habría de desenvolverse respetando preferencias y obligaciones de carácter general que se imponen por encima del interés particular de los titulares de los créditos. Por otra parte, la responsabilidad mercantil puede derivar a situaciones de concurso y quiebra, que no podrían desenvolverse dentro de las normas establecidas por el Código de Comercio y por la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la intervención en la hacienda municipal tiene la formulación específica del régimen de tutela que regula el Título V de la Ley de 1935, en el que no cabe tampoco la absorción de todo el activo de la entidad responsable.

Puede, pues, afirmarse de modo general, que a las Corporaciones municipales no les está permitido integrarse en Com-

(26) GAY DE MONTELLÁ (R.): *Tratado práctico de Sociedades mercantiles*. Barcelona, 1942; págs. 204 y 205.

pañías mercantiles colectivas. De las modalidades de responsabilidad limitada, viables en principio, nos ocuparemos al estudiar los diversos casos concretos.

Refiriéndonos al régimen jurídico de las Sociedades que estamos estudiando, habremos de pronunciarnos por considerarlas plenamente sometidas a la jurisdicción ordinaria, pues si bien es cierto que el art. 5 de la Ley de 22 de junio de 1894 atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos» de los contratos celebrados por la Administración municipal, no lo es menos que el art. 4 de la propia Ley elimina de la competencia de dichos Tribunales las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y ya hemos visto que en los casos a que nos referimos se trata de actos de comercio expresamente sometidos a su Código particular, haciendo constar el art. 121 del mismo que las compañías mercantiles se registrarán por las disposiciones del propio Código.

Vamos a estudiar, separadamente, las diversas formas de los procedimientos de gestión municipal de derecho privado.

a) EMPRESA MIXTA.

Dice el apartado e) del art. 135 de la Ley de 31 de octubre de 1935 que entre los procedimientos de municipalización de servicios de la competencia municipal está la «empresa mixta en la que los organismos públicos y privados participen en común en el capital y ejerzan la administración». Esta disposición de la Ley es reproducción literal de la definición establecida por Walter Delius en su *Rapport* general al Congreso de la *Union Internationale des Villes*, celebrado en Amberes en julio de 1930 (27). En la misma reunión internacional, y con carácter más descriptivo, afirmaba Maurice Félix (28) en el *Rapport* de la *Union des Villes* de Francia, que en esta fórmula «la colectividad que concede se asocia con la Compañía concesionaria, efectuando una aportación en material o en dinero, en equivalencia de la cual

(27) DELIUS: *Ob. cit.*; pág. 1014.

(28) FÉLIX: *Ob. cit.*; págs. 941 y 942.

recibe acciones que le atribuyen voz deliberativa en las asambleas generales e incluso le conceden el derecho de administrar la Sociedad, uno o varios lugares en el Consejo de Administración que pueden, por otra parte, quedarle reservados y al margen de toda elección por razón de su carácter de poder público y en razón de los intereses generales que representa».

Basándose en esos principios doctrinales, ha elaborado Girón Tena (29) una definición análoga, fijando como sigue las características esenciales de las Empresas mixtas: 1.º Utilización de figuras de Sociedades privadas; 2.º Capital aportado por particulares y por colectividades públicas, y 3.º Gestión conjunta.

En esta modalidad, persigue la Administración el logro de las finalidades que hemos indicado anteriormente con carácter general, y específicamente se obtiene una aportación económica que haga posible lo que quizá la Administración no pudiese lograr solamente con sus medios.

Hagamos constar que la legislación española, de una parquedad extremada en la regulación de la institución que comentamos, no determina límites a las respectivas aportaciones del Municipio y de los particulares. Hay legislaciones que establecen un tope máximo a la participación de la entidad municipal: en Checoslovaquia (Ley de 22 de junio de 1919), el 30 por 100; en Francia (Ley de 28 de diciembre de 1926), el 40 por 100; en Austria el 50 por 100. Se trata, en estos casos, de evitar que absorbiendo más de la mitad del capital social consigan los Municipios apoderarse de la dirección absoluta de una empresa privada, convirtiéndola en *régie*, burlando los trámites y garantías impuestos por las leyes y reglamentos. Como en España está permitida la empresa municipal pura, no hubiesen tenido razón de ser estas limitaciones.

Dicho esto, nos referiremos ahora a las dos únicas normas restrictivas que establece la legislación vigente a la plena li-

(29) GIRÓN TENA (JOSÉ): *Las Sociedades de Economía Mixta*. Madrid, 1942; pág. 29.

bertad, de que disfrutaran las Corporaciones municipales, en el planteamiento de sus Empresas mixtas:

1.^a Solo son procedentes las mismas en los casos en que existan municipalizaciones, pues así lo determina el art. 135 de la Ley municipal vigente. Ello es lógico, por otra parte, porque no habiendo posibilidad de beneficio comercial, cuando se dictó la referida Ley, más que en los servicios municipalizados, y siendo el lucro condición ineludible de toda Sociedad, hubiese resultado absurdo querer organizar una Compañía comercial en casos en que el lucro se encontraba prohibido. En la actualidad, las circunstancias han cambiado totalmente. La Ley de 1945, en su Base 17, al referirse a las formas de prestación de los servicios no municipalizados, menciona también la empresa mixta, lo cual quizá deba relacionarse con la nueva caracterización de las tasas, determinada por el art. 9 del Decreto de 25 de enero de 1946, que desborda el marco rígido del art. 370 del Estatuto Municipal de 1924, y todos los precedentes doctrinales, para admitir en esas exacciones la posibilidad de beneficios que excedan del coste del servicio, lo cual perturba en modo extraordinario la exacta caracterización de las municipalizaciones.

2.^a La prohibición del último párrafo del art. 135 de la Ley de 1935, de que los Municipios aporten a las empresas mixtas ningún género de capital que no sea la estricta concesión, lo cual equivale a hacer recaer todo el riesgo sobre los particulares. Claro está, que siempre cabe la adquisición de acciones en empresas ya constituidas, con finalidades patrimoniales, lo cual puede determinar, no sólo una participación en dividendos, sino un eventual acceso a la dirección efectiva de la empresa, burlando de ese modo el precepto restrictivo que estamos comentando y creando una zona de confusionismo en la que es muy difícil cualquier intento de diferenciación, de tal forma que habremos de convenir con Delius (30), en que el solo hecho de la participación de un Municipio en una Sociedad mercantil «no da nacimiento a una empresa de economía mixta si el Mu-

(30) DELIUS: *Ob. cit.*; págs. 1013 y 1014.

nicipio no tiene la intención formal de fundar una». Esta dificultad ha de desvanecerse cuando se implante el nuevo régimen previsto por la Ley de 17 de julio de 1945, cuya Base 17 determina que en las empresas mixtas «podrán aportar los Municipios... bienes, instalaciones y capital». Al hablar de los modos de gestión privada, intentaremos resolver el problema que plantea la situación a que nos referimos.

b) EMPRESA MUNICIPAL.

El art. 135 de la Ley municipal vigente, en su apartado b), admite entre las fórmulas de municipalización, la «empresa municipal que adopte la forma de sociedad privada», la cual habrá de entenderse con exclusiva participación del capital municipal, sin posibilidad de aportaciones de otras procedencias, que nos llevarían otra vez al ámbito de la empresa mixta. La Base 18 de la Ley de 1945 coincide en ello, y tanto uno como otro de los textos legales, admiten esta modalidad solamente para las municipalizaciones:

Estas Sociedades excluyen la forma colectiva, por las razones que hemos expuesto con anterioridad, y la comanditaria por falta de otro elemento a quien pueda adjudicarse la responsabilidad no restringida, ya que, repetimos, sólo puede darse en ellas el capital del Municipio. Restan, pues, únicamente, dos modalidades utilizables: la Compañía de responsabilidad limitada de un solo socio y la Sociedad Anónima en que el Municipio se reserve la posesión de todas las acciones. Esto representa a simple vista enorme anomalía jurídica de que se constituya una Sociedad sin la pluralidad de componentes que requiere el art. 116 del Código de Comercio, al exigir en el contrato de Compañía la existencia de «dos o más personas», habiendo declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1891 que no puede admitirse Sociedad o Compañía compuesta de un solo individuo. Y, sin embargo, cuando el Municipio utilice ese modo de gestión, nos encontraremos ante una Sociedad de derecho, que de hecho carecerá de existencia real.

En resumen, lo que se busca con ese procedimiento es evadir-

se de la ley administrativa, mediante unas exterioridades que coloquen a la empresa bajo las normas del derecho privado, y en los modos de actuar de las economías de tipo individual. Presenta el mismo todas las facilidades de la economía mixta, suprimiendo el principal de sus inconvenientes, es decir, los entorpecimientos derivados de la oposición de dos intereses encontrados y en ocasiones inconciliables. Ofrece también todas las ventajas de la administración directa, sin el fundamental defecto de una gestión retardataria de tipo burocrático.

(Continuará.)

FERNANDO ALBI
Secretario de la Diputación
provincial de Alicante.