

## Una innovación de la Ley de Régimen Local:

# La provincialización de servicios

Provincializar, dice Jordana de Pozas, es entregar a la gestión directa de la Diputación una actividad para satisfacer necesidades de carácter público que no existían o eran desarrolladas por particulares (1). Salta a la vista en esta definición lo que a lo largo de todo el trabajo va a constituir el «alma mater» de la cuestión: la gestión directa y la necesidad pública.

Con mucho acierto no aporta nuestra Ley una definición. Pero no creemos que sea esencial para la noción legal, la de Servicio público. Como ya dijimos antes, esta noción de Servicio público es un presupuesto imprescindible para el análisis de la idea de Servicio provincializado, pero no coincide con ella. Cuando la municipalización no era cuestión pacífica, es natural que sus defensores abrieran brecha por el lado del Servicio público, considerando que tales servicios debían ser gestionados por las Entidades de Derecho público. Pero precisamente hoy, vamos a ver que la doctrina evoluciona en el otro sentido.

Conformes ya todos en la conveniencia de la explotación directa de los Servicios públicos, por los Ayuntamientos y Diputa-

---

(1) Esta y las demás citas no son de textos que estudian en realidad la municipalización. Municipalización y provincialización son instituciones paralelas, pero no idénticas. En los casos más frecuentes (nos referimos al suministro de electricidad y al de aguas, véanse artículos 243 b, 255 y 256), las «condiciones juris» de ambas instituciones serán totalmente diversas. Tan diversas, que para provincializar en esos casos habrá de esperarse a la inactividad o al fracaso de los particulares y de los Municipios. Hecha esta aclaración, creemos lícito aplicar a la provincialización lo que la doctrina ha dicho de la municipalización.

ciones se amplía hoy dicha explotación a nuevas modalidades que nuestra Ley prevé en algunos casos por primera vez en España, y que en modo alguno pueden considerarse Servicios públicos, sino servicios de necesidad general (2).

Para encontrar la razón de ser de la noción legal de Servicio provincializado convendrá, pues, diferenciarla de la de Servicio público (3) (que, naturalmente, tampoco contiene la Ley), de la de Servicio provincial, de la de Servicio mínimo local y de la de Establecimiento público :

A) Para Hauriou, es Servicio público la agrupación de funcionarios poniendo en práctica el poder y competencia de la Administración para dar al público un servicio regular y continuo que contribuya a la policía de la ciudad. De su misma definición infiere Hauriou las siguientes clases de servicios que la Administración puede prestar :

a) Servicio en los que falta el poder y competencia de la Administración de un modo absoluto. Son servicios privados.

b) Servicios en los que falta en parte el poder y competencia de la Administración. Son Servicios públicos con gestión privada.

c) Servicios en los que se hace uso de dicho poder y competencia. Son Servicios públicos.

A medida que vayamos adentrándonos en el análisis de la noción legal, veremos que nuestra Ley admite la provincialización de servicios en por lo menos dos de las tres modalidades que Hauriou expone. Pero ya hemos visto que sólo a la última llama éste Servicio público. Son, pues, para nuestra Ley, según el criterio de Hauriou, que aceptamos, conceptos heterogéneos entre sí los de Servicio provincializado y Servicio público, si bien no son incompatibles como para Hauriou parecen serlo (y con él parte importantísima de la doctrina) ya que da como nota de Servicio público

---

(2) GRECA (*Derecho y ciencia de la Administración Municipal*, Buenos Aires, 1943), da una definición de servicio provincializado a base de distinguir Servicio público y actividad industrial. Considera que ambos son provincializables.

(3) BIELSA, en su *Tratado de Derecho Municipal*, Buenos Aires, 1941, lo considera la noción más imprecisa de todo el Derecho administrativo.

la gratuidad del mismo, cosa en ningún modo exigible al Servicio provincializado (4).

Para Gaston Jèze, el Servicio público es un régimen jurídico especial modificable por Ley o Reglamento para dar satisfacción regular y continua a ciertas necesidades de interés general.

Tal definición se aproxima notablemente a la idea que nuestra Ley tiene del Servicio provincializado, sobre todo si se tiene en cuenta que para Jèze un servicio será público si es esa la intención del legislador. Pero al reconocer más adelante que no es el Servicio público el único modo de satisfacer necesidades de interés general, abre de nuevo el camino para divorciar ambas clases de servicio.

La Base XI del proyecto de Ley de Bases de Régimen Local, de 15 de octubre de 1912, al tratar de la municipalización, dice: «Podrán los Ayuntamientos explotar directamente Servicios públicos», y añade: «Son municipalizables todos los servicios generales y de primera necesidad.» Esta parece ser la opinión de Gascón, para que todos los Servicios públicos puedan ser provincializados. Gendín, por su parte, duda en llamar Servicios públicos a los que él denomina servicios de necesidad (agua, luz, farmacia, taxímetros, etc.).

Ya hemos dicho que la tendencia moderna era ampliar el ámbito de la municipalización y provincialización a actividades mercantiles; industriales, etc., a las que (sobre todo si falta el monopolio), no es fácil calificar de Servicios públicos (5). Este es decididamente el criterio de nuestra Ley local para la que la provincialización es concepto que tanto puede aplicarse a Servicios públicos como a otros de naturaleza estrictamente mercantil. Hay, sin embargo, en ella, algunos atisbos de aceptar la opinión de Berthélemy y del Tribunal del Sena, en su Sentencia de 29 de enero de 1895, en el sentido de considerar que todo Servicio mu-

---

(4) Hauriou se pregunta: ¿en qué medida puede la Administración crear servicios económicos? Y responde: sólo excepcionalmente podrá hacerlo: a) cuando sólo sea posible el servicio con monopolio; b) cuando haya un interés de policía; c) en casos muy calificados.

(5) En contra, Membiola.

nicipalizado es, por este mero hecho, Servicio público. Nos referimos en estos momentos a aquellos artículos de la Ley en los que habla de que todo acuerdo de provincialización lleva anexa la declaración de utilidad pública. En otro lugar (6), hemos estudiado más ampliamente este problema.

De todos modos, el criterio de la Ley es, en principio, el mismo que exponía Jordana, para quien, siendo básica en el estudio de la provincialización la teoría del Servicio público, sólo aplicaba dicho tecnicismo a aquellas actividades que la Diputación podía compartir con otras Entidades. Es decir, a la vista del texto legal, a nadie se le ocurriría hablar de la provincialización del servicio de administración del patrimonio provincial. Sólo debería hablarse de provincializar aquellas actividades que, siendo de la competencia provincial, sean susceptibles de ser prestadas también por particulares.

¿Cambia un servicio de privado a público porque cambie el sujeto que lo presta? Creemos que no; lo determinante debe ser la naturaleza del Servicio (7).

Hasta aquí las relaciones con el Servicio público. Pero importa también diferenciar el concepto de Servicio provincial.

B) Habíamos visto que hay Servicios públicos de clara competencia provincial, que por su naturaleza totalmente inherente a la existencia de la Diputación no deben ser designados con el tecnicismo de provincializados (8). En ellos debemos incluir la policía, la administración del propio patrimonio (9), etc.

El artículo 243 de la Ley actual nos puede dar una idea de lo

---

(6) *El industrialismo de las Corporaciones locales*. Madrid, 1952.

(7) Dice FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Los contratos administrativos*) que los Entes públicos pueden realizar funciones que, aun indicando actividades públicas, no son Servicios públicos. (En contra, POSADA y OLIVÁN en *De la Administración pública respecto a España*).

(8) A este respecto, es acertadísima la expresión del artículo 169 del Estatuto: «Los Ayuntamientos podrán *administrar y explotar* directamente los servicios municipales obligatorios y podrán también, con arreglo a lo preceptuado en esta sección, municipalizar los que no tengan este carácter».

(9) La Sentencia de 27 de enero de 1944, llama provincial al servicio que sirve a las necesidades de la Diputación. (Hay que aclarar que esta Sentencia se refería con tal expresión a las necesidades de la Corporación.)

que es el Servicio provincial. Si estudiamos este artículo, veremos con más claridad que no toda la actividad provincial puede transformarse en actividad provincializada.

Esto lo corrobora con toda evidencia el artículo 286 en relación con el artículo 156, cuando dice que son Servicios provinciales todos los que tienden a conseguir los fines del artículo 243. Por lo pronto, en el artículo 157 vemos que los servicios que implican ejercicio de autoridad (que también son Servicios provinciales), no admiten modalidad alguna de las que a seguido el artículo expone; y a continuación cita la Ley cuatro modos de poner en práctica Servicios provinciales, de los que sólo dos (gestión directa y empresa mixta) coinciden con las modalidades que la sección siguiente contiene para los Servicios provincializados. Esto confirma, por otra parte, nuestra tesis de que el criterio de la Ley al establecer la municipalización no es fiscal, puesto que el artículo 597, al hablar de los ingresos, cita como fuente de ellos los de «todos los Servicios de la competencia provincial», sin aludir a los provincializados. Esto no quiere decir que los ingresos de estos Servicios no cuenten. El artículo 20, número 7, del Reglamento de Hacienda Municipal, de 22 de agosto de 1924, cita «el rendimiento líquido de los Servicios municipalizados».

En definitiva; creemos que la diferencia entre Servicio provincial y Servicio provincializado es una diferencia de punto de vista. Los servicios son provinciales o no, desde el punto de vista de la competencia, y son provincializados o no, desde el punto de vista de la forma de gestión.

C) Tampoco coincide el Servicio provincializado con el Servicio local mínimo. En este último (véase artículo 245), no cabe el lucro. Pero aunque cupiera, la expresión «podrán explotar» del artículo 164, nada tiene que ver con aquella de «será obligación mínima» de los artículos 245 y 246. Hay que advertir que nada impide que gran parte de los servicios mínimos sean prestados, previo acuerdo con la Diputación, por otra entidad. Entendemos que lo que la Ley exige es que la Provincia provea a la prestación del servicio, no que lo preste ella misma.

D) No es, por otra parte, identificable el Servicio provincializado con el establecimiento de utilidad pública, que García Ovie-

do define como «institución particular que persigue fines de interés general», ya que dicho autor considera esencial al mismo la falta de lucro, cosa contraria a la licitud de ganancia de que habla el apartado b) del artículo 168 de la Ley. Hauriou los define como «Servicios públicos especiales personalizados». Desde este punto de vista son indudablemente establecimientos públicos algunas de las municipalizaciones que prevé la Ley (Pósitos, Instituciones de crédito). También lo son desde el punto de vista de la Sentencia de 20 de abril de 1936, cuya definición de establecimiento público es digna de Góngora en su última época.

No obstante, de esta figura del establecimiento de utilidad pública, nació la distinción, para nosotros fecundísima, entre Servicios públicos y Servicios de utilidad pública.

Hemos visto que para nuestra Ley, Servicio provincializado no es lo mismo que Servicio provincial, ni que Servicio público (10), ni que Servicio mínimo local, ni que establecimiento de utilidad pública.

Hasta aquí hemos visto lo que no es el Servicio provincializado. Vamos a examinar el aspecto positivo de la cuestión. A ello nos ayudará el estudio de la naturaleza jurídica de los bienes empleados en los Servicios provincializados. A primera vista parecen de propios, ya que son bienes propiedad exclusiva de la Diputación, destinados por ésta a la obtención de ingresos, pero si nos fijamos que no todos los Servicios provincializados producen ingresos y que los bienes de propios no están destinados a la realización de ningún servicio, convendremos en que sólo los bienes de algún Servicio provincializado (como los teatros) pueden calificarse de propios. Otros (las aguas y fuentes en los casos de provincialización de estos servicios) serán de uso público provincial. Y otros como los mataderos, mercados y estaciones de autobuses, serán bienes de Servicio público.

Una última cuestión nos ayudará a perfilar la noción legal de Servicio provincializado. En estos servicios, ¿hay procedimien-

---

(10) Así, GARCÍA OVIEDO, *La teoría del Servicio público*, Madr'd, 1923. PRE-SUTTI, *Istituzioni di D. Amministratvo*, 1920. En contra: Albi, Zavalia y Bielsa.

to de Derecho público o de Derecho privado? La contestación estará en función de la modalidad de provincialización que se adopte, y de la naturaleza de la prestación. Pero si el procedimiento es privado, las consecuencias, según la doctrina francesa, serían las siguientes: 1.ª No se puede expropiar. 2.ª Su construcción no es obra pública (no hay derecho de ocupación). 3.ª Se someten los litigios a las jurisdicción ordinaria. 4.ª Los empleados no son funcionarios públicos. 5.ª Sus normas no son normas de autoridades administrativas (en el sentido técnico de la teoría del abuso del poder), pero sí lo son las órdenes que la Administración dirija a los gestores del servicio, que, en caso de litigio, seguirán la vía contenciosa. 6.ª La explotación no es un Servicio público, sino una profesión. 7.ª Los edificios no son de dominio público. 8.ª Se debe tributar.

A la vista de ello está claro que para nuestra Ley hay simultáneamente rasgos de procedimiento público (se puede expropiar, artículo 170) y de procedimiento privado (los gestores no son funcionarios, art. 180), etc. Es decir, para nuestra Ley, los Servicios provincializados tienen rasgos públicos y privados. Pero no son todos ellos ni una ni otra cosa (sin perjuicio de que muchos de ellos sean Servicios públicos). Lo que sí son todos ellos es Servicios de interés general.

Brevemente hemos querido exponer las relaciones entre la noción legal de Servicio provincializado y lo que la doctrina y la legislación dicen sobre instituciones afines. Hemos visto que el Servicio provincializado, según nuestra Ley, es irreductible a cualquiera de los institutos dichos, y creemos conveniente resumir estas ideas para lograr un perfil aproximado de lo que nuestra Ley entiende por provincialización.

La provincialización es la gestión directa de ciertos servicios lucrativos de primera necesidad o de utilidad pública en beneficio de los habitantes de una Provincia. Estos servicios pueden ser los que tradicionalmente se han considerado como públicos. Pero estas actividades apenas si merecerían plantear el problema. Lo importante es que, junto a ellas, han ido apareciendo otras en las que la Diputación comparte su gestión con los particulares; y esta posibilidad de actuación mercantil provincial, en concurrencia con

los particulares unas veces, y en régimen de monopolio otras, es el aspecto verdaderamente sugestivo del problema de la provincialización.

Ahora bien, aunque estas actividades no sean Servicios públicos, la provincialización acarreará siempre cierto «status» administrativo (expropiación, declaración de utilidad pública, etcétera, etc.). Por otra parte, la provincialización versará siempre sobre actividades de interés general. Aunque aquí se defiende que los Servicios provincializados no siempre son Servicios públicos, nos interesa insistir en que en su gestión nunca la Corporación será lo mismo que una empresa privada. Siempre habrá una diferencia esencial por lo menos: el fin social.

Por consiguiente, cuando la Ley se refiere a Servicio provincializado, alude, con una sola expresión, a conceptos entre sí muy diferentes: unas veces se tratará de Servicios públicos, y en ellos predominará el interés público; otras, se tratará de actividades mercantiles, en las que predomina el interés patrimonial de la Corporación. Pero en uno y otro caso hay que hacer constar que la provincialización tiene siempre en nuestra Ley un claro contenido social. En el primer caso, por su propia naturaleza. En el segundo, porque, dada la orgánica visión que la Ley tiene de las Corporaciones locales, interesa a todos, absolutamente a todos, que tengan un próspero erario.

Distingue Jordana de Pozas (11) tres clases de actividad provincial: la inherente a su propia existencia (actividad *in se*), la gubernativa y la económico-administrativa (actividad *ex se*). El problema de la provincialización hay que plantearlo en el plano de la última (lo que los alemanes llaman «betriebsverwaltung»). La provincialización es la actividad de la Diputación en ese campo. Cuando la Diputación no actúa en él, habrá un abandono o estarán las actividades económicas sujetas a concesión. Pero creemos que las actividades no productivas (como el alcantarillado) o débilmente productivas (como las aguas), y que por su natura-

---

(11) *Servicios municipales de carácter económico*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL.



leza requieren monopolio y constante intervención de las autoridades administrativas, deben ser *a radice* directamente llevadas por las Diputaciones o los Ayuntamientos. La municipalización o provincialización es la extensión de la actividad de las Corporaciones locales al campo económico y mercantil, bien que en actividades de interés general.

Pero no es todavía ese el criterio de nuestra Ley. Para ella es municipalizado o provincializado todo servicio que el Ayuntamiento o la Diputación gestionen por sí, incluyendo a los que sólo esas Corporaciones deban gestionar. Una definición, según la Ley, de Servicio provincializado podría ser esta: «Aquellos Servicios de interés público y generalmente productivos que explota por sí la Diputación dentro de la Provincia.» Sin embargo, una definición según la tesis que aquí mantenemos puede ser esta: «Servicios provincializados son aquellas actividades productivas y de interés general, que sin ser *a radice* de exclusiva competencia, explota por sí la Diputación dentro de la Provincia» (12).

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ BERENGUER

Alumno del Instituto de Estudios  
de Administración Local

---

(12) De esta idea parece ser Alvarez Gendín, para quien la provincialización es «la entrega a la gestión directa de una Diputación de una actividad remunerable para satisfacer una necesidad pública antes servida por particulares» (REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, julio-agosto de 1945). Así como Zanobini, para quien la provincialización es «la asunción (utiliza el tecnicismo de la Ley italiana de 1934) por parte de la Corporación local de la gestión de servicios de carácter industrial o comercial en concurrencia con los particulares o en régimen de monopolio» (*L'Amministrazione Locale*).