

# Servicio público municipal y actividades particulares de interés público (\*)

352.08 (46)

por

**JOSE A. LOPEZ PELLICER**

Secretario de 1.ª categoría de Administración local

**SUMARIO:** I.—EL INTERES PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE PRESTACION: 1. SIGNIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO. 2. EL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL.—II. LA TITULARIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: 1. SU ATRIBUCIÓN Y FORMAS DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIAS EN GENERAL. 2. LA CUESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.—III. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES: APLICABILIDAD, ATENDIENDO A LA NATURALEZA Y CARÁCTER DE ESTOS, DE LAS DIVERSAS FORMAS DE GESTIÓN PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN APLICABLE: 1. SERVICIOS MUNICIPALES DESPROVISTOS DE CARÁCTER ECONÓMICO. 2. SERVICIOS MUNICIPALES DE CARÁCTER ECONÓMICO.—IV. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA REGLAMENTADA COMO TÉCNICA DE INTERVENCIÓN MUNICIPAL DE ACTIVIDADES PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO: 1. CONCEPTO Y DERECHO VIGENTE. 2. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS POR VÍAS REGLAMENTARIA Y SINGULAR. 3. CARACTERÍSTICAS Y ALCANCE.—V. CONCLUSIONES.

(\*) Abreviaturas que se utilizan:

LCE: Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965.

LRL: Ley de Régimen local, texto refundido de 24 de junio de 1955.

RCCL: Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953.

RBEL: Reglamento de Bienes de las Entidades locales de 27 de mayo de 1955.

RSCL: Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955.

RAP: Revista de Administración Pública.

RDAF: Revista de Derecho Administrativo y Fiscal.

REVL: REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL.

## I. EL INTERES PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE PRESTACION

### 1. SIGNIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO.

Todas las actividades legalmente asumidas y realizadas por la Administración pública—entendida ésta en el amplio sentido que en nuestro Derecho positivo la concibe el artículo 1.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (1)—están penetradas, como es bien sabido, de una profunda significación teleológica, en cuanto que,

(1) La doctrina iusadministrativista, al enfrentarse con el problema básico de definir la Administración pública, se divide tradicionalmente en dos grandes grupos, concibiéndola unos en sentido objetivo y funcional, como actividad de satisfacción de necesidades generales sujetas al Ordenamiento jurídico (en este sentido, aunque con variedad de matices, se manifiestan, entre otros, GASCÓN Y MARÍN, ROYO VILLANOVA, GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, JORDANA DE POZAS, ALVAREZ GENDÍN, GONZÁLEZ PÉREZ y VILLAR PALASÍ), mientras que, por el contrario, otros autores conciben aquélla en sentido subjetivo, como complejo orgánico integrado en el Poder ejecutivo del Estado, excluido el Gobierno cuando realiza funciones políticas, pero no cuando realiza funciones administrativas (en este sentido, en la doctrina actual, GARRIDO FALLA y ENTRENA CUESTA), concepción esta última que es incompleta, ya que sólo se refiere a la Administración del Estado y no a las Entidades locales, a las que, como consecuencia lógica de esta postura, encuadran en la Administración estatal; prescindiendo aquí de los aspectos políticos de la cuestión, esta postura implica una negación o al menos desconocimiento de la sustantividad y funcionalidad propia de los entes públicos distintos del Estado, llevando por ello en definitiva a una concepción autoritaria, de aquí que estos autores conciban a los entes locales, juntamente con los no territoriales o institucionales, como Administración del Estado, aunque «indirecta», concepto tomado de la doctrina italiana y, que, como ha observado BOQUERA OLIVER, tiene raíces ideológicas totalitarias (confróntese *Derecho administrativo y socialización*, Colección Estudios Administrativos del CFYPF, Madrid, 1965, págs. 149 y 150); incluso desde el punto de vista jurídico tampoco es admisible, ya que en nuestro Derecho positivo la Administración pública es un concepto más amplio y general que el de Administración del Estado, que engloba una pluralidad de entes públicos, entre ellos las Entidades locales. (Vid. artículos 1-2.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956). Además, la concepción orgánica de la Administración incurre en una petición de principio, porque para saber si el Gobierno forma parte o no de la Administración, y por tanto llegar a una definición conceptual de ésta, hay que definir la función administrativa, esto es, conceder preponderancia a las caracterizaciones objetivas. (Vid., entre otros, GARRIDO FALLA, «La Administración pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas», *RAP*, núm. 23; ENTRENA CUESTA, «El concepto de Administración pública en la doctrina y el Derecho positivo español», *RAP*, núm. 32, y posteriormente en *Curso de Derecho administrativo*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1965, págs. 21 y sigs.; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 113-139; VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, págs. 39-88).

en todo caso, se encuentren o no sujetas al Derecho administrativo; han de ordenarse y dirigirse a la realización del interés público, finalidad última de todo el obrar administrativo, que viene a traducir y manifestar en este ámbito la idea general y superior, fundamentalmente política, del bien común, que mueve desde premisas y supuestos metajurídicos la constitución, organización y en definitiva la entera actuación de la comunidad política y, por consiguiente, de la Administración pública, su instrumento subordinado y gestor (2).

El interés público, u otras expresiones de significación análoga—como las de utilidad pública, interés general, fines públicos, etc.—, es un concepto jurídico indeterminado (3); que en cuanto tal permite a la Administración, al enjuiciarlo en cada caso y en vista de las correspondientes normas jurídicas aplicables reguladoras de los diversos elementos de su actuación, disponer de un cierto «margen de apreciación», de una facultad interpretadora de dicho concepto u otros semejantes o englobados en el mismo, en función de la realidad social o colectiva que demandan la presencia de aquélla, ordenadora—reglamentaria—y activa o por vía de actos administrativos, pero en cualquier supuesto sujeta siempre a la superior legalidad.

La significación y problemática del interés público, no obstante constituir este concepto la noción central y básica de todo el Derecho administrativo y en general de todas las actuaciones administrativas—inclusive las reguladas por otras ramas jurídicas (mercantil, laboral, etc.)—, es cuestión no tratada generalmente por la doctrina especializada, que considerándola quizá obvia, la da por supuesta (4). Su determinación ha de efectuarse aten-

(2) Vid. ORTIZ DÍAZ, «El bien común y la Administración pública», en *Libro-homenaje al profesor García Oviedo*, I, Sevilla, 1954, págs. 461 y sigs.; A. CARRO MARTÍNEZ, *Derecho político*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1959, págs. 83 y sigs.; *Revista de Administración Pública*, núm. 27, editorial «La Administración y el bien común», págs. IX-XI.

(3) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo», *RAP*, núm. 38, pág. 177; A. MARTÍN GONZÁLEZ, «El grado de determinación de los conceptos jurídicos», *RAP*, núm. 54, págs. 197 y siguientes.

(4) Excepcionalmente, se han ocupado de analizar el concepto de interés público el profesor francés G. VEDEL (*Droit administratif*, 2.<sup>a</sup> edición refundida, Thémis, París, 1961, págs. 212-214), y en la doctrina española, siguiendo al anterior autor,

diendo fundamentalmente a un doble criterio, cuantitativo y cualitativo. Significa, dicho sea en términos de generalidad, la utilidad o superior interés del mayor número de miembros integrantes de la comunidad que administra la entidad pública de que se trate, y asimismo, en el aspecto cualitativo, entraña un carácter prevalente frente a otros intereses colectivos menos importantes y frente a los intereses particulares. Definir qué finalidades son de interés público, conjugando y armonizando ambos criterios o aspectos, constituye una función superior, política o de gobierno, que corresponde ante todo, como es obvio, al Estado, en cuanto supremo gestor de la comunidad nacional, y más concretamente a su poder superior, que en todo Estado de Derecho es el Poder legislativo, es decir, se trata cabalmente de una cuestión de política jurídica, manifestada a través del Derecho. Al Legislativo compete, por tanto, definir los intereses comunitarios generales, a través de normas jurídicas de rango superior. La determinación y fijación de los intereses públicos es así cuestión que se inserta en la legalidad, aunque ello no excluya la posterior intervención de la Administración pública para concretarlos y precisarlos cuando, como sucede frecuentemente, el legislador los define en términos muy amplios.

A este respecto, dice BOQUERA OLIVER (5) que a la Administración le son impuestos por el legislador los fines públicos que debe satisfacer. Ella no es competente para definir y crear fines de interés público. Pero, normalmente, el legislador define de modo tan amplio el interés público que la Administración dispone de un poder de apreciación de lo que es de interés público y de lo que no es. El artículo 101 de la vigente LRL, es un clarísimo ejemplo de lo que acabamos de decir. El fin de interés público—añade a continuación—queda así integrado en la legalidad como uno de sus elementos, y tratar de conseguir un fin de interés público se convierte así en la condición positiva de la acción administrativa, citando la sentencia de 9 de junio de 1959,

---

si bien con referencias a nuestro Derecho, el profesor BOQUERA OLIVER, «La facultad gubernativa de suspensión e impugnación de acuerdos locales», en *RAP*, número 36, págs. 122-124.

(5) Estudio citado en nota anterior, pág. 123.

que dice que «en la rectitud y adecuación de fines ha de buscarse el requisito más íntimo y esencial para la eficacia jurídica del acto y, en definitiva, el principio legitimador del obrar de la Administración en el Estado de Derecho».

Ahora bien, interesa tener muy en cuenta que el margen de apreciación de los intereses generales de que la Administración pública dispone no otorga a ésta, al interpretarlo y aplicarlo en cada caso, de potestades discrecionales, porque, no obstante la indeterminación de este concepto jurídico, la actividad de la Administración en lo que se refiere específicamente a este aspecto teleológico—sin entrar aquí por ello en consideración alguna relativa a los demás elementos orgánico-competenciales, formales, etc., de la actividad administrativa—, es una actividad reglada, en cuanto que siempre se halla predeterminada por la concurrencia de la pública utilidad que ha de guiar necesariamente el ejercicio de todas las potestades administrativas (6).

La Administración pública ha de realizar, pues, en todo caso, el interés público, en sus múltiples y variadas manifestaciones específicas. Pero esto no es óbice para que la iniciativa privada gestione o pueda afrontar la realización de actividades de interés general, que beneficien a la colectividad, ya que la Administración pública no posee, en principio, dicho sea en términos generales, un monopolio de los intereses generales y comunita-

---

(6) En este sentido, advierte el profesor ENTRENA CUESTA que «la actividad administrativa no puede calificarse de discrecional basándose en que la ley utiliza la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para determinar el momento en que deberá actuar la Administración o el sentido en que aquélla habrá de pronunciarse; antes al contrario, en tales supuestos la actuación administrativa se hallará predeterminada por la concurrencia o ausencia de los mismos, que podrá ser examinada por los Tribunales, como por lo demás vienen éstos poniendo de manifiesto con su comportamiento cada día más decidido al respecto». (*Vid. Curso de Derecho administrativo*, cit., I, pág. 151). En caso de que la Administración realice su actividad para un fin distinto de aquél para el que se le ha atribuido por el Ordenamiento jurídico, la potestad de que se trate incurrirá en desviación de poder (*ob. cit.*, págs. 539 y 540). Cfr., asimismo, CLAVERO ARÉVALO, «La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, núm. 30; GONZÁLEZ-BERENGUER, «La desviación de poder», *El Consultor de los Ayuntamientos*, número 1, año 1969; LÓPEZ RODÓ, «La discrecionalidad administrativa», *RAP*, número 13; S. MARTÍN-RETORTILLO, «El exceso de poder como vicio del acto administrativo», *RAP*, núm. 23; MARTÍNEZ USEROS, «Desviación de poder», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*; TRUJILLO PEÑA, «La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo», *RAP*, núm. 35.

rios. Siempre, repetimos, ha de realizar éstos, aplicando la legalidad a que están incorporados, pero esto no significa ni mucho menos que los particulares no puedan participar en la realización de intereses de tal naturaleza, salvo en aquellos casos determinados expresamente por la Ley en que por ésta se atribuya a la Administración la exclusiva competencia para su realización. En suma, ésta se encuentra en todo momento y circunstancia abocada a realizar el bienestar general, los intereses y la utilidad de la comunidad que administra, sin excepción, incluso cuando actúa sujeta al Derecho privado, pero esto no le atribuye una competencia monopolística o excluyente a tal objeto, ya que también los particulares y entidades privadas pueden desarrollar actividades de interés colectivo, actividades que serán por tanto privadas, si bien asimismo, por su finalidad, de utilidad pública; aunque por afectar más o menos directamente a los intereses de la comunidad, suelen ser intervenidas jurídica y administrativa-mente a fin de garantizar su adecuación al bien común (7).

(7) GARRIDO FALLA señala que las necesidades públicas no son satisfechas únicamente mediante la actividad de prestación a cargo de entidades administrativas; también se alcanza aquella finalidad con prestaciones imputables a la actividad privada; el interés público de estas actividades se hace entonces patente y el Estado termina por convertirlas en especial objeto de su atención ... quedando sometidas a una reglamentación administrativa especial, a un «ordenamiento jurídico seccional» (GIANNINI), contemplando como manifestaciones de estas actividades privadas de interés público los establecimientos privados de utilidad pública, el servicio de interés público y las empresas de interés nacional y preferente. (*Vide Tratado de Derecho administrativo*, 3.ª edición, Madrid, 1966, págs. 377-383). Recientemente ORTIZ DÍAZ ha señalado que «si bien razones ideológicas y políticas postulan ciertamente el respeto a la iniciativa privada y a las competencias propias de la sociedad, como al mismo tiempo diversas de esas funciones privadas cumplen una finalidad de interés social, convergente con los intereses que protagoniza la Administración, ésta estimula y subvenciona ciertas actividades y empresas de carácter privado. Dichas actividades y empresas, desde el punto de vista organizativo, siguen encuadradas en el sector privado, pero sus fines tienen un carácter público expresamente reconocido, convirtiéndose en "colaboradores singulares" de la Administración. Ello determina que posean un régimen jurídico especial y constituyan un *tertium genus*, que dentro de la organización administrativa se sitúa entre lo público y lo privado, ofreciendo nuevas formas organizativas que obedecen a unos planteamientos y esquemas también nuevos. En nuestra época es frecuente la proliferación de asociaciones y empresas de "reconocida utilidad pública", "interés público" o de "interés social". Nos parece que el futuro del Estado y de la Administración pública requerirá, cada vez más, esa colaboración y cierta inserción del sector privado en el público. El propio fenómeno de la "socialización" en su proyección puramente sociológica, es decir, como multiplicación de formas de actividad asociada, como creación de nuevas organizaciones voluntarias, determina que

## 2. EL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL.

La pluralidad de fines de interés público y los poderes jurídicos atribuidos a la Administración para legitimar su actuación, los realiza y ejerce ésta mediante múltiples actividades, que han sido clasificadas por la doctrina en las ya clásicas de policía, servicio público y fomento, de acuerdo con la sistemática introducida por el profesor JORDANA DE POZAS (8). La significación de la actividad administrativa de fomento (subvenciones, exenciones fiscales, etc.) ratifican lo anteriormente expuesto y expresa el reconocimiento por el legislador y por la propia Administración de la necesidad de estimular y promover aquellas actividades de los particulares que benefician a los intereses generales, que no obstante también suelen ser intervenidas mediante las técnicas propias de la policía administrativa (reglamentaciones, autorizaciones, etc.) para garantizar en cualquier caso su armonización con tales intereses. Ahora bien, al objeto y propósito del presente estudio, sólo interesa destacar las notas y principales elementos que caracterizan según la doctrina y en nuestro Derecho positivo la actividad administrativa de servicio público. Resumiendo sus notas características, puede ser definido

---

éstas presionen de alguna forma sobre la organización administrativa pública e intenten estar presentes directa o indirectamente en ella». («Problemas estructurales del Derecho de la organización administrativa», *REVL*, núm. 170, año 1971, página 210).

(8) *Derecho administrativo*, 1924; reitera la distinción en estudios posteriores, así en «Ensayo de una teoría del fomento en Derecho administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48. Esta tripartición ha sido recogida, entre otros autores, por BALLBÉ, en su *Sistemática de Derecho administrativo*, 1947, y GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, cit. En la doctrina extranjera, Prosper WEIL, *El Derecho administrativo*, trad. española de L. Rodríguez Zúñiga, Ed. Taurus, Madrid, 1966. En nuestro Derecho positivo, esta clasificación ha sido recogida en el RSCL, que regula separadamente las funciones de intervencionismo (policía), fomento y servicio público. (Vid. CLAVERO ARÉVALO, «El RSCL», *RAP*, núm. 19, página 287). Ultimamente se han efectuado interesantes intentos de sistematización de las actividades administrativas, para englobar actividades y funciones que en rigor no encajan en la tripartición clásica; así, el profesor MARTÍN MATEO clasifica las modalidades posibles de la acción administrativa en actividades de garantía, de prestación (en que incluye actividades sujetas no sólo a un régimen de Derecho público, sino también privadas) y de estimulación (no sólo unilateral, sino también contractual, como la denominada «acción concertada»). Cfr. *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, 1970, págs. 412 y sigs.

en términos generales como la actividad de prestación cuya titularidad corresponde legalmente a la Administración pública, de modo exclusivo o en concurrencia de los particulares, y que tiene por objeto la satisfacción de una necesidad general o colectiva de manera directa, bien por la propia Administración titular o bien a través de un contratista (concesionario, etc.), normalmente—aunque no siempre—en régimen de Derecho público (9).

Se trata, pues, esencialmente y por definición, de una actividad administrativa de realización, que se traduce en prestaciones a los administrados, las cuales pueden consistir en un *facere* o actividad pura y simple (por ejemplo, el servicio de transporte urbano de viajeros) o entrañar además un *dare*, esto es, la entrega de cosas o bienes materiales (por ejemplo, el servicio público de abastecimiento de agua potable); efectuándose estos actos administrativos de prestación con cierta continuidad (repetición de actos o prestaciones), regularidad (sin interrupciones arbitrarias), igualdad y generalidad (admitiendo al uso o goce del servicio a todo administrado que cumpla los requisitos legales), y que incluso comporta la obligación de indemnizar por los daños que cause a los particulares su mal funcionamiento, en virtud del

---

(9) El servicio público se presta, decimos, «normalmente, pero no siempre», de acuerdo con un régimen jurídico especial, de Derecho público, que, como destaca la doctrina especializada, coloca a la Administración pública, en el ejercicio de sus actividades, en una situación de primacía y prerrogativa (potestades administrativas, expropiación forzosa, etc.), conjugada y armonizada con el contrapeso de una serie de garantías jurídicas que el propio Ordenamiento pone en manos de los particulares (recursos administrativo y contencioso-administrativo, responsabilidad de la Administración), aspectos todos ellos regulados por el Ordenamiento administrativo. Ahora bien, la doctrina actual considera que esta característica del servicio público tradicionalmente destacada al definir éste, no es imprescindible ni esencial, incluso desde el punto de vista jurídico-positivo, pues, como consecuencia primordialmente de la intervención de la Administración pública en el terreno económico, industrial y mercantil, el servicio público puede prestarse por organizaciones y a través de fórmulas de Derecho privado, con sumisión en todo o en parte de su régimen a este Derecho, principalmente al Derecho mercantil y al laboral. (Vid. A. GUAITA, *Derecho administrativo especial*, vol. III, Zaragoza, 1964, página 67). J. L. DE LA VALLINA VELARDE advierte que «no hay un concepto genérico del servicio público. Su ámbito es variable, dependiendo de cada país y de la ideología político-jurídica dominante en cada momento; lo cual se manifiesta en la existencia de una escala gradual de intervención administrativa en las actividades declaradas de servicios públicos, con lo que cada servicio tiene sus propias reglas y consecuencias». (Vid. *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pág. 17).

principio de responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, del concesionario.

En nuestro Derecho positivo no encontramos una definición legal de servicio público, si bien de la regulación contenida en el RSCL de 17 de junio de 1955 se desprende la configuración del mismo, concretamente del servicio público local, municipal o provincial, como actividad administrativa prestada por las Administraciones locales a los particulares en régimen de continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y responsabilidad de Derecho público. Así se deduce:

— Del artículo 31-1 del citado Reglamento, al establecer que «con el fin de atender a las necesidades de sus administrados, las Corporaciones locales prestarán los servicios adecuados para satisfacerlas».

— De los artículos 32 y 33 del propio RSCL, que aluden a la *reglamentación* de los servicios públicos locales, en que hay que entender implícitas las notas de generalidad, igualdad, etc., al establecerse que «la prestación de los servicios se atemperará a las normas que rijan cada uno de ellos», normas cuyo contenido en líneas generales indica a continuación, al decir en el artículo 33 que «las Corporaciones locales determinarán en la reglamentación de todo servicio que establezcan, las modalidades de prestación, situación, deberes y derechos de los usuarios y, si no se hubieren de desarrollar íntegramente, de quien asumiere la prestación en vez de la Administración».

— De la normativa del mismo Reglamento reguladora de las obligaciones del concesionario (art. 128), a saber, prestar el servicio en todo momento, admitiendo al goce del mismo a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente e indemnizar a terceros de los daños que les ocasione el funcionamiento del servicio; obligaciones éstas que no sólo afectan al concesionario, sino que asimismo son obligaciones de la Administración cuando realiza directamente la gestión del servicio, por exigencias no sólo de los citados artículos 31 al 33 del RSCL, sino también de otras normas que establecen de modo general los referidos principios de igualdad (art. 2.º del citado Reglamento, de acuerdo con el artículo 3.º del Fuero de los

Espanoles), responsabilidad de las Entidades locales (arts. 405 y siguientes de la vigente LRL), etc.

## II. LA TITULARIDAD DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

### 1. SU ATRIBUCIÓN Y FORMAS DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIAS EN GENERAL.

La asignación y atribución de competencias, al menos de competencias resolutorias, a la Administración pública, a cualquiera de las Entidades públicas territoriales y no territoriales y órganos que las integran, es función que en todo Estado de Derecho no queda en manos de aquélla decidir; por el contrario, es algo que le viene dado a través del Ordenamiento jurídico, mediante una norma o ley. La Administración—dice el profesor MARTÍN MATEO—no es un reducto soberano, no tiene poderes inmanentes, su legitimidad no deriva de sí misma, sino de las potestades que externamente se le atribuyen por las normas jurídicas. La concesión de poderes se conecta así con el principio de legalidad, haciendo aparecer la ley como límite y condición de la actuación administrativa: límite en cuanto que la Administración no puede dictar disposiciones ni realizar actuaciones contrarias a lo dispuesto en las leyes, ni invadir las denominadas «materias reservadas» a la ley, que sólo pueden ser reguladas por una norma legal; y también la ley es condición del obrar de la Administración, que sólo puede hacer aquello que le está permitido por el Ordenamiento jurídico, es decir, no basta con la ausencia de pronunciamientos legales, es necesario unos apoderamientos determinados para que la Administración pueda actuar, citando a este respecto lo que establece el artículo 40-2 de la Ley Orgánica del Estado (10). Aunque ello no quiere decir

---

(10) R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, 1970, páginas 100 a 105; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos», *RAP*, núm. 27, págs. 63 y sigs., posteriormente incluido en la obra *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 271 y sigs. El Consejo de Estado, en dictamen de 9 de julio de 1960 (expte. 26.012), dice que la declaración de competencia es siempre efecto de una atribución normativa y, en consecuencia, el ejercicio de la competencia en defecto de dicha declaración normativa implica una

que la Administración sea una simple ejecutora de la ley, ya que basta que la concesión ordinamental de poderes a la Administración se efectúe mediante pronunciamientos generales. En definitiva, la Administración podrá hacer todo aquello que las leyes le autoricen con mayor o menor amplitud; no podrá ir en contra de las leyes ni podrá utilizar sus poderes, aunque sean unos poderes amplios, en contra de principios constitucionales o generales, como los que garantizan la libertad y la propiedad.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 1969 (Ar. 5.063) ha dicho que el ejercicio de las potestades públicas atribuidas a la Administración no puede efectuarse al margen o prescindiendo de las condiciones establecidas por la ley al otorgar aquéllas. «Sabido es—dice—que las posibilidades de actuación para la Administración están condicionadas por la concurrencia de los supuestos a que la ley subordina el ejercicio de sus potestades... Lo que no es admisible, como contrario a la naturaleza de las potestades públicas, es la pretensión de legitimar actos administrativos por supuestos ajenos a los que justificaron su pronunciamiento».

La competencia que atribuye a la Administración, a cualquiera de los organismos o entes que la integran, y por ende a las Entidades locales, la titularidad de un servicio público no constituye ciertamente una excepción a las anteriores consideraciones generales, por lo que aquélla, para poder gestionar o conceder un servicio, por cualquiera de las fórmulas y procedimientos previstos y regulados en el Ordenamiento vigente, ha de tener previamente asignada la correspondiente competencia sobre el servicio o actividad de que se trate; titularidad o competencia que constituye cabalmente el elemento y el dato inicial que indicará, en unión de otros elementos (el objeto de la actividad, su régimen jurídico específico, etc.), que nos encontramos en presencia de una actividad jurídicamente configurada como servicio público. En este sentido, en nuestro Derecho vigente, la legislación reguladora de la contratación del Estado establece

---

acción administrativa *de facto* no respaldable por el Ordenamiento jurídico o una usurpación de funciones. (Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Orden público y nulidad de pleno derecho», RAP, núm. 59, especialmente págs. 92 a 96).

que «antes de proceder a la contratación de la gestión de un servicio público deberá haberse promulgado *el régimen jurídico básico del mismo que atribuya las competencias administrativas*, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare *expresamente* que la actividad de que se trate *queda asumida por el Estado como propia del mismo*» (artículo 197 del Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967 para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado de 8 de abril de 1965).

Así, pues, un servicio público será tal, no porque de modo autónomo así lo califique la Administración, sino que viene determinado por el hecho trascendente de que la ley le atribuya la titularidad sobre el mismo, bien de forma excluyente, esto es, en régimen de monopolio administrativo, o bien en forma compartida con la iniciativa privada, en régimen de concurrencia con los particulares. En el primer caso nos encontraremos ante un servicio público integral, total y exclusivamente público, o si se prefiere expresar en términos económicos, un servicio monopolístico, como ocurre en nuestro Derecho, por ejemplo, en los casos del servicio de Correos, Telégrafos, televisión, ferrocarriles de ancho normal, etc.; mientras que en el segundo supuesto, es decir, cuando la titularidad del servicio público se atribuye por la ley a un ente público en forma concurrente o compartida, junto al servicio público *strictu sensu* podrán desarrollarse actividades privadas en relación con el mismo objeto o materia, como ocurre típicamente en los casos de la enseñanza, la beneficencia, farmacias, los seguros y el crédito (11).

A veces, incluso, se da una situación fluctuante, de posible

---

(11) En este sentido, dice el profesor GUAITA que «un hospital de la Administración presta un servicio público, pero no en cambio una clínica o sanatorio particular; lo mismo ha de decirse de un establecimiento privado de enseñanza por comparación con un centro docente del Estado». (*Vid. ob. cit.*, en nota 9, pág. 68). En análogos términos se expresa GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*. vol. II, pág. 366. Al seguir la postura de estos calificados tratadistas queremos decir, por tanto, discrepando de otro importante sector doctrinal (GARCÍA DE ENTERRÍA, VILLAR PALASÍ, GARCÍA-TREVIJANO), que el monopolio no es una nota esencial ni definitoria del servicio público; lo es sólo de un grupo de servicios públicos, los que por ello pueden ser calificados de «integrales» o totalmente públicos, pero no de los servicios públicos compartidos con la autonomía y la actividad de los particulares en determinadas materias.

tránsito de una forma de atribución legal de la titularidad del servicio a otra distinta, cumpliéndose determinadas condiciones y procedimientos legalmente instituidos. En efecto, en ocasiones la titularidad del servicio o actividad es asignada por la ley a un ente público de manera concurrente, pero el propio Ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que la competencia se convierta en exclusiva, en bloque, con la consecuencia de que en adelante la actividad de que se trate quede vedada, prohibida a los particulares. Así está previsto, por ejemplo, en la vigente legislación del Régimen local en el caso de los servicios públicos económicos susceptibles de explotación en régimen de monopolio (mataderos, mercados, autobuses, etc., y demás que enumera el artículo 166 de la LRL), que sólo a través del correspondiente procedimiento de municipalización pueden ser excluidos de la iniciativa privada (12).

Pero aunque la titularidad del servicio público sea, por definición, pública, en una u otra forma, ello no quiere decir que la gestión o «ejercicio» de la actividad sea o deba ser realizada en todo caso por la Administración, ya que ésta, mediante alguna de las fórmulas de gestión indirecta previstas y reguladas por el Derecho vigente (concesión, concierto, etc.), puede ceder su explotación o gestión a un particular. Ahora bien, lo que sí es necesario, en todo caso, para que la Administración pueda ceder o transferir a la iniciativa privada la gestión del servicio es, obviamente: 1.º Que la Administración tenga atribuida legalmente sobre el mismo la competencia correspondiente; y 2.º Que esta competencia tenga carácter exclusivo, si la gestión del servicio se otorga con el mismo carácter, porque de otra manera no podrá otorgar o transmitir lo que no tiene, facultades de que care-

---

(12) *Vid.*, en relación concretamente al servicio municipal de mercados, J. A. MANZANEDO y otros, *Curso de Derecho administrativo-económico*, I. E. A. L., Madrid, 1970, pág. 388. El mismo criterio sigue en líneas generales el anteproyecto de Ley de Bases de Régimen local enviado recientemente por el Gobierno a las Cortes, que, fuera de las competencias propias atribuidas a los Municipios en la Base 11 (entre ellas, sobre el servicio de transportes urbanos), exige de previo expediente de municipalización, necesario incluso para la gestión directa de funciones y competencias compartidas con la autonomía privada; limitando la función propia del Ayuntamiento en materia de subsistencias o abastecimientos a una función de policía de la actividad privada. (*Vid.* Bases 10-4.º y 11).

ce (13), y, por otro lado, porque no es necesario cabalmente que la Administración efectúe la cesión de algo, la gestión de una actividad, si la iniciativa privada puede realizarla por sí misma por estar legitimada constitucionalmente para ello, sin perjuicio, claro está, de la intervención administrativa en los casos en que sea preceptiva por vía reglamentaria y a través cuando proceda de la correspondiente autorización.

A este respecto, puede afirmarse, generalizando, que la forma más normal de verificarse la asignación de competencias y la titularidad de servicios públicos a la Administración, es la atribución en régimen de concurrencia con los particulares. Cuando el legislador faculta a la Administración, a cualquiera de los entes y organismos que comprende, para actuar en una determinada materia por razones que aquél ha estimado de interés público, si no establece de manera expresa la reserva exclusiva de esta facultad en favor de la Administración pública, hay que entender que los particulares pueden actuar en la misma materia, sin perjuicio de los condicionamientos e intervenciones públicas que en cada caso legalmente se hayan establecido. La libertad es, pues, el principio, la regla general de que hay que partir, que como tal tiene vis expansiva; su restricción o limitación, máxime su exclusión por monopolio administrativo, algo excepcional, que ha de establecerse de modo expreso por una norma legal o reglamentaria de acuerdo con ella, principio que ha declarado de modo reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 22 de enero de 1963) y está reconocido implícitamente en el Derecho local vigente al establecer el artículo 6.º del RSCL que entre los actos de intervención administrativa *que sean admisibles*, las Corporaciones locales elegirán el menos restrictivo de la libertad individual. Además, en lo que se refiere específicamente a materias sociales y económicas, en nuestro Derecho se encuentran reconocidos y formulados los fun-

---

(13) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1968 (Ar. 4.689) dice que el Ayuntamiento no puede transmitir (la gestión del servicio) al solicitante, por concesión administrativa, puesto que a través de la concesión se opera una transferencia de facultades y éstas no preexisten en el acuerdo municipal. Rige también aquí, pues, el clásico principio jurídico *«nemo dat quod non habet»*.

damentales principios de libertad y subsidiariedad, a nivel constitucional (14) y en la legislación ordinaria (15).

(14) *Vid.* el Fuero del Trabajo, según el cual «en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación» (declaración XI), y la Ley de Principios Fundamentales de 17 de mayo de 1958, principalmente el principio X, que establece que «la iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, *suplida* por la acción del Estado», debiéndose tener en cuenta que este principio de subsidiariedad es, según el legislador, «permanente e inalterable por naturaleza», como los demás principios fundamentales. De acuerdo con lo anterior, la primera de las directrices aprobadas por el Gobierno para el II Plan de Desarrollo Económico-social 1968-71 dice que «se considera básico el principio de libertad de decisión e iniciativa del sector privado, sin perjuicio de que el Estado pueda orientar y, en su caso, delimitar, con las medidas más convenientes, las actuaciones privadas, de forma que éstas respondan a los objetivos sociales y económicos del desarrollo; cuando el logro de estos objetivos así lo exija, el Estado asegurará su realización a través de una acción directa en defecto de la iniciativa privada». A este respecto, se ha dicho que el rango constitucional del citado principio «convertiría, no teóricamente, sino con fundamento legal, en una desviación de poder cualquier actitud del Estado, la Provincia, el Municipio y cualesquiera entes paraestatales, en orden a la invasión de esas prerrogativas ciudadanas, que no estuviesen claramente apoyadas en un interés general» (F. RODRÍGUEZ HARO, «Las modernas actividades de la Administración pública», *REVL*, núm. 170, página 257). *Vid.*, asimismo, JORDANA DE POZAS, «El problema de los fines de la actividad administrativa», *RAP*, núm. 4, págs. 11 y sigs.; MONCADA LORENZO, «El principio de subsidiariedad del Estado y el régimen jurídico-administrativo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 212 (1962), págs. 179-212; SÁNCHEZ ACESTA, «El principio de función subsidiaria», *Revista de Estudios Políticos*, número 121, págs. 5-22; J. A. MANZANEDO y otros, *ob. cit.* en nota 12, págs. 896 y siguientes; BAENA DEL ALCÁZAR, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Tecnos, Madrid, 1966, págs. 175 y sigs.; editorial *RAP*, núm. 27, «Los Principios fundamentales del Movimiento Nacional y la Administración pública», págs. XI-XIV, en donde se lee, comentando el X de los principios del Movimiento, que del mismo se desprende el carácter subsidiario que la acción pública ha de tener respecto de la privada, producida aquélla ante la ausencia o insuficiencia de ésta, principio a la luz del cual hay que interpretar la función de la Administración pública en orden a la concesión de los objetivos que señala a continuación el principio XII.

(15) Especialmente en materia económica, están reconocidos en nuestro Derecho, de acuerdo y en desenvolvimiento de las anteriores normas fundamentales, los principios de libertad de industria y comercio. En efecto, por un lado, es libre la instalación, ampliación y traslado de industrias de toda clase dentro del territorio nacional, salvo las expresamente exceptuadas. *Vid.* Decreto de 26 de enero de 1963 y demás disposiciones concordantes, recientemente el Decreto de 28 de enero de 1971 sobre regulación de las industrias agrarias, y la Ley de 24 de noviembre de 1939 de Ordenación de la industria, en cuyo artículo 15 se prohíbe al Estado y a las Corporaciones locales que entablen competencia con los particulares en materia industrial. Y en cuanto a la libertad de comercio, se encuentra reconocida en el Código de comercio (art. 117) y garantizada por la Ley de Prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963 y el Código penal (arts. 539 y sigs.). *Vide* MANZANEDO y otros, *ob. cit.*, en nota 12, págs. 339 y sigs., y BAENA DEL ALCÁZAR, *ob. cit.*, en nota anterior, págs. 187 y sigs.

La virtualidad de los anteriores principios deriva, asimismo, en otro sentido—que sin embargo los confirma—, de la circunstancia de que cualquier sustracción de actividades económicas a la libertad de industria y comercio, no se presume, sino que ha de venir establecida en todo caso por la ley, bien directamente (como ocurre, entre otros casos, en el ejemplo más arriba citado de los ferrocarriles de ancho normal, según la Ley de 24 de enero de 1941, que creó la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles, para hacerse cargo el Estado de todas las líneas de dicha clase y explotarlas a través de esta empresa pública), o bien por la Administración de acuerdo con una ley que le *autorice* para ello (como ocurre en el supuesto de la municipalización de servicios a que nos referimos a continuación) (16).

## 2. LA CUESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

La Administración local no constituye ciertamente, en este sentido, una excepción a lo anterior, pues además de ser aplicables a la misma las normas y consideraciones generales que quedan expuestas, en virtud de los principios de unidad y complitud del Ordenamiento jurídico (17), en la propia legislación del Régimen local se hace aplicación a este ámbito administrativo del principio de libertad y de respeto de la iniciativa privada, que se reconoce, aunque sujeta a la intervención municipal en los casos *legalmente* autorizados por los motivos y para los fines previstos, según determina el artículo 1.º *in fine* del RSCL, imponiendo

---

(16) Como en todo Estado de Derecho—cuya significación social actual no elimina, antes bien completa su profundo sentido liberal, en cuanto garantía de los derechos públicos subjetivos—, en el nuestro es, pues, al legislador, normalmente a las Cortes, a quien corresponde configurar y delimitar el campo de actuación, el ámbito de intervención de la Administración pública, en cuanto instrumento subordinado a la legalidad, especialmente y sobre todo en aquellos casos en que la intervención administrativa comporta una restricción o limitación de la libertad privada, que constituye como se sabe «materia reservada» de la ley. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aplicación de los principios inspiradores de nuestro Ordenamiento jurídico, ha declarado reiteradamente que las disposiciones legales en que se manifiesta el intervencionismo de la Administración en las relaciones privadas ha de interpretarse con criterio restrictivo, no extensivo ni analógico, a fin de no limitar los derechos de los administrados más allá de lo que autorice la norma legal previa que legitime aquel intervencionismo. *Vid.* ENTRENA CUESTA, *ob. cit.* en nota 1, págs. 103-108.

(17) *Cfr.* VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo*, cit., págs. 258 y sigs.

incluso en otros preceptos a los Ayuntamientos, en materia económica, la función de velar por el mantenimiento de la libre competencia y la libertad de tráfico (en este sentido, además del citado artículo 1.º, número 2.º, se expresa el artículo 18 del propio Reglamento).

Por otro lado, al establecerse de modo concreto en el artículo 166 de la LRL los servicios municipalizables en régimen de monopolio administrativo (cuya ampliación limita el propio precepto legal, mediante las garantías formales que establece en su apartado 3), se está reconociendo implícitamente que dicho régimen constituye una excepción a la regla general de concurrencia (18), ya que también en el ámbito municipal toda prohibición o exclusión de la libertad y de la iniciativa privada en materias económicas ha de venir fijada y autorizada de manera expresa por la Ley (19).

---

(18) *Vid.* sobre la municipalización de servicios, especialmente, JORDANA DE POZAS, «Municipalización de servicios», en *Estudios en honor del propio autor*, I; GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», *RAP*, número 17, págs. 87-138; CLAVERO ARÉVALO, *Municipalización y provincialización de servicios en la LRL*, Madrid, 1952; F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, págs. 71 y sigs.; A. GUAITA, *Derecho administrativo especial*, III, págs. 85-103; MANZANEDO, *ob. cit.* en nota 12, págs. 803-836, en que se estudia de modo sugerente entre otros aspectos del tema, el de la municipalización como derogación singular del principio de libertad económica.

(19) Como señala R. ALESSI, la asunción de servicios públicos por la Administración requiere de previa autorización legislativa y, en el caso de las Entidades locales, de previa municipalización o provincialización cuando ello afecte o limite la libertad de producción o de comercio reconocida a la iniciativa privada (*Instituciones de Derecho administrativo*, vol. II, trad. española, Edit. Bochs, Barcelona, 1970, pág. 366). En nuestra doctrina, JORDANA DE POZAS señala que «la municipalización de servicios expresa la idea de tener o poseer el Ayuntamiento o el Municipio algo que estaba fuera de él, es decir, la acción de convertir en una cosa municipal lo que antes no era municipal, esto es, lo que antes era una cosa privada» (*ob. cit.* nota anterior, pág. 747), y GARRIDO FALLA dice que la municipalización alude a la asunción por el Municipio de la competencia para desplegar una actividad anteriormente dejada a la libre iniciativa de los particulares (*Tratado de Derecho administrativo*, cit., II, pág. 308), aunque parece contradecirse cuando a continuación (pág. 319, nota 63) dice que «la municipalización habilita simplemente para el ejercicio de la actividad o servicio, sin prejuzgar su titularidad»; ahora bien, si el Municipio no adquiere esta titularidad del servicio económico a través de dicho expediente municipalizador, ¿en qué otro precepto legal que no sean los artículos 164 y siguientes de la LRL puede fundar de modo general la titularidad de servicios económicos el Ayuntamiento?; téngase en cuenta que el artículo 101 de la LRL no atribuye a los Municipios una auténtica competencia, sino una capacidad simple, no poderes concretos y menos exclusivos (GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, Madrid, 1961, págs. 11, 27, 85 y 129; GARRIDO

Así, pues, constituyen excepción a la citada regla general de atribución de titularidad administrativa no monopolística, en cuanto se confieren a los Municipios con carácter exclusivo, o mejor excluyente, aparte de las denominadas «funciones de autoridad», en cuya consideración no entramos aquí (20), los servicios públicos municipalizados en concepto de monopolio, cuya titularidad, como ha demostrado el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y reiterado recientemente MANZANEDO MATEOS (21), no tiene el carácter de exclusiva del ente local correspondiente hasta tanto

---

FALLA, *ob. cit.*, vol. I, pág. 342; ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo*, cit., I, pág. 335). El citado anteproyecto de Ley de Bases de Régimen local (Base 11, apartado 4) concibe la municipalización como asunción de la «titularidad» de la función, al decir que «los Municipios podrán asumir, mediante municipalización, la titularidad de actividades que, no estando señaladas como de su competencia en esta Ley, deben no obstante tener carácter municipal de acuerdo a su trascendencia o interés público predominante, o cuando así lo aconsejen razones de eficacia administrativa o social»; aunque a continuación prevé que «la municipalización de funciones incluidas en el ámbito de actuación compartida—con la autonomía privada o con cualquier otro ente público—no implica cambio de titularidad, sino asunción municipal de la gestión directa del servicio de que se trate», idea ésta que después se reitera en la Base 48-3. Parece, pues, desprenderse de ello una concepción mixta de la municipalización, en el sentido de configurarse por un lado como un requisito o trámite formal previo a la gestión directa de servicios incluidos específicamente en la esfera municipal de actuación compartida, y por otro lado, fuera de esta esfera y de la configurada directamente por la Ley como «propia», como un expediente a través del cual se obtiene la titularidad de actividades consideradas de interés público municipal.

(20) El artículo 157 de la LRL dice que «los Municipios podrán prestar los servicios de su competencia que no impliquen ejercicio de autoridad, ya por gestión directa, ya mediante convenio con los particulares en forma de arrendamiento, concesión o empresa mixta», y el artículo 43-1 del RSCL de 17 de junio de 1955 establece que serán atendidas necesariamente por gestión directa las funciones que impliquen ejercicio de autoridad.

(21) GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», *RAP*, núm. 17, donde advierte que la municipalización juega legalmente como una carga para la adquisición de competencias nuevas por el Municipio (pág. 111) y que equivale, pura y simplemente, a la creación de un servicio público municipal, pues a través de la municipalización se verifica la elevación a la categoría de servicios públicos municipales de actividades hasta entonces dejadas al libre comercio privado (pág. 112). Abunda en esta idea MANZANEDO MATEOS, *ob. cit.* en nota 12, especialmente en págs. 388 y 826 y sigs. Considera este autor que la municipalización ha de interpretarse como garantía de la iniciativa privada, de la libertad económica, que resulta así asegurada de que las Corporaciones locales no establecerán derogaciones de tal libertad si no es a través de un procedimiento municipalizador *ad hoc* (*ob. cit.*, pág. 229). Lo que en definitiva supone sujetar y subordinar toda la actividad económica de las Entidades municipales al principio de subsidiariedad, que, como principio fundamental de nuestro Derecho, ha de informar toda nuestra legislación.

no sea asumida por el mismo mediante el preceptivo expediente de municipalización, cuya aprobación, atendiendo incluso a la oportunidad de la medida, es competencia estatal, no local (véase artículo 65 RSCL). En definitiva, pues, la titularidad del Municipio respecto de los servicios económicos, excepción hecha de los que tienen carácter mínimo y obligatorio (arts. 102 y 103 LRL), requiere para ser asumida legalmente, de previo expediente de municipalización; hasta que éste no sea aprobado por el correspondiente órgano de la Administración central del Estado, el Ayuntamiento carecerá por tanto de facultades para competir con la iniciativa privada (por ejemplo, para explotar establecimientos de artículos alimenticios de primera necesidad, para construir viviendas, explotar una actividad de espectáculos públicos, etc.) y, a mayor abundamiento, para excluir en su caso la actividad de los particulares. A través de la municipalización, el Ayuntamiento vendrá facultado por tanto para ejercer servicios económicos en concurrencia con la iniciativa privada, en los casos que señala el artículo 165 de la LRL, o de modo monopolístico, en los casos que enumera el artículo 166 de la propia Ley; excepción hecha de los servicios mínimos, cuya titularidad es atribuida e impuesta por la Ley directamente a los Municipios, que en consecuencia han de prestarlos a través de los correspondientes órganos administrativos, sin necesidad de municipalización previa, por tratarse de servicios municipales obligatorios *ex lege* (22).

---

(22) Esta interpretación es la única que permite superar la aparente contradicción entre los artículos 102 y 103 y el 166-1 de la LRL, como advierte MANZANEDO MATEOS (*ob. cit.*, págs. 386-387, y *Corporaciones locales y desarrollo económico*, esta última en colaboración con J. R. PARADA VÁZQUEZ, Edit. Montecorvo, Madrid, 1971, página 209), especialmente en relación con el servicio de mercados. El Ayuntamiento podrá, por tanto, según esto, prestar los servicios mínimos obligatorios asimismo comprendidos en el artículo 166-1 de la LRL (abastecimiento de aguas, recogida y aprovechamiento de basuras, mataderos, mercados, etc.) sin necesidad de municipalizarlos, siempre y cuando no trate de asumir una competencia exclusiva sobre los mismos, pues en caso contrario sí será necesario sujetarse al procedimiento de municipalización en régimen de monopolio, aunque en realidad el interés municipal en municipalizar en este régimen no existirá normalmente, pues debiendo intervenir el Ayuntamiento en los aspectos que requieran los intereses públicos vecinales la actuación de los particulares al respecto, esta actividad privada en concurrencia con la municipal completará ésta en beneficio de la comunidad local.

De lo anterior se derivan importantes consecuencias, que hay que tener en cuenta para determinar y precisar el alcance de las competencias municipales:

1.º Las Corporaciones municipales carecen, en principio y fuera de las excepciones señaladas, de potestad para impedir que los particulares realicen actividades, incluso de interés público, que concurren con las actividades o servicios públicos que presten o puedan prestar aquéllas, siempre que las mismas cumplan las condiciones reglamentariamente establecidas. Por ello, si en materia económica las Corporaciones municipales vienen legalmente facultadas para realizar actividades y servicios de esta índole, e incluso obligadas a prestar los servicios mínimos (mataderos, mercados, etc.), en cualquier caso, mientras no medie un expediente de municipalización, el Ayuntamiento, hoy por hoy, no puede impedir—aunque sí controlar—la iniciativa y la actividad de los particulares, no puede expropiar otros centros semejantes que ya existan en el término municipal, ni impedir en el futuro la instalación de otros (art. 51 RSCL, *a contrario sensu*).

2.º Y por otro lado, desde la perspectiva de los particulares, éstos podrán realizar actividades de interés público (por ejemplo, instalar y explotar un matadero, prestar un servicio de transporte mediante taxis, etc.), si bien dada la estrecha conexión de estas actividades con los intereses municipales generales, el Ordenamiento jurídico faculta a la Administración—no sólo a la municipal, sino también en muchos casos a la estatal en concurrencia con aquélla—para su intervención y control, aunque a este respecto el Derecho local vigente, al tratar de concretar no ya la titularidad y competencia administrativa, sino las fórmulas de gestión a través de las cuales el Ayuntamiento interviene, incurre en ciertas contradicciones, que es conveniente poner de relieve ante la próxima reforma de nuestro Régimen local.

### III. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES: APLICABILIDAD, ATENDIENDO A LA NATURALEZA Y CARACTER DE ESTOS, DE LAS DIVERSAS FORMAS DE GESTIÓN PREVISTAS EN LA LEGISLACION APLICABLE

Conocidas las diversas formas y modalidades de gestión de los servicios públicos locales (23), interesa sin embargo, al objeto del presente estudio, determinar, siquiera sea de una manera sumaria, la aplicabilidad de estas diversas fórmulas gestoras a los distintos tipos de servicios, ya que si bien el RSCL parte como principio general y básico en esta materia de la discrecionalidad organizativa que establece en su artículo 30—pudiendo en consecuencia la Entidad local elegir el modo o procedimiento de gestión que estime más adecuado a cada servicio—, sin embargo esta potestad discrecional no es en modo alguno absoluta, sino que ha de ejercerse atendiendo por un lado a la naturaleza e índole de cada servicio, que condicionará la aplicación de una u otra forma de gestión, y por otro, a las reglas, condiciones y límites de aplicación que al respecto establecen la LRL y el citado Reglamento de Servicios, los cuales lógicamente restringen y limitan aquella discrecionalidad.

Hay que partir, pues, al tratar de determinar la forma de

---

(23) Un estudio extenso y pormenorizado al respecto es el efectuado por ALBI, en su obra ya clásica en la materia, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Edit. Aguilar, Madrid, 1960. En la vigente legislación de Régimen local se distinguen tres grandes grupos de formas de gestión de los servicios locales, que a su vez engloban varias modalidades específicas: a) La gestión directa por la Corporación, bien de forma centralizada o sin personificación jurídica del servicio, «simple» según la terminología utilizada por ALBI, en cuanto la actividad o servicio es gestionado por los propios órganos internos que componen la Administración municipal (*vid.* los arts. 68 y 69 RSCL) o en forma «compleja», esto es, mediante un órgano especial de administración (arts. 70-84 RSCL); o bien incluso en forma descentralizada, con personificación jurídica del servicio, que puede ser pública (artículos 85-88 RSCL) o privada-mercantil (arts. 89-94 del propio Reglamento). b) La gestión indirecta, a través de particulares con quienes la Corporación o Ayuntamiento se relaciona contractualmente, mediante concesión (arts. 114 a 137 RSCL), arrendamiento del servicio (arts. 138 a 142) o concierto (arts. 143 a 147). c) Por último, la gestión mixta, a través de empresa de economía mixta (arts. 110 a 112 RSCL). El reciente proyecto de Ley de Bases de Régimen local (Base 48) mantiene en líneas generales este cuadro clasificatorio de formas de gestión de los servicios locales, con la diferencia de sustituir la fórmula del arrendamiento de servicios por la gestión interesada, ya prevista y regulada en la Ley de Contratos del Estado (art. 66-2.º) y en su Reglamento de ejecución (arts. 201-2.º y 204).

gestión aplicable en cada caso, del tipo o clase de servicio de que se trate, pues según sea éste un servicio o «función» de autoridad (típicamente la de policía urbana), un servicio de naturaleza económica (mataderos, mercados, etc.) o desprovisto de carácter económico (laboratorios, casas de socorro, etc.), será distinto también el repertorio de procedimientos gestores de que la Administración o Entidad pueda disponer legalmente. Aunque la determinación de la naturaleza del servicio o actividad municipal no es siempre tarea sencilla, habida cuenta de que, aunque este extremo condiciona la elección de la fórmula gestora (véanse los artículos 42 y 43 del RSCL), sin embargo la legislación vigente no la fija, la da por supuesta. Se trata, pues, de conceptos jurídicos indeterminados (24), que no obstante es de todo punto necesario perfilar en cada caso, a la vista de la propia legislación y de la doctrina y jurisprudencia interpretadora.

Prescindiendo aquí de las llamadas «funciones que implican ejercicio de autoridad» (art. 43-1 RSCL), en relación con las cuales no se admite discrecionalidad organizativa alguna de parte de la Corporación local, que en todo caso ha de atenderlas de manera directa y simple, sin órgano especial de administración, es decir, a través de los órganos y funcionarios que integran su propia organización—lo que constituye una excepción a la regla general del artículo 30 del citado Reglamento—(arts. 172 LRL y 68 RSCL), la cuestión se reduce, por tanto, a delimitar los servicios económicos de los que, por el contrario, están desprovistos de esta naturaleza y carácter. El RSCL, repetimos, no los define, aunque sí recoge la distinción en sus artículos 42, 43 y 45, así como al enumerar en el artículo 164 y siguientes de la LRL los servicios económicos municipalizables, al decir que

---

(24) *Vid.* bibliografía citada en nota 3. ORTIZ DÍAZ advierte que el punto de clasificación de los servicios públicos locales no constituye mera disquisición doctrinal, sino cuestión de importancia, al menos en nuestro Ordenamiento jurídico, porque a su determinada tipificación en el Derecho positivo se conectan en muchos casos sus posibilidades legales de forma de prestación; y advierte que la bitipificación «servicios que implican ejercicio de autoridad» y «servicios económicos» es insuficiente, al existir servicios que, como los benéficos y asistenciales, no están incluidos en ninguno de estos dos grupos, y que la doctrina (LAUBADÈRE) denomina «sociales». (Cfr. ORTIZ DÍAZ, *La desconcentración territorial en la Administración local*, I. E. A. L., Madrid, 1972, págs. 81 a 83).

la municipalización tiene por objeto «servicios de naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agrícola», enumeración a la que hay que añadir la actividad de transportes que la propia Ley recoge a continuación en el artículo 166 (25).

Los «servicios que no tienen carácter económico», a que se refiere en general el artículo 42 del RSCL, estarán constituidos, *a contrario sensu*, por todas aquellas actividades comprendidas dentro de la competencia local que no incidan en los servicios económicos legalmente señalados, esto es, serán aquellos servicios distintos de las actividades agrarias, extractivas, industriales, comerciales y de transportes; definición negativa ésta en la que vendrán comprendidos, aparte de las denominadas funciones de autoridad, las actividades benéficas y demás servicios

(25) Aunque algunos de los servicios citados por la LRL, como advierte GUAITA, sólo muy dudosamente pueden calificarse de económicos, y no lo son desde luego *ex natura rei*, como sucede con las farmacias o el servicio de pompas fúnebres (*Vid. Derecho administrativo especial*, cit., III, pág. 93). *Vid.* además, en cuanto al concepto de servicio económico y el ámbito de la municipalización en relación con los servicios de esta índole que constituyen su objeto, MANZANEDO y otros, *obra citada* en nota 12, págs. 820 a 828, y bibliografía allí citada. Asimismo sobre los servicios públicos económicos, el estudio general que bajo este título ha efectuado A. CARRETERO PÉREZ en la *RDAF*, núm. 13-14, págs. 7-39; JORDANA DE POZAS, «Algunas consideraciones sobre los servicios municipales de carácter económico», *REVL*, núm. 9, págs. 333-338, y núm. 15, págs. 369-382, luego incluido en el volumen I de los *Estudios en honor* del propio autor, págs. 767-785; GARCÍA-TREVIJANO, «Aspectos de la Administración económica», *RAP*, núm. 12, págs. 11-76; LÓPEZ RODÓ, «Economía y Administración», en volumen colectivo *La Administración pública y el Estado contemporáneo*, Madrid, 1961; J. L. MEILÁN GIL, «El estudio de la administración económica», *RAP*, núm. 50. Por su parte, GUAITA, *ob. cit.*, páginas 68 y sigs., resumiendo el estado de la doctrina actual sobre el concepto de servicio económico público, que contiene el artículo 164 de la LRL y el artículo 4.º de la Ley de Régimen jurídico de las Entidades estatales autónomas de 26 de diciembre de 1958, considera que «servicios públicos económicos» y «actividad económica de la Administración» no son términos sinónimos, o dicho de otra forma, que no toda actividad económica de la Administración se concreta en servicios económicos, pues se excluyen de este concepto, por considerar que no reúnen las notas y elementos característicos de la noción de servicio público, las actividades económicas de fines exclusivamente fiscales, como fuente de beneficios e ingresos (como por ejemplo la explotación del propio patrimonio, los monopolios fiscales, etcétera), y la actividad industrial o de producción de bienes por la Administración—en la que advierte falta la prestación regular y continua al público—, aunque en relación a esta última actividad, GARRIDO FALLA considera que puede estimarse servicio público económico siempre que con ella la Administración tienda a satisfacer directamente una necesidad de carácter público y no a obtener beneficios fiscales, siendo indiferente por lo demás que la actividad en cuestión consista en proporcionar un servicio o una dación de bienes al mercado. (*Vid. Tratado...*, citado, II, págs. 306 y sigs.).

sociales atribuidos a la competencia municipal (así, por ejemplo, en materia de sanidad, los servicios de laboratorio, casas de socorro y hospitales municipales; cotos escolares de previsión, centros docentes y actividades culturales, etc.).

#### 1. SERVICIOS MUNICIPALES DESPROVISTOS DE CARÁCTER ECONÓMICO.

En lo que se refiere a estos servicios municipales desprovistos de carácter económico, y concretamente a los denominados sociales, pueden ser gestionados mediante alguna de las siguientes modalidades, entre las que podrá elegir el Ayuntamiento:

— La gestión administrativa directa, cuya aplicación en cualquiera de sus formas centralizadas, simple (sin diferenciación orgánica, aunque sí funcional, por una exigencia elemental del principio de división del trabajo) o compleja (con organización distinta, diferenciada de la propia de la Corporación municipal), se efectuará advirtiendo, al optar por cualquiera de ellas, que, según se desprende del artículo 70 del RSCL:

1.º Esta última modalidad, la gestión directa diferenciada, constituye la regla general; por lo que rige, en principio, un criterio de desconcentración funcional o por servicios en esta materia.

2.º Que al no precisarse en el propio precepto reglamentario la forma de organización del servicio, el Ayuntamiento (Pleno) dispone, como norma general, de amplias facultades al respecto, pudiendo adoptar en consecuencia cualquier fórmula organizatoria y gestora que se estime idónea al servicio de que se trate (ejemplo, régimen de Patronato, Junta, etc.), sin que quepa confundir este supuesto general del especial previsto en los artículos 71 y siguientes del propio RSCL, que establece con cierto detalle un tipo de organización distinto y específico para los servicios municipalizados, que como es lógico no es aplicable a los servicios municipales desprovistos de carácter económico. Confunde, sin embargo, ambos supuestos ALBI (*Tratado...*, citado, págs. 295 y sigs.) al afirmar que «el órgano especial de administración» se identifica y desarrolla a través del Consejo de Administración y Gerente, y en consecuencia que la gestión

directa compleja sólo es aplicable a los servicios en régimen de municipalización (26).

Por otro lado, cuando se trate de alguno de los casos previstos en el artículo 85 del citado Reglamento, el Ayuntamiento podrá gestionar el servicio dotándolo de personalidad jurídica, a través de la fórmula denominada «fundación pública», originando así por esta vía descentralizadora—de segundo grado—un organismo autónomo municipal, con su estatuto propio, un patrimonio especial y una organización propia, distinta de la ordinaria de la Corporación municipal; en definitiva, una nueva entidad jurídica de naturaleza institucional, aunque siempre bajo la tutela administrativa de aquélla (arts. 85 a 88 RSCL).

— La aplicabilidad de los procedimientos de gestión indirecta a los servicios municipales de carácter social, no económicos, es bastante limitada. No es, en rigor, aplicable a los mismos la fórmula de la concesión, cuyo objeto propio está constituido por los servicios de naturaleza económica, como se verá a continuación, ni la del arrendamiento, que además de no ser aplicable por determinación legal expresa a los servicios de beneficencia y asistencia sanitaria (art. 138-2 RSCL), está pensada para servicios susceptibles de explotación económica, según se desprende del apartado 3 de este precepto reglamentario, y, *a fortiori*, como ha señalado la doctrina especializada, la figura del arrendamiento como modo de gestión de servicios públicos no tiene unos contornos precisos, siendo su existencia como figura independiente cada vez más cuestionable (27).

---

(26) Recientemente, ORTIZ DÍAZ ha estudiado de manera especial el sistema de gestión directa con órgano especial de administración, que configura como un supuesto de desconcentración por servicios en la Administración local, con referencia a la gestión de los servicios benéfico-sanitarios y hospitalarios, considerando que aquel sistema se desarrolla a través del órgano administrativo complejo Consejo de Administración-Gerente, que, importado del Derecho mercantil, se «administrativiza», y defiende su aplicación a dicho tipo de servicios sociales, aunque estimamos no prevé la gran virtualidad organizativa que a las Corporaciones locales ofrece el artículo 70 del RSCL en relación con el 30 del propio Reglamento, que permiten aplicar discrecionalmente otras fórmulas distintas, administrativas, no mercantiles. Cfr. ORTIZ DÍAZ, *La desconcentración territorial en la Administración local*, Madrid, 1972, págs. 17 y sigs., especialmente las 65 a 74, 79 a 88 y 119 a 129.

(27) Vid. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, cit., vol. II, página 352. Advierte y plantea este autor, comentando el artículo 138 del RSCL, la siguiente alternativa: o lo que se contrata es la gestión del servicio, y en tal caso-

Sólo queda, pues, la modalidad del «concierto», cuya aplicación está reglamentariamente prevista para la gestión de actividades benéficas, en el caso de que estas actividades no se gestionen directamente por la Corporación (arts. 43-2 y 143 a 147 RSCL).

De lo expuesto se desprende, pues, que la forma más normal de gestión de los servicios municipales desprovistos de naturaleza económica será la de la gestión directa diferenciada o con órgano especial de administración, con discrecionalidad de la Corporación municipal para fijar la organización y gestión del servicio en cada caso, siendo las demás modalidades de gestión directa e indirectas (en cuanto a éstas, el concierto) aplicables en los casos en que, por la singularidad o especialidad del servicio, convenga exceptuar la citada regla general—que como tal tiene «vis atractiva»—del artículo 70 del RSCL.

## 2. SERVICIOS MUNICIPALES DE CARÁCTER ECONÓMICO.

En cuanto a los servicios municipales de carácter económico (abastecimientos, mataderos, mercados, autobuses, etc.), para que puedan ser objeto de gestión directa por la Administración municipal—con órgano especial de administración, Consejo de Administración y Gerente, según la regulación contenida en los artículos 71 y siguientes del RSCL, como regla general, salvo en los casos en que excepcionalmente se admite la gestión indiferenciada (art. 69-2 RSCL en relación con los arts. 172 y 173 LRL)—, se requiere, en cualquier caso, de previo expediente de municipalización conforme a los artículos 45 y siguientes del propio Reglamento de Servicios locales, excepción hecha de los servicios mínimos obligatorios (art. 42-2 RSCL), pero siempre que estos servicios mínimos se presten en régimen de concurrencia con los particulares, ya que si se tratara de prestarlos en régimen de monopolio, según se ha apuntado anteriormente, también se

---

estamos ante el supuesto de la concesión, o el objeto del arrendamiento son las instalaciones, y en este caso no nos encontramos, frente a lo que el Reglamento afirma, ante una forma de gestión de servicios, sino ante un contrato de arrendamiento de bienes.

requiere legalmente de previo expediente de municipalización según el artículo 166 de la LRL (28).

En definitiva, pues, mientras que el Ayuntamiento no municipalice en régimen de monopolio cualquier servicio económico, aun en el caso de que éste tenga carácter mínimo y obligatorio, no podrá impedir, en principio; y sin perjuicio de la autorización administrativa en su caso necesaria, que los particulares realicen actividades destinadas al mismo objeto, pues que la Ley atribuye a la competencia municipal la titularidad de tales servicios económicos no de manera directa, sino mediata, potencial y casuística, debiendo concretarse, actualizarse en cada caso, a través del correspondiente expediente de municipalización, mediante el que se acredite que la iniciativa privada falta o es insuficiente, expediente cuya decisión final, es sabido, escapa de la esfera municipal por estar atribuida esta facultad resolutoria al Ministerio de la Gobernación o, en su caso, al Consejo de Ministros. Obviamente por ello, en tanto no se produzca esta decisión final estatal, el Ayuntamiento carecerá de competencia para gestionar servicios de esta índole de manera exclusiva.

Por otra parte, la aplicación de la *concesión* para la gestión de servicios municipales económicos no puede efectuarse de manera general, aunque otra cosa parezca deducirse del artículo 114-3 del RSCL, si se advierte:

1.º Que la concesión, a diferencia de la autorización administrativa, se caracteriza fundamentalmente por el otorgamiento al particular o concesionario de una situación de privilegio, de modo que otros, en general los demás ciudadanos, no pueden acometer, por otorgarse con carácter privativo a favor de aquél, como señala la doctrina iusadministrativista (29) y asimismo se

---

(28) En materia de abastos, mataderos y mercados, no obstante, existe un cauce más sencillo que la municipalización con monopolio para conseguir en definitiva los mismos efectos que ésta: el «uso obligatorio» establecido por disposición de las Ordenanzas municipales. (Vid. arts. 19, 20 y 34 RSCL, y J. A. MANZANEDO y otros, *ob. cit.* en nota 12, pág. 395, opinión reiterada en *Corporaciones locales y desarrollo económico*, pág. 212).

(29) El profesor VILLAR PALASÍ advierte que la diferencia esencial entre concesión y autorización radica en el carácter excluyente y privativo propio de aquélla. (Vid. «Concesiones administrativas», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, IV, página 687, y en *RAP*, núm. 5, «La eficacia de la concesión y la cláusula sin perjuicio

deduce de la regulación de esta institución contenida en nuestro Derecho local (artículo 62 del RBEL en cuanto a la concesión demanial y de la regulación de la de servicios contenida en el RSCL).

En este sentido se ha manifestado además el Consejo de Estado, en dictamen de 14 de noviembre de 1950 (consulta número 6.683), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado que mediante la concesión la Administración otorga al concesionario el ejercicio de una actividad con carácter privativo (sentencia de 15 de febrero de 1969, Ar. 496), una facultad o derecho excluyente en la prestación del servicio (sentencia de 11 de octubre de 1968, Ar. 4.689).

2.º Siendo, por otro lado, el objeto propio de la concesión de servicio los de contenido y naturaleza económica (30), por

---

de tercero, págs. 347 y sigs.). En el mismo sentido, en la doctrina más reciente, MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho administrativo*, pág. 265. VALLINA VELARDE, al referirse a la nota de exclusividad de la concesión, señala que «por supuesto, para que pueda hablarse de concesión, es preciso que el servicio se encuentre monopolizado» (*ob. cit.* en nota 9, pág. 61). Por su parte, GARRIDO FALLA dice que la concesión es inaplicable respecto de actividades que se municipalicen sin una previa declaración legal de monopolio (*Tratado...*, cit., II, pág. 293, nota 9). No obstante, dado el frecuente uso que, al menos terminológicamente, se hace de la concesión, ocurre que, en rigor, las concesiones «son mucho menos numerosas de lo que a primera vista pudiera parecer», como advierte BAENA DEL ALCÁZAR, *ob. cit.* en nota 14, pág. 283.

(30) Según se deduce de la regulación contenida en la vigente LRL y en su Reglamento de Servicios: a) Que establecen al regular la concesión, una serie de condiciones que sólo pueden predicarse de servicios de carácter económico, como el canon o participación que haya de satisfacer el concesionario a la Corporación (art. 163-1-e Ley), fijación de las tarifas del servicio a abonar por los usuarios en función, entre otros elementos del normal beneficio industrial del empresario (arts. 126-2-b, 127-2 y 129 RSCL), etc.; b) a contrario sensu, al excluirse la posibilidad de aplicar la concesión de servicios a funciones de autoridad y a los servicios benéficos y asistenciales y, en general, a los servicios no económicos (artículos 42 y 43 RSCL), y c) en último término, por vía supletoria, confirma lo anterior la LCE, texto articulado aprobado por Decreto legislativo de 8 de abril de 1963, y su Reglamento de ejecución, que en sus artículos 63 y 198, respectivamente, limitan el objeto de la gestión indirecta, y por tanto de la concesión, a los servicios que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En la doctrina, GARRIDO FALLA advierte que la escisión entre titularidad y explotación del servicio que la concesión significa sólo es posible en aquellos servicios que, por implicar prestaciones a los particulares considerados *uti singoli*, suponen una explotación económica, de la que cabalmente se hace cargo el concesionario que obtiene como retribución de su actividad el producto de las tarifas o precios pagados por los usuarios (*Tratado...*, citado, II, pág. 338), y GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, para determinar el objeto

ser los únicos servicios susceptibles de explotación por empresarios particulares y comportar asimismo un riesgo empresarial que la Administración trata de eludir otorgando su gestión a aquéllos, parece al menos en una primera aproximación que si el Municipio, en la vigente legislación del Régimen local, carece de poder jurídico, de competencia para gestionar tales servicios económicos en forma excluyente y monopolística (a no ser que medie el correspondiente expediente de municipalización), tampoco puede otorgar su cesión en forma privilegiada y con el mismo alcance exclusivo o excluyente a otra persona o entidad.

Como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «la concesión es un acto de Derecho público que constituye una transferencia de poder jurídico que *originariamente* corresponde a la Administración» (sentencia de 20 de diciembre de 1954, Sala 3.<sup>a</sup>) y que la Administración pública no puede otorgar la gestión de un servicio a un particular por vía de concesión administrativa si las facultades que se transfieren no preexisten en el acuerdo municipal, ya que mediante la concesión se opera una transferencia de facultades que aquélla ha de tener legalmente atribuidas (sentencia de 11 de octubre de 1968, Aranzadi 4.689) (31).

3.<sup>o</sup> Ahora bien, si la Administración municipal, como excepción al principio de libertad económica, sólo puede obtener, conforme a la legislación actual del Régimen local común, competencia monopolística en materia económica a través de la municipalización (32) y este procedimiento aboca legalmente de manera preceptiva a la gestión directa, o a lo sumo mixta, de servicios económicos (salvo en el supuesto excepcional del ar-

---

de la concesión, distinguen entre servicios públicos económicos y no económicos, y afirman que sólo en relación con los primeros es concebible el sistema de concesión. (*Vid. Derecho administrativo*, I, 6.<sup>a</sup> edición, pág. 339). En análogo sentido, BAENA DEL ALCÁZAR, *ob. cit.* en nota 14, pág. 266.

(31) Otra sentencia, de 17 de diciembre de 1957, dice que la Corporación municipal no puede otorgar en régimen de monopolio el servicio de pompas fúnebres a un particular, siendo así que, gestionándose este servicio por particulares, aquélla necesita para ello municipalizarlo en régimen de monopolio y realizarlo mediante gestión directa o empresa mixta.

(32) Como advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, la municipalización juega legalmente como una carga para la adquisición de competencias nuevas por el Municipio. («La actividad industrial y mercantil de los Municipios», *RAP*, núm. 17, pág. 111).

título 100 del RSCL), quedará por tanto excluida la posibilidad de la concesión en los supuestos de los artículos 164 al 167 de la LRL, a pesar de lo que señala el artículo 114-3 del RSCL.

En este sentido, GUAITA (33) afirma que los servicios municipalizados en monopolio, como todos los municipalizados, han de prestarse directamente por el Municipio, por lo que no puede éste municipalizar en monopolio el servicio y luego concederlo en exclusiva a una empresa privada, basando esta conclusión en el artículo 160 de la LRL, según el cual interpretado a contrario, no pueden ser objeto de concesión los servicios cuya gestión directa esté legalmente impuesta a la Corporación local, así como el criterio jurisprudencial reflejado en la citada sentencia de 17 de diciembre de 1957 (34).

4.<sup>º</sup> Así, pues, según se desprende de lo expuesto, en este ámbito administrativo la técnica concesional sólo será aplicable en aquellos casos en que el Ayuntamiento tenga legalmente atribuida competencia o poder jurídico en forma exclusiva o excluyente sobre el servicio económico que trate de conceder, pero fuera en todo caso del ámbito de la municipalización. Ahora bien,

---

(33) *Ob. cit.* en nota 9, pág. 95, nota 15.

(34) En la doctrina más reciente, la cuestión planteada la resuelve J. A. MANZANEDO en el sentido de ampliar el ámbito de la municipalización a las formas de gestión indirecta, por estimar que si bien es cierto que el artículo 164 de la LRL nos habla de explotación «directa» de servicios municipalizados, el artículo 45 del RSCL precisa que ello no significa «gestión directa», sino asunción total o parcial del riesgo empresarial con potestades normativas y de control (*ob. cit.* en nota 12, pág. 831, nota 37). Interpretación que nos parece en extremo forzada, habida cuenta que, por un lado, el citado precepto reglamentario está incluido dentro del capítulo III del RSCL, relativo a la gestión directa de servicios, y por otro, que el mismo precisa el sentido del artículo 164 de la LRL y por lo tanto excluye la gestión indirecta, en la que no es la Corporación, sino un contratista, quien asume el riesgo de la empresa: aquélla sólo puede asumir este riesgo, en todo o en parte, en los casos de la gestión directa o mixta, respectivamente. El sentido de la expresión legal «explotación directa» lo interpreta GUAITA diciendo que «el carácter de directamente explotado por el Municipio que la Ley exige para que se dé un servicio municipalizado, no significa que el servicio lo preste precisamente la entidad local, Municipio, admitiendo que también existe explotación directa en los casos de que se constituya una empresa municipal o una empresa mixta, pues en los tres casos asume el Municipio, en todo o en parte, el riesgo de la empresa y el poder de regularla y fiscalizar su régimen (*ob. cit.* en nota anterior, pág. 92). En el mismo sentido, GARRIDO FALLA, quien afirma que «la vigente LRL, al no admitir sino las formas directas en la gestión de los servicios municipalizados en sus artículos 164 y siguientes, suprime rigurosamente la posibilidad de su concesión» (*Tratado...*, citado, II, pág. 339, nota 40).

¿en qué otro precepto o preceptos de la vigente LRL que no sea el artículo 166 se encuentran atribuidas a la Administración municipal competencias con tal carácter y alcance sobre servicios de la naturaleza de los que constituyen el objeto propio de la concesión, esto es, sobre servicios susceptibles de explotación económica?

ALBI, partiendo de la idea de que la municipalización no trae nada nuevo a la órbita local (?) y de que a través de ella el Municipio se limita a desarrollar su propia competencia, encuentra respuesta a esta cuestión en la amplísima enumeración de fines municipales señalados en el artículo 101 de la LRL (*Tratado...*, cit., págs. 122 a 126 y 261), idea ésta que ha tenido reflejo en el artículo 114-3 del RSCL.

Pero en rigor, como ha demostrado GARCÍA DE ENTERRÍA, el artículo 101 de la LRL, al seguir el sistema de cláusula general para la determinación de la esfera de actuación de los Municipios, atribuye a éstos «capacidad» para desarrollar en principio los fines que señala *ad exemplum*, pero no una auténtica competencia o esfera de poderes jurídicos concretos y, mucho menos, exclusivos frente al Estado (según se desprende del artículo 156 de la propia LRL), ni siquiera, cabe añadir, frente a la iniciativa de los particulares en materia económica, si, como se ha visto anteriormente, no se exceptiona en cada caso el principio de libertad económica mediante la correspondiente municipalización monopolística, necesaria, pues, para que el Ayuntamiento asuma competencia sobre los servicios económicos que señala la Ley, pero que al desembocar legalmente en la gestión directa, llega a confundir ambos términos—asunción de competencia y gestión directa—, que es preciso desconectar e independizar (35).

Por lo expuesto, nos parece absolutamente contradictorio con

---

(35) GARCÍA DE ENTERRÍA advierte la necesidad de desconectar legalmente la asunción de la titularidad del servicio de la gestión directa. «Hoy, dice, entre nosotros, el concepto de municipalización engloba en una suerte común los dos términos distintos de asunción del servicio y gestión directa... lo que viene a condicionar la posibilidad de que el Municipio asuma como servicio propio una actividad hasta entonces exenta de su competencia, a la adopción de una rígida forma de gestión que es onerosísima, ya que impone una ingente adquisición patrimonial, la de las instalaciones del servicio, y que además es perfectamente imaginable que resulte en concreto absolutamente inidónea» (*op. cit.* en nota 32, pág. 109).

el sistema de competencia articulado en la LRL, el artículo 114-3 del RSCL, al aludir a la concesión de los servicios señalados en los artículos 164 a 167 de dicha Ley, reguladores de la municipalización, así como insuficiente al menos en su referencia a los artículos 101 a 103 de la LRL, que no otorgan a los Municipios competencias exclusivas sino una competencia general y en ciertos supuestos mínima, que es objeto de desarrollo a través de leyes y disposiciones especiales. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de septiembre de 1969 dice que el artículo 101 de la LRL enumera una serie de fines legitimadores de la actividad municipal, pero la mera inclusión de los servicios que incluye en el sistema de cláusula general utilizado carece en realidad de contenido, si no se acude, para completar y concretar su sentido, a la legislación especial reguladora de cada materia administrativa, no obstante la amplia declaración del artículo 114 del RSCL en relación con su disposición transitoria 4.<sup>a</sup>, que intenta vanamente establecer una competencia exclusiva en favor de los Municipios para cuantos servicios abarcan los artículos que cita de la LRL.

Concretamente en relación con los servicios municipales económicos, a que nos venimos refiriendo, esta legislación estatal especial sustrae en unos casos esa competencia general del Municipio para atribuírsela al Estado (como ocurre en los casos del servicio de gas y de electricidad), en otros casos se permite la concurrencia de la iniciativa privada (como sucede en materia de mataderos y frigoríficos) o ya incluso se trata de garantizar su libre manifestación y ejercicio contra todo tipo de restricción municipal de la concurrencia, como ocurre en materia de mercados, lonjas y en general de abastecimiento de poblaciones, según la Ley de Prácticas restrictivas de la competencia de 1963 (especialmente artículo 4.<sup>o</sup>-2).

Por otra parte, en cuanto a los servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado, que constituyen servicios urbanísticos de carácter mínimo según la LRL (artículo 102), la Ley del Suelo y Ordenación urbana de 12 de mayo de 1956 permite expresamente la iniciativa y colaboración particular en orden a la gestión urbanística (artículos 4.<sup>o</sup>, 40 a 42 y 102, entre otros). Cues-

ción distinta es la relativa al posible aprovechamiento económico, agrícola o industrial de los residuos derivados de algunos de estos servicios, por ejemplo del alcantarillado; aprovechamiento que puede ser objeto de concesión, aun cuando esta legislación no atribuya competencia funcional exclusiva al Ayuntamiento sobre estos servicios, por el hecho de tratarse de materias producidas por un servicio municipal, que en consecuencia hay que considerar de propiedad del Municipio. En este sentido, el artículo 13 de la Ley de Aguas establece que «pertenecen a los pueblos las aguas sobrantes de sus fuentes, cloacas y establecimientos públicos», refiriéndose a continuación a su aprovechamiento, que podrá otorgarse «en virtud de concesiones de los Ayuntamientos».

Y en lo que se refiere al servicio de transporte urbano de viajeros mediante autobuses, que constituye el servicio público municipal a que se aplica tradicionalmente por excelencia el régimen de la concesión, si bien la legislación especial de este servicio asigna competencia exclusiva a los Ayuntamientos para efectuar su concesión, sin embargo esta asignación competencial se hace con un alcance muy limitado y atendiendo a un criterio basado en la titularidad de las vías urbanas o caminos que se utilicen para la prestación de este servicio. La competencia privativa se atribuye, pues, al Municipio no en atención a un criterio material y funcional, que es el propio de la concesión de servicios, sino a un criterio dominical, la propiedad de las vías sobre que se desarrolla y presta el servicio, que es más propio de la concesión demanial (36). (Por lo demás, la competencia

---

(36) Como advierten MANZANEDO y PARADA VÁZQUEZ, «bajo estas concesiones de servicios urbanos existe una autorización para uso especial del demanio» (*ob. cit.* en nota 22, pág. 199). Cfr., además, GARCÍA DE ENTERRÍA, «El servicio público de transportes urbanos», en *RAP*, núm. 10, págs. 53 y sigs.; GARRIDO FALLA, «Competencia municipal sobre transportes mecánicos por carretera dentro del casco urbano», *RAP*, número 40, págs. 513 y sigs.; N. GÓMEZ DE ENTERRÍA, «La delimitación condicionada del casco urbano a efectos de competencia municipal en materia de transportes por carretera», *RAP*, núm. 42, págs. 247 y sigs. El proyecto de Ley de Bases de Régimen local parece superar este criterio al atribuir directamente al Municipio, como función de su competencia propia, el servicio de transportes urbanos: «En materia de transportes urbanos, dice la Base 11-3, corresponde al Municipio la competencia para el establecimiento de líneas, otorgamiento de concesiones, inspección y sanción, cuando los mismos empiecen y terminen su recorrido dentro de los límites del

sobre los demás servicios de transporte que se presten en el término municipal—ferrocarriles tanto de superficie como subterráneos, tranvías y trolebuses, estaciones de autobuses, puertos y aeropuertos—ha sido prácticamente en su totalidad sustraída en favor de la Administración del Estado, y concretamente del Ministerio de Obras Públicas, salvo en cuanto a los aeropuertos en que la competencia se asigna al Ministerio del Aire, hasta el punto de que en muchos casos, como ocurre por ejemplo cuando el Ayuntamiento trate de instalar una estación de autobuses o un aeropuerto, habrá de obtener previamente la correspondiente concesión estatal).

Si bien se advierte, pues, en los casos en que la legislación especial del correspondiente servicio o materia otorga competencia al Ayuntamiento para efectuar su concesión, lo hace con base en un criterio, el dominical, que está en contradicción con la normativa general del Régimen local actual, que, más moderno, supera la anticuada doctrina del «bien indivisible», al establecer de modo general que el uso de los bienes de servicio público se regirá ante todo por las normas del RSCL y subsidiariamente por las del RBEL (según el artículo 58, apartados 2 y 3 de este último).

#### IV. LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA REGLAMENTADA COMO TECNICA DE INTERVENCION MUNICIPAL DE ACTIVIDADES PRIVADAS DE INTERES PUBLICO

##### 1. CONCEPTO Y DERECHO VICENTE.

La aplicación de la concesión administrativa no puede hacerse, según lo expuesto, de una manera general e indiscriminada para la gestión de cualquiera de los servicios a que se refiere el artículo 114-3 del RSCL; antes bien, según lo dicho, entendemos que salvo criterio mejor fundado, solamente podrá aplicarse en

---

término municipal, así como el establecimiento de estaciones de autobuses». Así, pues, estos servicios, en la futura LRL, si el proyecto citado no es modificado en este punto, se asignarán al Municipio con carácter de «función propia» de la titularidad municipal, de manera directa *ex lege*, sin necesidad por tanto de expediente de municipalización previo. (*Vid.* Base 10-4, en relación con la citada anteriormente).

aquellos casos en que, dada la generalidad del artículo 101 de la LRL, la legislación especial de cada servicio o materia administrativa confiere al Ayuntamiento la competencia específica y con carácter exclusivo sobre el servicio cuya gestión y explotación trate de otorgarse. Aunque esta limitación de la técnica gestora cuestionada no significa, no quiere decir en modo alguno, que la Administración municipal no disponga legalmente de otras técnicas para intervenir y garantizar eficazmente los intereses generales de la comunidad legal en cuanto puedan resultar afectados por las actividades o «servicios prestados al público» por particulares, sino sencillamente que, en principio, por la sola referencia de los citados preceptos legales, no son susceptibles de concesión, no obstante estar incluidos en la amplia enumeración del citado precepto legal, que como se ha visto no atribuye a los Municipios competencias exclusivas sobre las materias que recoge, debiendo completarse con la legislación específica relativa a cada una de ellas (37).

En los casos en que esta legislación especial no otorgue a los Municipios competencia con ese carácter y alcance privativo, los particulares podrán desarrollar actividades destinadas al público sin necesidad de concesión, siendo entonces la fórmula de intervención municipal idónea la de autorización administrativa. Estas actividades o servicios particulares prestados al público—que también suelen ser denominados por la doctrina servicios públicos «impropios» o «virtuales»—han sido caracterizadas doctrinalmente atendiendo a dos notas principales, una subjetiva,

---

(37) Como dice GUAITA, la concesión supone una transferencia de la Administración al particular de algo que, claro está, pertenece a aquélla, y si no hay esta pertenencia tampoco habrá concesión, sino autorización, de modo que cuando ante una misma disposición legal un autor entiende que aquélla regula una concesión y otro estima que se está en presencia de una autorización, pese a estar de acuerdo sobre el significado de uno y otro término, eso indica que para el primero la norma contempla algo propio de la Administración (pues si no fuera así no lo podría conceder), mientras que para el segundo la norma contempla un derecho que ya tiene el particular (es de éste y por tanto no se le puede conceder) cuyo ejercicio precisa de la necesaria autorización administrativa (*ob. cit.* en nota 9, páginas 183-184).

Sobre el progresivo vaciamiento de contenido del artículo 101 de la LRL, a través de la legislación administrativa especial de sentido centralizador, puede consultarse, por todos, F. ALBI, *La crisis del municipalismo*, I. E. A. L., Madrid, 1966, páginas 450-471.

en cuanto la titularidad sobre los mismos no corresponde a la Administración pública, sino a los particulares, al no haberse hecho declaración alguna de asunción por un ente público (por lo que queda fuera del concepto de servicio público *strictu sensu*), y otra objetiva, que atiende a los intereses generales que estas actividades particulares evidentemente satisfacen; piénsese, por ejemplo, sobre las actividades de este tipo que en general se citan en materia de sanidad (farmacias, clínicas particulares), beneficencia, enseñanza, transportes urbanos mediante el llamado servicio de taxis (38), crédito, hostelería, etc.; característica objetiva en virtud de la cual estas actividades han de ser objeto de intervención administrativa a fin de garantizar debidamente los intereses generales a que se dirigen.

En nuestro Derecho positivo, como señala ENTRENA CUESTA (39) y recientemente BAENA DEL ALCÁZAR (40), aunque todavía no ha sido suficientemente desarrollado este concepto jurídico, puede considerarse que supone un diagnóstico certero de la realidad, como demuestra el hecho de haber sido recogida esta categoría general en los artículos 1.º, número 4, y 17 del RSCL, que autoriza la intervención de los Ayuntamientos en los casos en que la realización de tales actividades o servicios particulares lleve consigo la utilización especial o privativa de bienes de dominio público (municipal), para imponer la prestación de aquéllos debidamente y bajo tarifa; estableciendo concretamente el artículo 17 que

---

(38) Cfr. ENTRENA CUESTA, «El servicio de taxis», *RAP*, núm. 27, págs. 29 y siguientes. Asimismo en relación con la significación conceptual y problemática general de los servicios privados de interés público, ALVAREZ-GENDÍN, que dice que el servicio público impropio, que denomina «servicio de necesidad», no es verdadero servicio público, atendiendo a sus elementos subjetivos y objetivos, sino el prestado, a su iniciativa, por empresas particulares al público (*Tratado de Derecho administrativo*, I, Barcelona, 1959, págs. 495-496); F. ALBI, «El servicio público municipal y sus modos de gestión», *REVL*, núm. 35, págs. 652 y sigs., y núm. 36, páginas 876 y sigs. Más recientemente, VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», *RAP*, núm. 3, pág. 67, y *La intervención administrativa en la industria*, Col. Estudios de Administración, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 258; BAENA DEL ALCÁZAR, *Los transportes mecánicos por carretera en el Derecho administrativo español*. Ed. Montecorvo, págs. 84 a 86.

(39) *Op. cit.* en nota anterior, pág. 35.

(40) *Op. cit.* en nota 38, pág. 85.

«en la reglamentación de los servicios privados prestados al público, a los que se refiere el número 4.º del artículo 1.º, corresponderá a las Corporaciones locales otorgar la autorización, aprobar las tarifas del servicio, fijar las condiciones técnicas y determinar las modalidades de prestación, las garantías de interés público y las sanciones aplicables en caso de infracción, así como los supuestos en que procediere revocar la autorización».

No cabe, pues, confusión entre servicio público *strictu sensu* y esta clase de actividades o servicios, que han de someterse a una autorización administrativa que presupone una reglamentación específica; actuaciones administrativas, por vías reglamentaria y singular, a través de las cuales el servicio y sus beneficiarios quedan sujetos a una situación semejante o análoga a la del servicio público propiamente dicho (tarificación, condiciones técnicas necesarias, garantías del interés público que satisfacen, etc.), aunque se diferencia del servicio público *strictu sensu* en que en éste la Administración pública asume la titularidad o competencia sobre el servicio en virtud de una norma legal habilitante. (*Vid.* sobre este extremo, A. CARRETERO, estudio citado en nota 25, pág. 22).

## 2. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS POR VÍAS REGLAMENTARIA Y SINGULAR.

Así, pues, en consonancia con lo previsto en el Derecho local vigente, y por supuesto en los principios fundamentales que lo inspiran, sobre aquellas actividades consideradas de interés general, pero privadas al no existir una norma legal en virtud de la cual la Administración asuma su titularidad en forma exclusiva—bien de modo directo *ex lege*, o bien, en su caso, a través del correspondiente expediente de municipalización—, la competencia y la intervención municipal podrán efectuarse en cada materia, en los casos y con el alcance autorizados legalmente, mediante dos actuaciones sucesivas y complementarias la una de la otra:

1.ª Por vía jurídica general, actuando el Ayuntamiento en ejercicio de su poder de Ordenanza propio, esto es, discipli-

nando mediante los correspondientes reglamentos las actividades o servicios privados de interés público a que se refieren genéricamente los preceptos indicados, aunque esta reglamentación—que viene a constituir, en definitiva, como es sabido, una exigencia de los principios de generalidad y de igualdad de los administrados ante la ley—está sujeta, como es obvio, a los límites propios de la potestad reglamentaria, en virtud de los principios de legalidad y de jerarquía normativa (artículo 108 de la LRL) y al procedimiento general de elaboración de las Ordenanzas locales (artículos 109 y 110 de la propia LRL) (41). ALBI dice, a este respecto, que para que un servicio pueda prestarse bajo el régimen que estamos examinando, es indispensable la existencia de un reglamento legalmente tramitado y aprobado, en que la Corporación interesada consigne las bases generales del sistema.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el ámbito de las materias o actividades particulares de interés público que pueden ser objeto de este tipo de reglamentación local se verá limitado a aquellas en que el Estado no haya asumido esta potestad, cosa que ocurre hoy en relación con numerosas actividades que, a pesar de estar comprendidas en la competencia municipal general del artículo 101 de la LRL, se encuentran reguladas e intervenidas por aquél (así ocurre, por ejemplo, en el caso de los espectáculos públicos, mataderos y almacenes frigoríficos, actividades de crédito y ahorro, transportes por carretera dentro del término municipal pero fuera del casco urbano de la población, farmacias, balnearios, escuelas, etc., según la legislación especial aplicable a cada una de estas actividades desarrolladas por particulares sobre tales materias).

2.<sup>a</sup> Una vez reglamentada por el Ayuntamiento la correspondiente actividad, la actuación administrativa subsiguiente se efectuará por vía singular, a través de actos administrativos con-

---

(41) *Vid.* sobre el poder de Ordenanza, BOQUERA OLIVER, «Los límites del poder de Ordenanza», *REVL*, núm. 160; «La aprobación de las Ordenanzas municipales», revista citada, núm. 162, y «La publicación de las Ordenanzas municipales», revista citada, núm. 166. En términos más generales, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, y L. MARTÍN-RETORTILLO, «Actos generales y reglamentos», *RAP*, núm. 40, págs. 225 y sigs.

cretos, *strictu sensu*, concretamente mediante la técnica de la autorización administrativa (42), que actúa así como acto-condición, que coloca a los sujetos a que se otorga en una situación legal o reglamentaria. Esta autorización en virtud de la cual se faculta al particular para prestar el servicio destinado al público, no es sino el cauce por el que se aplica a sus destinatarios la reglamentación correspondiente, esto es, las normas que constituyen el acto-regla que disciplina el servicio o actividad de que se trate.

Se requiere, pues, según el artículo 17 del RSCL, de una reglamentación a aplicar en cada caso mediante la correspondiente autorización administrativa, que legitimará al particular para el ejercicio de una actividad de utilidad pública que continúa siendo privada, en cuanto no asumida legalmente por la Corporación local. Está claro, por ello, como advierte ENTRENA CUESTA (43), que estas técnicas constituyen medidas típicas de la policía administrativa, según se desprende además de la circunstancia de que su regulación actual en la esfera local se encuentre contenida en el título primero del RSCL, que lleva como epígrafe «intervención administrativa en la actividad privada» (teniendo en cuenta que el término «intervención» se utiliza en el sentido de la clásica actividad de policía administrativa, como demuestra la enumeración de los medios a través de los cuales se ejerce esta intervención, que señala el artículo 5.º del citado Reglamento). La Administración municipal actúa, pues, aquí como Administración pública dotada de una potestad de imperio o de policía, que ejercita frente a los particulares a través del Reglamento y la autorización subsiguiente, que sitúan o colocan a cada uno de aquéllos en una relación de sujeción especial respecto de aquélla, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la concesión de servicios públicos, en que, como advierte DE VALLES

---

(42) *Vid.* a este respecto, sobre la doctrina general del acto administrativo, por todos, BALLBÉ, «Actos administrativos», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, II. En la doctrina actual, GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, páginas 295 y sigs. Especialmente en cuanto a la autorización administrativa, GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, cit., vol. I, págs. 444 a 448, y vol. II, páginas 159 a 165; y ENTRENA CUESTA, «Las licencias en la legislación local», *REVL*, núm. 107, págs. 641 y sigs.

(43) *Op. cit.* en nota 38, pág. 39.

(citado por ENTRENA CUESTA), la Administración actúa frente al gestor o concesionario como un acreedor frente al obligado, como consecuencia del contrato de concesión.

### 3. CARACTERÍSTICAS Y ALCANCE.

Interesa precisar, al objeto del presente estudio, el significado y alcance de la autorización reglamentada de los servicios privados de interés público. Aplicando los criterios de la jurisprudencia y la doctrina iusadministrativista, este tipo de autorización puede caracterizarse fundamentalmente por las siguientes notas:

— Se trata, en primer lugar, de una autorización *constitutiva*, no de una autorización pura y simple, pues su significación trasciende y excede de una mera remoción de límites; en su virtud, se crea una nueva situación y relación jurídica entre la Administración autorizante y el particular que pretende prestar el servicio de utilidad o interés público, y en la que la Administración municipal tiene atribuidas amplias e importantes facultades. Estas atribuciones, según se ha visto, no se limitan al otorgamiento de la autorización, sino también a aprobar las tarifas del servicio y demás extremos que señala el artículo 17 del RSCL, teniendo en consecuencia competencia el Ayuntamiento para determinar y fijar todas las garantías de interés público que requiera el asegurar la debida prestación del servicio (44).

— Por otra parte, este tipo de autorización tiene carácter *operativo*, en el sentido que da a este término MANZANEDO (45), ya que el control de la Administración sobre estas actividades privadas de interés público se inicia con la exigencia de la autorización y se desarrolla y mantiene a lo largo del ejercicio de la actividad autorizada, mediante la necesidad de someterse no ya sólo a las condiciones, términos y modos que a dicha autoriza-

---

(44) La distinción entre autorización «pura» y autorización «constitutiva» de relaciones, está recogida en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, según la cual la primera se agota al remover los límites de un determinado derecho, mientras que la segunda es aquella por la cual detrás del acto que la genera aparece una nueva situación jurídica. Cfr. sentencia de 11 de octubre de 1958 (Aranzadi 4.689).

(45) *Ob. cit.* en nota 12, págs. 702-704.

ción se señalen, sino a toda una disposición de carácter reglamentario (46). Lo que, como advierte el propio MANZANEDO, conduce a resultados prácticos similares a los que se obtienen a través de la «concesión», de la que únicamente la diferencia el dato primordial de que las actividades en cuestión no están asumidas por el ente público como propias, sino que constitucionalmente se reconocen a la libre iniciativa privada (47). ALBI llegó incluso a caracterizar este tipo de autorización como un modo gestor, en el sentido de que, a diferencia de lo que ocurría en la autorización clásica, de carácter negativo—simple remoción de límites—, la Administración autorizante no se desentiende del futuro de la actividad de interés público autorizada, que impulsa, vigila y encuadra en una disciplina jurídica adecuada (48).

— Se trata, en fin, de una autorización de carácter *reglado*, en cuanto que su otorgamiento ha de efectuarse a favor del particular o particulares que, cumpliendo las condiciones y requisitos establecidos en la correspondiente reglamentación aplicable del servicio o actividad, lo soliciten.

El alcance de esta autorización reglada ofrece sin embargo en los preceptos del RSCL citados una importante limitación en cuanto a su objeto, por cuanto que sólo es aplicable, hoy por hoy, a aquellos servicios privados de interés público que requieran para poder funcionar de la utilización especial o privativa de bienes municipales de dominio público, de donde que este tipo de autorización se otorgará conforme al RBEL (artículos 58-3 y 61), al que remite expresamente el RSCL (artículo 17-2) (49). Esta limitación legal sitúa fuera del ámbito de

(46) *Vid.* ENTRENA CUESTA, *op. cit.* en nota 38, pág. 40.

(47) Advierte MANZANEDO que el límite entre iniciativa privada y actividad pública es una frontera constitucional, una decisión política adoptada a la hora de diseñar los ámbitos reconocidos al sector privado y al público, que permite en cualquier caso deslindar con certeza las actividades correspondientes a cada uno de dichos sectores, aunque no impide en forma alguna la existencia de casos límites fronterizos en los que el diseño se vuelve borroso por influencia recíproca (*ob. cit.*, pág. 704).

(48) *Ob. cit.*, págs. 695 y siguiente.

(49) Obsérvese, como advierte ALBI, que de los artículos 14.º y 9 del RSCL se deduce que la ocupación privativa del demanio sólo requiere licencia o autorización; existe, pues, una colisión entre el RSCL y la regulación demanial regulada

aplicación de esta técnica de intervención administrativa a aquellas actividades particulares de interés público que no requieran de una base demanial (piénsese, por ejemplo, en un matadero privado construido y explotado por un particular sobre terrenos de su propiedad, o más simplemente, en el supuesto de un horno o panadería particular), que la Administración municipal no podrá en consecuencia ordenar e intervenir al amparo de los citados preceptos reglamentarios, sino a través de otras técnicas de policía administrativa, como será en su caso la preceptiva licencia de apertura, conforme al artículo 22 del propio RSCL, y en cuanto a aquellas actividades o establecimientos que incidan o puedan incidir en el régimen de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, su normativa propia y específica (50), completada en su caso con las correspondientes Ordenanzas municipales.

La superior incidencia de la autorización administrativa de las actividades particulares a que nos referimos sobre la mera licencia policial, dado el carácter constitutivo y operativo de aquélla en los términos señalados, por un lado, y la aplicación de la concesión de servicio no de modo general, sino en aquellos casos específicos en que el Ayuntamiento tenga atribuida la correspondiente titularidad exclusiva (fuera del ámbito de la municipalización), por otro lado, conduce en definitivas cuentas a considerar, *de lege ferende*, si no resultaría más conveniente generalizar o ampliar aquella técnica autorizante a todas las actividades o servicios privados de interés público, requieran o no de una base demanial, otorgando al efecto a las Corporaciones locales, en análogos o parecidos términos a los establecidos hoy por el artículo 17 del RSCL, de facultades de intervención administrativa, de poderes de fiscalización o control tan amplios como los que otorga este precepto, ya que las garantías del interés público podrían recoger todas las obligaciones del particular autorizado que fuese preciso establecer en sus relaciones con los

---

por el RBEL (arts. 62 y sigs.), que debe resolverse según el RSCL, de vigencia posterior (*Tratado...*, cit., pág. 513).

(50) El Reglamento aprobado por Decreto de 30 de noviembre de 1961 y demás normas modificativas y complementarias.

usuarios (51), las condiciones de prestación del servicio que fueren necesarias, e incluso el pago de una tasa fiscal o canon cuando el servicio particular comporte un uso o aprovechamiento especial de bienes municipales de dominio público, vías urbanas, etc.; poderes de control tan amplios prácticamente como los que en relación con el contenido de la concesión marca el artículo 115 del propio Reglamento de Servicios, habida cuenta que dicha autorización presupone toda una reglamentación del servicio particular, contiene o puede contener un clausulado similar al de la concesión y, en fin, que el incumplimiento de las condiciones fijadas al otorgar aquélla lleva aparejada su caducidad según el artículo 16 del citado Reglamento (52).

Refiriéndose específicamente al servicio de transporte urbano de viajeros, GONZÁLEZ-BERENGUER (53) advierte en este sentido que si la Administración sustituye la idea de que es un servicio público por la de que se trata de un servicio prestado al público por un particular, no hará sino una demostración de realismo. ¿No es más realista calificar la relación de autorización reglamentada antes que de concesión? Entiéndase que con ello la Administración no aflojaría ni una de las potestades administrativas sobre el servicio; basta para ello con dar a la autorización el mismo contenido que hoy se da a la concesión; y concluye afirmando que la concesión de servicios públicos no puede ni debe extenderse a aquellas actividades particulares que, aun cuando sean de interés público, no constituyan auténticos servicios

---

(51) Garantías del interés público entre las que pueden establecerse, sobre la base de la correspondiente reglamentación, las cláusulas y condiciones que aseguren la igualdad y la generalidad (la prestación de la actividad de interés público a todo el que cumpla los requisitos y condiciones generales reglamentarias) y la continuidad o prestación de la actividad en todo momento, e incluso la posibilidad de subrogarse la Administración en el lugar y situación del particular autorizado cuando circunstancias de interés público así lo exijan.

(52) *Vid.* sobre la significación doctrinal y jurisprudencial de este importante precepto reglamentario, entre otros: R. ENTRENA CUESTA, «Las licencias en la legislación local», *REVL*, núm. 107; BOQUERA OLIVER, «El condicionamiento de las licencias», *RAP*, núm. 37; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, citado, págs. 701-710; R. MARTÍN MATEO, «Silencio positivo y actividad autorizante», *RAP*, núm. 48; J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, «Ineficacia del acto administrativo», *REVL*, núm. 157.

(53) *Cfr.* «El futuro de las concesiones», en la revista *El Consultor de los Ayuntamientos*, anuario del año 1965, págs. 409 y sigs.

públicos, citando como ejemplo al respecto el referido servicio de transporte urbano de viajeros, que equipara al denominado servicio de taxis (54).

En análogo sentido, puede citarse la práctica administrativa de otorgar el Ministerio de Obras Públicas autorizaciones (en precario) para servicios de transporte mecánico por carretera calificados de «regulares», en lugar del procedimiento de la concesión establecido por la Ley de 27 de diciembre de 1947, con lo que se equiparan en consecuencia estos servicios «regulares» a los calificados por la propia Ley de «discrecionales», que sólo requieren de autorización; práctica administrativa que ha sido criticada por la doctrina especializada (55).

Ahora bien, en la esfera municipal, estimamos que, aun cuando el régimen de la autorización reglamentada otorga poderes de control y fiscalización tan amplios como el de la concesión de servicios, sin embargo, al no facultar aquella autorización a la Administración o Ayuntamiento para obtener mediante re-

---

(54) En este mismo sentido, el artículo 186 del vigente Código de la Circulación recoge esta técnica de la autorización como forma de intervención de los Municipios en los transportes colectivos de viajeros de carácter urbano. Dice este precepto: «Las autorizaciones se concederán: por el Ministerio de Obras Públicas, para los servicios interurbanos, y por los respectivos Municipios, para los urbanos. Cuando estos últimos se deban realizar utilizando carreteras del Estado o de la Provincia, el Ayuntamiento dará cuenta al Ministerio de Obras Públicas de la autorización que de él se solicita, para que éste, previo informe de la Jefatura de Obras Públicas y de la Diputación provincial, en su caso, señale las condiciones que al tráfico y buena conservación del camino convengan».

(55) *Vid.* BAENA DEL ALCÁZAR, *Los transportes mecánicos por carretera en el Derecho administrativo español*, cit., págs. 409 y sigs. Añade BAENA que el fracaso en el intento de encauzar el transporte de mercancías hacia las concesiones ha hecho que servicios regulares que debieran gestionarse a través de concesión se gestionen mediante autorización, lo que ha llevado incluso a una descomposición del sistema legal al promulgarse el Decreto de 3 de marzo de 1966, con lo que se abandona el principio, proclamado pero en realidad incumplido, de que los servicios regulares de transporte de mercancías por carretera debieran efectuarse siempre mediante la existencia de una concesión administrativa (*ob. cit.*, pág. 62). *Vid.* también en análogo sentido, E. GARCÍA MARTÍNEZ, «La naturaleza institucional de los servicios de transporte mecánico por carretera en el Ordenamiento jurídico vigente», *RAP*, núm. 55, págs. 347 y sigs. En una referencia al Derecho comparado, se advierte que en Francia, Bélgica y Holanda los servicios regulares, tanto de viajeros como de mercancías, son establecidos mediante autorizaciones administrativas; y en Italia, como en España, está previsto el sistema de concesiones para servicios regulares, tanto de viajeros como de mercancías, si bien por lo que se refiere a estos últimos, tal sistema de concesiones no ha llegado a implantarse en la práctica (*op. cit.*, pág. 379, nota 28).

versión los bienes afectados al servicio de transporte urbano de viajeros, y con ello garantizar la continuidad en su prestación cuando finalice la virtualidad o plazo de la autorización, es más conveniente y adecuado para los intereses municipales el régimen de la concesión administrativa, aplicable por existir base legal suficiente para ello, según se ha visto anteriormente.

## V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, se desprenden las siguientes:

1.<sup>a</sup> Ofrece indudable trascendencia jurídica la distinción entre servicios públicos municipales integrales, sobre los que la Ley otorga al Ayuntamiento competencia exclusiva o privativa, y servicios públicos municipales concurrentes o compartidos con la iniciativa privada. Entre otras consecuencias que se derivan de esta distinción, tenemos que en materia de gestión de servicios municipales, la concesión, al otorgar facultades privativas o exclusivas, sólo es, en rigor, aplicable a los primeros, ya que el Municipio como cualquier otra Administración pública, según la jurisprudencia y la doctrina, no puede otorgar facultades de que carezca legalmente; y en relación con los demás servicios sobre que se extiende la competencia municipal en general, pero sin carácter exclusivo, el Ayuntamiento constitucionalmente ha de reconocer y respetar la libre iniciativa privada, y en consecuencia la actividad municipal ha de desarrollarse en estos casos en régimen de concurrencia con los particulares; es decir, en aquellos supuestos en que no exista una norma legal habilitante que atribuya al Municipio la necesaria competencia exclusiva, el Ayuntamiento no podrá efectuar su concesión privativa, por carecer legalmente de facultades para ello.

2.<sup>a</sup> Por lo que se refiere especialmente a los servicios públicos municipales de carácter económico, el Ayuntamiento, en el sistema de la vigente legislación del Régimen local, sólo puede adquirir la correspondiente competencia exclusiva a través del respectivo expediente de municipalización, que hoy por hoy, según dicho sistema, excluye la posibilidad de aplicar el procedi-

miento de la concesión. Si bien hay que tener en cuenta que la legislación especial vigente sobre determinadas materias atribuye directamente al Ayuntamiento competencia exclusiva y como consecuencia de ello la procedencia de aplicación en los mismos de la técnica concesional, aunque con base a veces en un criterio más propio de la concesión demanial que de la de servicios.

3.<sup>a</sup> El Ayuntamiento puede prestar en general cualquier clase o tipo de servicio o actividad que «tenga por objeto la satisfacción de las necesidades generales y de las aspiraciones ideales de la comunidad municipal» (artículo 101-2-*k* de la LRL), pero en aquellos casos en que no tenga asignada competencia privativa, por no existir una norma legal habilitante en virtud de la cual el Municipio asuma la correspondiente competencia con tal carácter y alcance, habrá de compartir su actuación administrativa con la autonomía privada, con la actividad de los particulares. Estos podrán, por tanto, en tales casos, prestar servicios de interés público, en relación con los cuales la fórmula idónea que ha de revestir la intervención municipal ha de ser la de la autorización reglada, de carácter constitutivo y operativo, y que requiere de una previa ordenación jurídica de las actividades particulares de que se trate en cuanto afectantes al interés general de la comunidad vecinal.

4.<sup>a</sup> Esta autorización supone un régimen y un procedimiento de intervención administrativa mucho más flexible que el excesivamente formalista y rígido de la concesión, tal y como aparece regulada en el Derecho vigente de las Corporaciones locales; sin perjuicio, en el supuesto de aquélla, de las garantías de objetividad e imparcialidad que deben presidir toda la actuación administrativa, habida cuenta que en el caso de que el número de autorizaciones que puedan otorgarse en una determinada materia por el Ayuntamiento tenga carácter limitado, su otorgamiento habrá de efectuarse mediante la aplicación de un procedimiento de licitación (56).

5.<sup>a</sup> De una estricta y precisa separación de los supuestos en

---

(56) Así está previsto hoy en el artículo 61-2 del RBEL: «Las autorizaciones se otorgarán directamente, salvo si, por cualquier circunstancia, se limitare el número de las mismas, en cuyo caso lo serán por licitación».

que han de ser aplicadas las técnicas de la concesión y la autorización reglamentada, resulta que la autonomía privada no se verá limitada, fuera de los casos legalmente establecidos, por el privilegio o exclusiva que la concesión otorga solamente al gestor, y por otra parte también se producirá un beneficio para los intereses públicos, ya que al verse facilitada la concurrencia de los particulares en la realización de actividades de interés público e incrementada la cantidad y variedad de prestaciones y servicios, éstos ganarán en competencia y eficacia y la Administración verá ampliadas sus posibilidades de promover la mejora y perfeccionamiento de la gestión de cuantas actividades puedan redundar en beneficio de la comunidad vecinal, al no verse limitada contractualmente en su relación con una sola persona o entidad concesionaria.

6.<sup>a</sup> Al no aplicarse, en consecuencia, para cubrir todo el amplio campo de las actividades de interés público no configuradas ni asumidas legalmente por la Administración como servicios públicos, el régimen del contrato (concesión), sino el del acto administrativo (autorización reglamentaria), la Administración no estará sujeta al régimen de modificación de los contratos, sino que podrá modificar unilateralmente, conforme a las normas aplicables, los términos de la autorización, tarifas, etcétera (57).

7.<sup>a</sup> En cuanto a la extinción de la autorización, al otorgarse en principio por tiempo indefinido, permitirá eludir la fijación

---

(57) Esta doctrina ha sido mantenida por nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de febrero de 1958, según la cual «al no establecerse vínculo contractual entre la Administración y las empresas, con motivo de la regulación de las tarifas de suministro de energía eléctrica, no cabe hablar de que la Administración se encuentre legalmente imposibilitada de modificar unilateralmente un pacto, porque las tarifas bloque, fijadas previo un estudio prolijo y meditado, con respecto a los intereses de las empresas y a los no menos respetables de los usuarios, y en cuya labor opera sin fin lucrativo y sí concertando intereses contrapuestos, ciertamente fueron aceptadas por las empresas reclamantes y no impuestas, pero fueron redactadas y puestas en vigor sin previo pacto o concierto, porque la Administración no concertaba o pactaba unas tarifas con las Compañías, sino que normaba y establecía unas condiciones reguladoras del mercado de un producto, en ejercicio de unas facultades de soberanía, sin que ello quiera decir, ni mucho menos, que el Estado pueda y deba desentenderse de los problemas de índole económica que afecten a las empresas, y que precisamente ha tenido y tiene en cuenta, para permitir al ingente capital aportado a este género de empresas que rinda una rentabilidad razonable y ponderada».

del plazo fijado para la concesión, salvo en aquellos casos especiales que requieran limitación temporal; ello, como es obvio, sin perjuicio de la caducidad o resolución de la autorización por incumplimiento de las condiciones o cargas fijadas en el acto de su otorgamiento, o de su revocación o anulación en los supuestos y con los trámites legalmente establecidos (58), no siendo por lo demás aplicables en este régimen las fórmulas de la reversión y del rescate, sólo aplicables en el régimen de la concesión (59).

8.<sup>a</sup> Por último, no obstante la amplitud de fines y funciones asignadas a los Municipios en nuestro Derecho, en principio y en términos generales, la posibilidad que los mismos tienen de realizar o prestar servicios y actividades en materias económicas ha de considerarse, conforme a las normas y criterios fundamentales que inspiran nuestra legislación, excepcional, esto es realizable cuando la autonomía o iniciativa privada se muestre insuficiente o no se manifieste por faltarle el estímulo de la rentabilidad probable de las inversiones. Por ello, la idea del Municipio-empresa es una idea que, hoy por hoy, sólo puede aplicarse y desarrollarse acreditando la insuficiencia o inexistencia de la iniciativa privada, mediante el correspondiente expediente municipalizador, concepción ésta que, no obstante su sentido liberal, parece necesario mantener por su congruencia con los referidos principios constitucionales o fundamentales; si bien sería conveniente superar a este respecto la excesiva centralización administrativa, así como los defectos señalados por la doctrina especializada al sistema actual, algunos de los cuales han sido reflejados en estas páginas.

---

(58) *Vid.* bibliografía citada en nota 52.

(59) Aunque ha sido puesta en cuestión la esencialidad de la reversión en el régimen de la concesión (*vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, «El dogma de la reversión de concesiones», en *Estudio en honor de Gascón y Marín*, págs. 395 y sig.), sin embargo, al menos en nuestro Derecho local vigente está prevista expresamente (artículos 163-1-d LRL y 115-2.<sup>a</sup> RSCL), lo que debe completarse con las correspondientes previsiones en la forma y términos en que la reversión ha de tener lugar en el pliego de condiciones de la respectiva concesión (*vid.* F. ALBI, *Tratado...*, citado, págs. 540-541 y 639 y sigs.). Aunque la reversión tiene hoy sobre todo un significado económico, debe tenerse en cuenta que aun cuando el Ayuntamiento no venga obligado a abonar una indemnización al concesionario, no por ello puede afirmarse que la reversión a la Administración sea gratuita, ya que en el cálculo de las tarifas debe preverse la amortización de los bienes afectos al servicio.