

# LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL Y MERCANTIL DE LOS MUNICIPIOS (\*)

Por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS BASES HISTÓRICAS DEL TEMA: A) *El fenómeno de la concentración urbana en el siglo XIX y el nuevo industrialismo.* B) *El Derecho ante la nueva situación:* 1. Europa continental: a) Las bases del Derecho administrativo de la época (estatocentrismo y concepción liberal de las funciones públicas) contrarias a la asunción de las nuevas necesidades. b) La aceptación de nuevos servicios públicos de naturaleza industrial y sus instrumentos jurídicos: las técnicas auxiliares y la figura de la concesión de servicios; el principio de concesionario interpuesto; atribución al Estado y no al Municipio. c) La primera manifestación de una actividad industrial de los Municipios: el Municipio como concesionario de servicios industriales del Estado. d) La pugna del movimiento municipalizador: Francia, España, Italia. 2. Inglaterra: a) El carácter del régimen local inglés. b) La consagración del sistema municipalizador. 3. Estados Unidos. 4. Hispanoamérica.—III. LA DEPURACIÓN DEL CONCEPTO DE MUNICIPALIZACIÓN Y EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO: A) *Crítica del concepto de municipalización:* 1. Rasgos del concepto derivados de su origen anglosajón, y su contraste con las soluciones del régimen administrativo europeo. 2. El juego negativo del concepto de municipalización: propiedad y modo de gestión como medida de la competencia municipal; la municipalización como carga para la asunción de servicios. B) *La depuración del concepto de municipalización:* 1. Municipalización como asunción de servicios y su separación del tema de la gestión de los servicios asumidos. 2. Las direcciones de la municipalización: a) Municipalización de servicios gestionados por el Estado: el principio de devolución y su instrumentación concreta. b) Elevación a servicios públicos municipales de actividades hasta entonces dejadas al comercio privado. c) Municipalización de actividades sin carácter de servicio público: la llamada gestión económica. C) *El tema de las formas de gestión:* 1. El principio de la discrecionalidad organizativa. 2. La gestión industrial y mercantil y el nuevo Derecho administrativo: a) La exigencia de un régimen público como límite de la gestión directa en el Derecho administrativo clásico. b) La doctrina del servicio público en el Derecho francés: la prestación como nota esencial, y accidentalidad del principio del régimen público; el paralelo inglés. c) La ruptura del esquema clásico: municipalizaciones, nacionalizaciones; la literatura de crisis. d) El nuevo Derecho administrativo y la superación de la limitación de régimen: normalidad del régimen privado para la Administración.—IV. PROBLEMAS DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL Y MERCANTIL DE LOS MUNICIPIOS:

(\*) Texto de la Ponencia oficial para el I Congreso Iberoamericano de Municipios, Madrid-Granada, junio 1955. Se han suprimido las conclusiones finales, formuladas con el único objeto de facilitar la deliberación.

1. *Campo de actuación de la gestión industrial y mercantil:* a) El carácter instrumental de esta gestión y sus grados. b) La salvedad de los fines públicos; en especial, el problema de precios y tarifas. 2. *Los tipos organizativos de gestión:* Gestión directa indiferenciada y diferenciada, y grados y formas de diferenciación de la gestión. 3. *El tema de la eficiencia y el rendimiento:* Su significación en las Empresas públicas. En especial, los problemas del control y de la relación costos-precios. Asistencia técnica a los Municipios.—V. CRISIS DEL MOVIMIENTO MUNICIPALIZADOR: El problema financiero y las subvenciones. El desbordamiento del Municipio como área de planeamiento de servicios. La irradiación urbana en zonas parasitarias. Democracia y eficacia.

## I. INTRODUCCION

Muchos años antes de que pasara al primer plano de la consideración política y teórica el tema de las nacionalizaciones industriales, era ya actual el tema de las municipalizaciones. En el último tercio del siglo anterior parecía, en verdad, incommovible el ideario liberal y la correlativa reducción de las funciones del Poder político. Toda una esplendorosa civilización había sido edificada sobre estos principios, en cuyo haber se incluían íntegros los resultados del industrialismo. Sólo una parte del proletariado osaba proclamar su insolidaridad con las creencias colectivas; pero esta discrepancia, valorada desde el panorama de conjunto, podía ser considerada como socialmente marginal. Y bien, he aquí que, sin embargo, en la vida municipal de la época se hace visible un extraño fermento que, modesta pero radicalmente, se atreve a enfrentarse con las sólidas bases de ese mundo sólido y cerrado. No se trata, en verdad, de un movimiento político, apoyado sobre bases teóricas, sino más bien de una tendencia rigurosamente espontánea y natural, hasta donde es posible aplicar estos calificativos a la vida social; sólo *a posteriori* los partidos socialistas pararán mientes en este fenómeno, y, apreciando con acierto toda su significación, como factor y testimonio de la crisis del orden liberal, pretenderán patrocinarlo y asignarle sus propios fundamentos doctrinales. El tema se despolitiza poco después, para continuar su curso riguroso directamente derivado de las exigencias de la vida comunal, llegando, por último, al terreno neutral de los juristas y de los técnicos, donde hoy se encuentra definitivamente.

Esta experiencia tiene para nosotros, al comenzar el estudio de la actividad industrial y mercantil de los Municipios, un valor de primer orden que es forzoso destacar. Valor, en primer lugar, para confirmar

la vieja tesis de la radicalidad del Municipio como entidad social: en su ámbito estricto no han podido penetrar las ideologías que tan fácilmente conforman la realidad del Estado. Esto debe afirmarse tanto más cuanto que, en definitiva, esa curiosa aparición del fenómeno municipalizador en el apogeo de la concepción liberal del orden político no era producto de una novedad, sino, simplemente, el testimonio de una continuidad con el Municipio del antiguo régimen, que había quedado soterrada por el movimiento constitucionalista, pero que, en rigor, había permanecido siempre irreductible a los dogmas de este movimiento. El hecho de esta continuidad es perfectamente visible en nuestro país, en el que, no obstante la cerrada ofensiva contra sus principios, y aun contra sus realizaciones materiales, han acertado a subsistir hasta la fecha instituciones tan inequívocamente antiliberales como los Pósitos, los patrimonios concejiles, más o menos esquilados, a más de un sinfín de establecimientos arraigados en la vida rural, como serrerías, posadas, hornos, molinos, fraguas municipales, expresión humilde, pero cabal al fin, de una auténtica actividad industrial y mercantil de los Municipios. En segundo lugar, este hecho nos asegura en una certidumbre de gran importancia: la de la existencia de una suerte de necesidad intrínseca, que relaciona el concepto real de Municipio con su función industrial y mercantil. Si de tal modo esta función específica ha podido sostenerse y resurgir con mayor ímpetu en un ambiente no sólo extraño, sino positivamente hostil, es lícito sospechar que no puede tratarse de una moda circunstancial, de una necesidad pasajera, sino más bien de un verdadero predicado esencial, que expresa un carácter propio del Municipio en cuanto tal. Finalmente, si recordamos cuán expresivamente el movimiento municipal, en esta materia de la actividad industrial y mercantil de la Administración, ha precedido y anunciado en cincuenta años, por lo menos, a la manifestación de idéntica tendencia en el Estado, nos viene a las manos una conclusión de insospechadas consecuencias: la de la mayor sensibilidad del Municipio para expresar en su estructura los cambios sociales y políticos, su carácter de piedra de toque que vaticina el incierto futuro. Es, en efecto, el Municipio la primera manifestación rotunda, si la consideramos estrictamente en relación con su ámbito propio, de una crisis del orden liberal, que iba luego a extenderse a toda la comunidad política propiamente tal. Podíamos explicarnos el fenómeno recordando que la república es siem-

pre *magna civitas*, resultante, como observaba HAURIUO, de un sinoicismo integrador de las estructuras primarias, en la que, por ende, resuenan al cabo las voces que en un momento animau a éstas. La observación es ahora una llamada a la responsabilidad: al estudiar la actividad industrial del Municipio, en este momento estamos, en realidad, considerando, determinando incluso, el sentido que el futuro reserva a esta misma actividad en el ámbito estatal y político (1).

## II. LAS BASES HISTÓRICAS DEL TEMA

### A) EL FENÓMENO DE LA CONCENTRACIÓN URBANA EN EL SIGLO XIX Y EL NUEVO INDUSTRIALISMO.

Con independencia de esas formas de actividad industrial heredadas del antiguo régimen y que tienen, por lo mismo, su lugar propio en los Municipios rurales, la circunstancia específica que da lugar a esa eclosión insólita de la tendencia municipalizadora es la aparición del fenómeno de las grandes concentraciones urbanas, resultado, en su parte más aguda, de la revolución industrial, y la aplicación a sus problemas derivados de los nuevos medios técnicos disponibles. Desde el comienzo al fin del siglo XIX Europa pasa de los 180 millones de habitantes a 400. Norteamérica, en el mismo período, va desde los cinco millones de habitantes a 75 millones. Hispanoamérica, que tiene apenas cuando la emancipación 18 millones de habitantes, roza ya al finalizar el siglo los 50 millones. Todo este increíble aumento demográfico, rigurosamente extraordinario en relación con las centurias anteriores, viene a localizarse (especialmente en Europa, que tiene ya virtualmente agotada la colonización de sus espacios interiores, y cuyo campo potencia fácilmente la producción aplicando las nuevas técnicas, sin aumento, y aun con reducción de brazos) en las ciudades, de un modo no ya preponderante, sino casi absoluto. Las exigencias derivadas de este gigantesco y

(1) Se ha pretendido que el proceso continúa aún con la aparición del fenómeno de «internacionalización de Empresas», cuya primera manifestación se sitúa en 1930, y luego generalizada en esta postguerra. Vid. MILLARUELO, *Las nacionalizaciones y el Derecho internacional*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 3, 1950, páginas 247 y ss. De este modo, el proceso sería de ciclo completo: municipalización, nacionalización, internacionalización.

rápido proceso de concentración urbana se hacen pronto patentes de un modo dramático; pero, para su atención y satisfacción la misma causa determinante del problema, el industrialismo, ofrece también por vez primera soluciones nuevas: el suministro de aguas por habitaciones, el transporte urbano, el gas, la electricidad más tarde, la sanidad y la higiene, la habitación, se presentan así, de pronto, como verdaderas necesidades colectivas para la vida en común de las ciudades.

## B) EL DERECHO ANTE LA NUEVA SITUACIÓN.

Ante esta nueva situación, derivada del surgimiento de un nuevo orden de necesidades, la reacción del Derecho es distinta, según se considere, en Europa, el caso del Continente, o bien el de Inglaterra, y en América el de Estados Unidos y el de Hispanoamérica.

### 1. *Europa continental.*

a) *Las bases del Derecho administrativo de la época.*—Todo el sistema jurídico administrativo continental ha sido a la sazón configurado por un hecho decisivo: la recepción uniforme del régimen francés napoleónico. Con independencia de otras particularidades, la nota primordial destacable de este régimen administrativo es la centralización. Con este principio se pretende quebrantar las antiguas estructuras semi-feudales y autonómicas del antiguo régimen, que llegan hasta el umbral mismo del siglo XIX, y aun más allá, como en Alemania y, en cierto modo, en España, pero también, positivamente, servir de un modo efectivo a la forma política que el Continente vive desde el final de la Edad Media: el Estado moderno como unidad de decisión y de conformación de la comunidad política. Desde estos supuestos, que son potenciados por los dogmas políticos concretos de la voluntad general como fuente de legitimidad, y de la igualdad, el régimen administrativo continental lleva con toda lógica a la negación de la autonomía del Municipio, que es concebido, a los efectos de mayor importancia, como una simple dependencia del Estado. Todo el Derecho administrativo es configurado desde una posición que podemos llamar «estatocéntrica», desde y en virtud de la consideración central del Estado, único protagonista del mismo.

En el centro de tal estructura, y como contenido de la misma, anida una concepción restrictiva y dogmática sobre la función propia de los entes públicos. Por lo que ahora nos interesa, ese Derecho administrativo no acepta, en concreto, incluir en su órbita la regulación sustantiva de los nuevos medios técnicos exigidos por la nueva realidad urbana; no acepta que la Administración asuma respecto de ellos una función directiva de organización y prestación, y los abandona al libre juego de la vida privada. Tres razones justifican esta exclusión:

1.<sup>a</sup> Estos medios técnicos exigen una instalación industrial *stricto sensu*, que no es concebible en manos públicas en virtud del dogma liberal de limitar la función de los entes públicos a la garantía meramente formal del libre y espontáneo desenvolvimiento social.

2.<sup>a</sup> No sólo la instalación, sino que también la explotación debe ser industrial, ya que estos medios técnicos se concretan en verdaderas prestaciones positivas, individualizables en la persona concreta de cada usuario, actividad que no entra en la función reconocida a las personas públicas, a las cuales no se obliga a dar prestaciones positivas ninguna, sino, simplemente, a la ejecución de la Ley, y cuya actividad, por otra parte, no puede traducirse en actividad puramente singular a favor de grupos aislados de personas, sino en una utilidad colectiva e impersonal («utilidad pública») (2).

3.<sup>a</sup> Por ese mismo carácter de concretarse en prestaciones positivas individualizables, la financiación propia de estos medios técnicos es el sistema privado de la contraprestación, del precio por cada utilidad efectivamente prestada; pero en manera alguna el sistema público del impuesto. Ahora bien, tal modo de financiación es impropio de ser asumido por el Estado, que ha cifrado uno de sus orgullos en declarar definitivamente cancelada la época de la Hacienda patrimonial, para concretarse únicamente a la Hacienda tributaria; la actividad comercial, normal otrora para el Estado en las factorías reales impulsadas por el mercantilismo, en los grandes patrimonios territoriales, etc., ha sido condenada y liquidada en la vasta empresa de la desamortización civil,

(2) Con el argumento último glosa HAURIU el famoso *arrêt* de 1 de febrero de 1901, sobre los panaderos de Poitiers, en que, por vez primera, el Consejo de Estado francés condena el llamado socialismo municipal. Vid. *infra*, en el texto, y HAURIU, *La jurisprudence administrative de 1802 à 1929*, I (París, 1929), pág. 167.

y reservada íntegra a favor de los particulares, en virtud del dogma de la libertad comercial, del principio de concurrencia, que no sólo suele estar garantizado de un modo formal en las Constituciones, sino que trasciende incluso —como se ha notado recientemente (3)— a la propia concepción abstracta del orden social.

b) *La aceptación de nuevos servicios públicos de naturaleza industrial.*—Esto no obstante, y a pesar y sobre ese cerrado dogmatismo, la propia Administración continental va a apercibirse pronto de la trascendencia social de alguno de estos nuevos medios técnicos de satisfacción de necesidades, y va a intentar incluirlos dentro de la llamada en la época «Administración social», por diferencia de la «jurídica», cuyo norte es la utilidad, así como en esta última la necesidad. La «Administración social», destacada lúcidamente por VON STEIN en su *Verwaltungslehre* (1865-1868), y consagrada como categoría científica en virtud de esta obra, va a ser, en rigor, el primer revulsivo de ese cerrado esquema clásico. Ejemplar es el caso del ferrocarril, bien conocido. Para esquivar esos argumentos frontales, que impiden declarar la competencia directa del Estado sobre estos medios técnicos, el Derecho administrativo, que intenta asegurar sobre los mismos una efectiva dominación pública, va a seguir para esto una doble vía:

1.ª Utilización de técnicas auxiliares; así, por ejemplo, en el caso del suministro de aguas, la competencia administrativa se monta sobre la calificación de las aguas como objeto de dominio público, que le asegura una titularidad inmediata y plena, concibiéndose luego la regulación del servicio de suministro como condiciones de una concesión demanial, impuestas como reservas dominiuales en el negocio de transmisión, *ope proprietatis*, pues, y no *ope imperii*; en el caso de los ferrocarriles y otros servicios, se utiliza la técnica de la subvención para configurar como contraprestaciones debidas los poderes de regulación del servicio; por ejemplo, el poder tarifario (4).

(3) SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 2.ª ed., 1946, cap. XXII; CONDE, *Sociología de la Sociología. La Revolución*, en «Revista de Estudios Políticos», 65, 1952, págs. 25 y ss.

(4) Cfr. VILLAR PALASI, *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 14, 1954, págs. 31-32 y 85 y ss. Todavía así en la legislación española de ferrocarriles secundarios y estratégicos, en pleno siglo XX: «Mientras el Estado abonare en todo o en parte el interés a que por la subasta se hubiere obligado, se reserva el derecho de fijar, oyendo al

2.<sup>a</sup> Pero, especialmente, el Derecho administrativo va a arbitrar para estos fines una figura técnica de una importancia decisiva, la llamada concesión de servicios públicos; la concesión era, en rigor, una vieja técnica con que había operado el Derecho europeo desde el final de la Edad Media: las daciones regalísticas o *privilegia principis*, las grandes Compañías de colonización, las mismas capitulaciones, que tanta importancia alcanzan en la conquista y colonización de Hispanoamérica; los llamados arrendamientos de ciertos servicios (correo, por ejemplo), o de ciertos bienes (5); sin embargo, en este momento esta institución se reconfigura totalmente en función de las exigencias derivadas del problema que nos ocupa.

En virtud del mecanismo propio de la moderna concesión va a ser permitido que el Derecho califique de servicios públicos propiamente tales la gestión de alguno de estos nuevos medios técnicos que el industrialismo ofrece para atender las nuevas formas de vida colectiva. El caso de los ferrocarriles es quizá la primera aplicación, que sirve luego de modelo general. La concesión es, simplemente, el medio técnico de salvar la distancia entre los dos términos de calificación de estos servicios como servicios públicos, que implica su titularidad administrativa, y su explotación y prestación concretas, que es ya, según dijimos, actividad industrial, y por ende imposible de ser asumida por la propia Administración, según el dogmatismo político y jurídico. Este carácter se concreta en un rasgo esencial de la institución concesional, su condición de obligatoria para la Administración, el principio de la «concesión interpuesta». A través de la preponderancia del sujeto concedente la Administración asegura su titularidad sobre el servicio, en tanto que es luego el concesionario privado quien monta el establecimiento industrial necesario y presta a continuación el servicio por el

concesionario, las tarifas máximas» (art. 23 de la Ley de 26 de marzo de 1908, reformada por la de 23 de febrero de 1912); en contraste, los concesionarios sin garantía de intereses «podrán fijar libremente sus tarifas, poniéndolas en conocimiento del Gobierno y dándolas publicidad» (art. 28 *idem*). Estando vigente esta legislación, el único título en que hoy todavía puede justificar el poder tarifario que de hecho ejerce el Estado sobre estos ferrocarriles es el de la legislación general de tasas y de regulación del mercado (!).

(5) Puede verse un estudio concreto del paso del antiguo al nuevo sistema concesional en GARCÍA DE ENTERRÍA, *El dogma de la reversión de concesiones*, recogido en el libro del autor *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, págs. 13 y ss.



sistema privado de la contraprestación individual, siendo accidental el hecho de que la Administración se reserve, como contrapartida del privilegio que le otorga, e incluso dentro de los principios liberales anti-monopolistas, la facultad de vigilar más o menos esa prestación, y aun de tasar los precios individuales de la misma. En cualquier caso, con precio libre o tarifado, las relaciones entre el industrial concesionario y los usuarios privados son consideradas inequívocamente como relaciones privadas, sometidas al Derecho común y a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios; es un genuino contrato de transporte, regulado por los Códigos de Comercio, lo que acuerdan el concesionario y el usuario del ferrocarril; un indudable contrato de suministro, con las mismas consecuencias de régimen, lo que concierta la Empresa distribuidora de aguas con el particular que acepta sus servicios. El mecanismo técnico de la concesión, y de la concesión precisamente obligatoria, se revela así como el único medio hábil de resolver los problemas derivados de estos nuevos servicios públicos.

Ahora bien, ya hemos notado que la calificación como servicios públicos de la gestión de algunos de estos nuevos medios técnicos está hecha en función y desde la perspectiva de la Administración central; es decir, según ya observamos, se integran en el sistema general de un Derecho administrativo estatocéntrico. Por de pronto, esto limita ya extraordinariamente el campo de esa calificación: sólo son destacados aquellos medios técnicos que por sus circunstancias y condiciones permiten ser considerados servicios públicos *del Estado*; el hecho de que estos servicios interesen más o menos directamente al desarrollo y aun a la propia existencia urbana no es, pues, considerado específicamente. Pero, a la vez, resulta también que, desde esta perspectiva, la titularidad de estos nuevos servicios se concreta precisamente en la Administración central. Con muy ligeras salvedades, puede afirmarse que los servicios municipales se reducen, para esta concepción, a los servicios tradicionales de realización impersonal y colectiva: orden público, recogida de basuras, urbanización y alcantarillado, etc. Esta nueva forma de servicios públicos, que suponen una explotación industrial (6), son, en el Continente, durante el siglo XIX, servicios del Estado.

(6) Cfr. GARCÍA TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 12, 1953, págs. 11 y ss.

Todo este planteamiento, en el que nos hemos detenido con alguna atención, aboca ahora a una consecuencia: el Municipio no puede atender directamente la realización de estos medios técnicos capitales para el desarrollo urbanístico, y esto porque, generalmente, tales medios no son calificados de servicios públicos, y cuando lo son es para ser atribuidos justamente a la Administración central. Tal es la situación concreta con que la generalidad de los países continentales se encuentran durante la segunda mitad del siglo XIX.

c) La primera reacción adviene, inesperadamente, dentro de los propios cauces de ese sistema así definido, y consiste en la curiosa adopción por los Municipios del papel de concesionarios de esos servicios públicos del Estado en cuanto afectan a la propia ciudad. Ciertamente, la única posibilidad con que los Municipios celosos contaban para establecer estos nuevos medios técnicos, en el caso concreto en que se habían calificado de servicios públicos, era instar ellos mismos la concesión oportuna, sin forzarse a esperar la eventual aparición de una iniciativa particular, o, en la hipótesis en que ésta hubiese aparecido, mejorando sus condiciones técnicas y económicas en beneficio de los vecinos. La conclusión, aunque traiciona los fundamentos políticos del sistema, es, sin embargo, aceptada prácticamente por estos países (Francia, España, Italia), y de esta forma va surgiendo en ellos la primera y auténtica manifestación de una actividad industrial, conforme a los nuevos medios técnicos, de los Municipios. Este origen, que no ha sido ordinariamente notado, reviste una suma importancia y determina aún alguna de las particularidades que hoy mismo se contienen en la regulación positiva de esta materia, como hemos de precisar.

Esta adopción por los Municipios del papel de concesionarios del Estado rompía el cuidadoso sistema a que respondía, según vimos, el mecanismo de la concesión de servicios públicos, pues la actividad industrial y mercantil reservada al concesionario privado es ahora cumplida, no por un particular, como postulaba el sistema, sino por una persona pública, por una Administración. Todo el cuidado en evitar que la Administración realizase la actividad industrial en que consistía el montaje y prestación de estos servicios, que es a lo que responde el principio del concesionario preceptivamente interpuesto, falla en cuanto se admita precisamente que una Administración pueda ocupar la posición de concesionario. Esto no obstante, un complejo de razones mue-

ve a aceptar este anómalo régimen: porque las leyes de estos servicios no lo prohíben, sin duda por no haberlo imaginado desde su perspectiva centralista; porque el mismo régimen centralizador y de tutela consideraba a los entes locales como Administraciones impropias, y, a través del dogma de su menor edad, venía de hecho a equipararlas, en muchos aspectos, con Corporaciones privadas; en fin, porque comienzan a valorarse ya, y a aceptarse, por consiguiente, las razones sustantivas que justifican la gestión municipal de estos servicios. Así, por este resquicio singular, va a penetrar toda una inédita concepción de la Administración que está lejos de sospecharse entonces que lleva en germen la superación del Derecho administrativo que a la sazón impera.

La situación de una Administración concesionaria de los servicios de otra, aparte de producir esa quiebra de los fundamentos a que la concesión de servicios respondía, se presenta también como difícilmente calificable con los esquemas jurídicos al uso. La extraña figura que compone esta situación, admitida con normalidad, no ha sido aún estudiada en todos sus aspectos (7).

En España, esta originaria manifestación de la actividad industrial municipal se generalizó desde el siglo pasado en servicios como el suministro domiciliario de agua y el transporte urbano. Especialmente, el primero de ellos es hoy, con escasas excepciones de concesionarios privados, el modo normal de gestión de este servicio. En cuanto al segundo, y como hemos probado en un estudio monográfico (8), el sistema sigue actuante después de las grandes leyes locales autonomistas, y aun a pesar de las mismas. El Derecho positivo ha previsto el caso exactamente para reservarle, por relación al modo ordinario de concesión, una única nota accidental: la dispensa de fianza al Municipio concesiona-

(7) Pueden verse referencias sobre los problemas derivados de esta situación en GARCÍA DE ENTERRÍA, *El servicio público de los transportes urbanos*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 10, 1953, págs. 53 y ss.; CACCIAPAGLIA titula el capítulo VII de su obra *Le concessione amministrative comunali* (Bari, 1952) «Il comune nella veste di concessionario»; pero bajo tal epígrafe general se limita a una corta enumeración de textos legales, sin intención crítica. En Francia, LAUBADÈRE califica de «noción monstruosa, por relación a la teoría clásica», la situación análoga, aunque aún menos anómala, de un establecimiento público concesionario de servicios (*Traité élémentaire*, 1953, pág. 631).

(8) Citado en nota anterior. Forma parte del trabajo *La ordenación jurídica de los transportes madrileños*, publicado por el Ayuntamiento de Madrid en el tomo *Cátedra de Madrid (Curso primero) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1954, págs. 113 y ss.

rio (Decreto-ley de 10 de marzo de 1950, Ley de 19 de diciembre de 1951).

d) Al margen de esta manifestación, que, como se ha dicho, no cubría más que un sector limitado de las nuevas aplicaciones técnicas, los Municipios pugnan por extender su actividad directa a esos otros campos no cubiertos por los servicios públicos del Estado, y que las necesidades urbanísticas del momento imponían forzosamente atender. El ejemplo inglés comienza ya a pesar decisivamente. Por otra parte, el carácter representativo de los órganos locales y el hecho de que las personas que los cubren sólo excepcionalmente son peritas en Derecho, impulsa aún más esta tendencia, que cuenta con el decidido apoyo de los propios beneficiarios, y con la que, finalmente, debe enfrentarse el Estado. Nos es prácticamente desconocida la actuación estatal de represión y freno de esta tendencia en cuanto haya sido operada por vía de tutela, que debió ser, sin duda, de gran importancia. La historia de este conflicto podemos hoy seguirla, aparte de fuentes literarias, en la jurisprudencia y en la legislación.

La jurisprudencia sobre el tema suele tener un origen interesado: son los industriales particulares afectados por la injerencia comercial del Municipio quienes residencian a éste ante la jurisdicción contenciosa. Pero, a la par, en la actividad legislativa se encuentran huellas expresas de esta lucha, ya que, o bien se prohíbe esta actividad municipal, o bien, por el contrario, se intenta legitimarla mediante habilitaciones legales específicas.

En Francia son citados como primeras manifestaciones de este conflicto varios dictámenes de su Consejo de Estado, emitidos en vía consultiva y no jurisdiccional, y ordinariamente en consulta sobre disposiciones legales o subvenciones (9). Son los casos de la «regie» de gas de Tourcoing, dictaminado en 1877; del funicular de Belleville, en 1877; de la Farmacia municipal de Roubaix, en 1894; de la Caja de Seguros de Orán, en 1896, y de la Empresa de aprovechamiento de basuras de Lille, en 1900. Los «arrêts» jurisdiccionales sobre el tema se inician en 1901, en el caso sobre la subvención municipal a una Cooperativa panadera de Poitiers, al que sigue otro, de 1901, sobre el médico co-

(9) Transcritos todos íntegramente en MIMIN, *Le socialisme municipal devant le Conseil d'Etat*, París, 1911, de donde se toman los datos del texto.

munal y gratuito de Olmeto (10). En todos estos casos se niega la licitud de esta actividad municipal. Los argumentos formales que ya conocemos, al lado de otros singulares, como el principio de especialidad, la defensa de las finanzas comunales y de los contribuyentes, etc., cierran contra esta nueva tendencia. Esto no obstante, el movimiento municipalizador persiste en Francia, donde encuentra incluso manifestaciones prototípicas, patrocinado de un modo especial por los partidos socialistas. La tendencia concluye con los Decretos-leyes de 5 de noviembre y 28 de diciembre de 1926, que consagran por vía general y definitivamente el fenómeno, y que rigen todavía en la materia.

En España, el proceso es análogo. Ya el Real decreto-sentencia de 2 de julio de 1878 niega la posibilidad de una municipalización del servicio de pompas fúnebres en atención al principio de la libertad industrial. El problema reaparece a principios de siglo con la promulgación de una serie de disposiciones para habilitar el establecimiento y explotación de determinados servicios industriales por parte de grandes Municipios. Es, concretamente, una crisis de origen social, una situación de emergencia, por consiguiente, la que da lugar en 1905 a que se dicten varios Decretos que autorizan al Ayuntamiento de Madrid a establecer ciertos servicios de esta naturaleza, permitiéndose la adopción del sistema por los demás Municipios: Reales Decretos de 28 de marzo, sobre servicios de panificación; de 30 de marzo, sobre servicio de mercados, y de 6 de abril, para el de mataderos. Es la primera manifestación legislativa de la municipalización en nuestro Derecho. En 1907 (Real Orden de 23 de junio de 1907) se autoriza al Ayuntamiento de Valencia la municipalización del gas. Entre tanto, los proyectos de leyes municipales que por esta misma época toman cuerpo incluyen una regulación especial del fenómeno, aceptándolo en su generalidad (11). Sin embargo, hasta el Estatuto Municipal de 1924 no se consagra definitivamente esta tendencia. El criterio es mantenido en la Ley Municipal de 1935, y pasa a la actual de Régimen Local, de 16 de diciembre de 1950.

(10) Puede verse el comentario de estos *arrêts* por HAURIOU, que se apercibe claramente de la gran importancia del tema, en *La jurisprudence*, cit., págs. 144 y ss.

(11) El primer estudio sobre el tema que en España se publica, y que, sin duda, influye en este movimiento, es el de GASCÓN Y MARÍN: *Municipalización de servicios* (1904). Aunque también entre nosotros el socialismo y el sindicalismo apoyaron esta tendencia, su rápido paso a manos técnicas la despolitizó muy pronto.

En Italia, la historia del problema sigue los mismos pasos, si bien este país es el primero que en Europa sanciona legislativamente el movimiento, en su Ley de 29 de marzo de 1903 (12). No interesa ahora destacar lo ocurrido en otros países, que, en general, partiendo desde los mismos supuestos, desembocan en las mismas conclusiones (13).

## 2. Inglaterra.

a ) *El carácter del régimen local inglés.*—Por el contrario, el mismo tema es contemplado en Inglaterra desde una situación completamente opuesta. La pugna entre la Monarquía centralizadora y las instancias exentas de las ciudades y de la nobleza, que se concreta en los primeros tiempos de la Edad Moderna, y de la que en el Continente salen, con el triunfo definitivo de la Monarquía, los grandes Estados nacionales europeos, esta misma pugna se resuelve en Inglaterra de modo diverso a favor de los comunes o ciudades, y de los señores o lores, que consiguen imponerse a la Corona tras una larga lucha, que culmina en la llamada Gran Revolución. Esta disimilitud esencial hace discurrir el sistema político inglés por cauces propios, sin paralelo posible con el Continente, y es la determinante última, en definitiva, de la notable peculiaridad de su régimen local.

Cuando el problema que nos ocupa se presenta, puede decirse sin hipérbole que Inglaterra no tiene Administración central, en el sentido genuino con que este concepto es vivido en el resto de Europa. La conocida crítica de DICEY del sistema de «*droit administratif*» (así, dicho en francés, para que sea inequívoco a lo que se refiere), y su oposición sustancial a los dogmas centrales del constitucionalismo inglés (14), nos releva ahora, como confesión de parte, y confesión paladina, de mayores precisiones. Ahora bien, apenas se ha notado que esta particularidad está acompañada de otra, por lo menos, tan importante, y es la circuns-

(12) MONTEMARTINI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*. Milano, 1902; BORSI, *Municipalización e socialismo municipale*, en «*Studi senesi*», 1910, y también en su colaboración al «*Trattato*», de ORLANDO, *Le funzioni del comune italiano*, vol. II, 1915, págs. 280 y ss.

(13) Una exposición muy completa puede verse en MULERT, *L'activité économique des communes dans les divers Pays*, en «*L'Administration Locale*», 49, 1929, Bruselas.

(14) DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1.ª ed., 1885, part. III, cap. XII.

tancia de que esta ausencia de Administración central está contrapesada por una verdadera hipertrofia de la Administración local, que, en realidad, abarca la generalidad de funciones que en el Continente son propias del Estado. Todo el señuelo que ofrece a la imaginación continental el famoso *self-government* inglés parte de la constatación de este hecho, que no se acierta, sin embargo, a poner en relación con el sistema político y administrativo general (15). A la vez, esta gravitación localista a que su sistema político conduce está ahora apoyada por la circunstancia de que Inglaterra, en cuanto que es el primer país que vive y desarrolla la gran industria, ha visto presentarse el problema urbanístico mucho más precozmente y con mayor agudeza que los demás países europeos.

b) *La consagración del sistema municipalizador*.—En tales términos, y desde tal situación, se comprende que su sistema administrativo no sólo no sea estatocéntrico, como en el Continente, sino que se resienta justamente del vicio contrario. Por otra parte, el Derecho inglés nunca ha padecido, como el continental, de un dogmatismo político cerrado, antes bien, en su elasticidad casi proteica y en su particularismo, enemigo de toda abstracción, cifra uno de sus rasgos más definitorios. Una y otra razón desembocan conjuntamente en la consecuencia histórica de que Inglaterra se convierte pronto, ya desde antes de mediar el siglo XIX, en el primer país del mundo que adopta, desarrolla y consagra el llamado socialismo municipal; es decir, el sistema de la actividad industrial y mercantil de los Municipios (16).

El carácter netamente representativo del Municipio inglés, que es a lo que verdaderamente alude el concepto de *self-government* (17), y su neta

(15) RUIZ DEL CASTILLO ha señalado con acierto este hecho del desconocimiento esencial del clima histórico y de las circunstancias propias del principio del *self-government* por quienes lo adoptaron en el Continente como bandera para justificar toda clase de posiciones, en *Estructura y función de las Entidades locales* («Revista de Estudios Políticos», 16, 1944, págs. 433 y ss.). La obra clásica de GNEIST, *Self-Government Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England* (Berlín, 1871), notó ya la singularidad a que el texto se refiere.

(16) Un resumen de esta experiencia, con una historia esquemática de la legislación que la ha amparado, en HART, *Introduction of the Law of Local Government and Administration*, 9.ª ed., London, 1952, págs. 679 y ss.

(17) Un buen resumen del tema, en GARRIDO FALLA, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Madrid, 1950, págs. 43 y ss.

autonomía, no afectada por la tutela centralizadora, aunque sí por los «private bills» del Parlamento, cuyo contenido normativo y no administrativo antes la refuerza que la limita, son circunstancias que explican por qué las ciudades inglesas han de pasar pronto a la gestión de los nuevos servicios técnicos que el desarrollo industrial ofrecía como soluciones fundamentales para los problemas de la concentración urbana, tan agudizados a la sazón por el rápido desarrollo industrial del país. La conquista del electorado ha de encontrar aquí uno de sus temas de mayor trascendencia, especialmente en cuanto el unionismo se desarrolla y consolida, pues, en definitiva, son los trabajadores los primeros beneficiarios del sistema. Esta circunstancia, y el propio dogmatismo de su doctrina, hicieron que el socialismo inglés fijara sobre esta cuestión su atención decidida y alentara esta tendencia municipalizadora en forma que llega a ser fundamental, lo que es oportuno examinar más detenidamente.

Puede decirse que la primera teorización de este fenómeno del industrialismo municipal procede del grupo fabiano, del cual dijo con acierto uno de sus epígonos más ilustres, BERNARD SHAW, que liberó al socialismo de las barricadas, de la seudo democracia del sistema de partidos, de la confusión con las tradicionales heterodoxias del anticlericalismo, del republicanismo individualista y antiestatal, del anarquismo bohemio de la clase media (18). En realidad —y esta idea elemental puede incluso ser una clave—, los fabianos son los que alumbran en Inglaterra la idea del Estado, o, más propiamente, de la Administración, en su sentido específico de prestadora de servicios, dentro de un ambiente político (liberalismo, individualismo) y jurídico («rule of law», entendido a la manera de DICEY) que la negaba dogmáticamente. Ya en el gran manifiesto que constituyeron los *Fabians Essays in socialism* (1889), el tema del socialismo municipal es aludido en la mayor parte de los trabajos como uno de sus dogmas centrales. Puede decirse que el papel que en el socialismo posterior ocupa el tema de las nacionalizaciones le tiene entonces el de las municipalizaciones (19), y esto hasta el punto de que los fabianos serán irónica-

(18) «En resumen —concluye—, configuró un movimiento constitucional, en el que las más respetables familias y ciudadanos pueden enrolarse sin perder las últimas migajas de su situación social o espiritual», en *Sixty years of Fabianism*, epílogo a la edición jubilar de los *Fabians Essays in Socialism*, London, 1950, pág. 207.

(19) Compárense, en los mismos *Fabians Essays*, ed. cit., las múltiples referencias que en el índice alfabético se contienen de las voces «Municipal», «Municipal reform», «Municipalities, Growth of», «Local», «London», «County councils», etc., con «na-



mente calificados de «gas and water Socialist» (20). Los fabianos erigen su construcción política sobre el Municipio, que es a la sazón, en Inglaterra, la única Administración existente. Hasta tal punto extreman esta perspectiva, que —lo que suena hoy extrañamente como expresión de un socialismo— el Estado es para ellos una simple Federación de Municipios, y su función es meramente coordinar la actividad municipal, que es la sustancial política y económicamente (21). Esta tendencia gana pronto al unionismo obrero y al *Labour Party*, criatura fabiana, y va a encontrar su expresión definitiva por parte de los juristas y técnicos de la «London School of Economics and Political Science», fundada por el fabiano SIDNEY WEBB, uno de los grandes nombres del municipalismo, tras de lo cual esta política se consagra definitivamente, al margen de todo doctrinarismo, prestando al movimiento municipalizador la formulación teórica que hasta entonces le faltaba y su resonancia más extensa.

El éxito final de esta poderosa corriente es, en verdad, pasmoso, y sólo puede explicarse si no olvidamos la peculiaridad del régimen local inglés, a que ya nos hemos referido. He aquí algunos datos que tomo de ROBSON, en su espléndido libro *The Development of Local Government* (22). Hasta la segunda guerra mundial, todos los aeropuertos ingleses, con excepción de uno o dos, son municipales. En la misma fecha, 201 localidades tienen municipalizados (algunas en manos de los burgos), en mayor o menor extensión, sus servicios de transportes colectivos. De la electricidad producida en toda Inglaterra, el 67,8 por 100 era hasta 1947 propiedad de las Corporaciones locales. En gas llegaba esta proporción al 37 por 100, existiendo 274 Empresas municipalizadas (algunas en los entes locales superiores). Teatros, suministro de aguas, casas y habitaciones para la pobla-

tionalization», que aparece citada sólo una vez, bajo el epígrafe «Industry»; incluso esta única referencia dice en el texto: «nationalization or municipalization of industry» (pág. 45). Véase también la bibliografía esencial debida a los fabianos sobre el tema municipalista, que el propio WEBB ofrece en la «Introducción» a la edición de 1920 de los *Fabian Essays*, pág. XXI, de la edición jubilar citada.

(20) BERNARD SHAW, op. cit., pág. 209.

(21) «...the central government which will be the organ for federating the municipalities, and nationalizing inter-municipal rents by an adjustment of the municipal contribution to imperial taxation: in short, for discharging national as distinct from local business»: B. SHAW, *The transition to Social Democracy*, en los *Fabians Essays*, citados, pág. 185. Vid. también SIDNEY and BEATRICE WEBB, *A Constitution for the Socialist Commonwealth of Great Britain*, London, 1920.

(22) Tercera edición, London, 1954.

ción, etc., etc., seguían una tónica similar. El proceso, sin embargo, ha entrado en crisis, como luego veremos, en nuestros propios días.

### 3. *Estados Unidos.*

Los Estados Unidos viven con radicalidad. durante la época que consideramos, un sistema de auténtica autonomía local, que se asienta inmediatamente sobre el dogma puritano del carácter originario de las comunidades primarias. Lo que hemos indicado sobre el régimen local inglés es, por esta peculiar razón y por las condiciones políticas de este país, aplicable en buena medida al norteamericano: hay un momento en que lo más característico de la Administración es, precisamente, Administración local, frente al sistema opuesto que ofrece el Continente europeo. Ahora bien, es lo cierto que, no obstante la facilidad que este medio parece proporcionarle, el tema de la municipalización va a encontrarse allí con resistencias específicas, derivadas del extraordinario rigor con que este país vive el principio de libertad de empresa, que cuenta con un respaldo constitucional directo. Frente a este principio, que es vivido con un dogmatismo cerrado, como situado en la base de su propia nacionalidad, la municipalización como tendencia se apoya no en dogmas contrarios, sino justamente en la propia exigencia del carácter superurbano de la civilización de este país, que se agudiza desde finales del siglo pasado hasta la actualidad en términos que producen vértigo. «La gran masa de la población de los Estados Unidos se ha desplazado, y del campo ha pasado a la ciudad... Por otra parte, el crecimiento de las grandes ciudades no ha sido gradual, de manera que permitiera una lenta y fácil adaptación del Derecho a la transformación de una sociedad agrícola y rural en otra de carácter urbano e industrial. Por ejemplo: la población de Los Angeles aumentó, desde los 11.000 habitantes que tenía en 1880, hasta los dos millones, aproximadamente, que tiene en la actualidad; Houston, en Texas, creció, desde los 27.000 habitantes que tenía en 1890, hasta sus actuales 600.000, aproximadamente; Seattle, con 3.000 habitantes en 1880 y 42.000 en 1890, llegaba a 460.000 en 1950; Birmingham, en Alabama, con 3.000 habitantes en 1880 y 26.000 en 1890, tenía una población de 326.000 en 1950; Long-Beach, en California, que no existía en 1880, y que tenía 564 habitantes en 1890, tiene ahora 250.000; Miami, en Florida, no existía en 1890. y tenía una población de 1.600 habitantes en 1900, pero ahora

cuenta alrededor de 250.000; Gary, en Indiana, no existía en 1900, tenía 16.000 habitantes en 1910, y ahora cuenta con 139.000. Sería fácil citar más ejemplos; pero quizá basta señalar que 19 ciudades doblaron su población en los diez años que van de 1940 a 1950. Un aumento de población tan veloz, junto con una vertiginosa expansión industrial, dió lugar de manera inevitable a una fuerte tensión ejercida sobre el Derecho adaptado a una sociedad agrícola. Es cierto que ya existían ciudades en la etapa de formación del Derecho americano; pero se trataba de puertos de mar, de carácter más comercial que industrial, con una población estable y dueña de su propio hogar» (23).

Cuando MUNRO escribe su gran obra sobre la Administración municipal, el tema de la municipalización está aún en una fase crítica e indefinida (24). Puede decirse que desde entonces continúa teóricamente la misma situación. La experiencia ROOSEVELT impulsó decisivamente la tendencia municipalizadora, transportada a gran escala en el sistema de las «Government Corporations», y que es incluso puesta en conexión con realizaciones de este carácter (por ejemplo, entregando a los Municipios la distribución de energía eléctrica producida por la *Tennessee Valley Authority*, y demás plantas federales) (25); pero, por ello mismo, se ha visto más tarde envuelta en lo más agudo de la polémica política. Es posible afirmar que los Estados Unidos desconocen todavía la fase de pacífica admisión a que el tema de la municipalización ha llegado en Inglaterra y en el Continente europeo.

Ahora bien, esta faz dogmática con que el problema de la municipalización es aún enjuiciado en este país no debe engañarnos demasiado; sabemos bien cómo uno de los rasgos peculiares del fenómeno es el de su imposición fáctica a despecho y en contra de los dogmatismos en cuyo seno mismo se produce. Así, y por su propia impresionante realidad urbana, Norteamérica ha consagrado este tipo de actividad municipal en grado que es muy superior al de la mayor parte de los países del Continente europeo. Por de pronto, el mismo MUNRO hace una reserva fundamental, y es que, en realidad, todo el problema agudo de la «municipal ownership» está planteado en el terreno polémico únicamente para dos únicas espe-

(23) ROSCOE POUND, Prefacio a la traducción castellana de su obra *El espíritu del «Common Law»*, Barcelona, 1954, págs. 7-8.

(24) MUNRO, *Municipal Government and Administration*, II, New York, 1923, páginas 417 y ss.

(25) NIXON, *American Federal Government*, New York, 1952, págs. 427.

cies de industria: electricidad y transportes; todas las demás manifestaciones de la actividad municipalizadora se presentan pacíficamente en la realidad americana (26). Pues bien, incluso en este terreno circunscrito, la actividad municipal tiene una extensísima manifestación. Así, en 1939 más de la décima parte de las comunidades americanas eran suministradas de electricidad por Empresas municipales (27), estando en aumento constante esta proporción (28). En transportes urbanos, las necesidades del desarrollo de las ciudades, la necesidad de planificar y coordinar el servicio, y, en fin, la oportunidad de sostener unos precios en constante elevación, han impuesto en los últimos años un aumento notable de la tendencia municipalizadora (29), de la que la municipalización del ingente sistema del ferrocarril metropolitano de Nueva York en 1940 es acaso la expresión de mayor relieve.

#### 4. Hispanoamérica.

El municipalismo hispanoamericano, sin perjuicio del peso de una tradición nada desdeñable, que en relación con los países que estuvieron integrados en la Corona de España es, posiblemente, más auténtica que la española, acusa la doble presión de los sistemas europeo continental (fundamentalmente, a través de España) y anglosajón (especialmente en su versión norteamericana) (30). El tema de la municipalización participa de estas dos influencias, cuyo entrecruce (aunque a través de la formulación inglesa, y no norteamericana, como en este caso) es general, según hemos

(26) Op. cit., pág. 418: «Since the water-supply has now been taken over by the most of the cities, the controverse over municipal ownership in the United States narrow itself down to the two fields of lighting and transportation». Concretamente, en el caso del suministro de agua, en 1937, de las noventa y cuatro ciudades que pasaban de los 10.000 habitantes, sólo ocho no tenían municipalizado el servicio; FAINSON y GORDON, *Government and the American Economy*, revised ed., New York, 1948, pág. 664.

(27) ZINK, *Government of Cities in the United States*, revised ed., 1948, New York, pág. 460; CARR y otros, *American Democracy in theory and practice*, revised ed., New York, 1955, pág. 665.

(28) FAINSON y GORDON, op. cit., pág. 669. No así en gas, en que sólo siete de las noventa y cuatro grandes ciudades tienen, en 1937, municipalizado el servicio; *ibidem*, pág. 672.

(29) FAINSON y GORDON, op. cit., pág. 669.

(30) ALBI, *Derecho municipal comparado del Mundo Hispánico*, Madrid, 1955, páginas 575 y ss.

comprobado en toda Europa (31). Esta circunstancia permite hacer entre nosotros, españoles e hispanoamericanos, un tratamiento común del tema por lo que hace a sus bases teóricas.

### III. LA DEPURACION DEL CONCEPTO DE MUNICIPALIZACION Y EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

#### A) CRÍTICA DEL CONCEPTO DE MUNICIPALIZACIÓN.

En aquellos países, como son fundamentalmente los nuestros en mayor o menor medida, cuyo régimen administrativo sigue el tipo histórico francés, el concepto de municipalización se nos presenta como una realidad, en verdad, extraña. Se trata de un concepto que se ha importado de la realidad inglesa y que ha sido incluido dentro de un sistema en esencia diverso. La municipalización ha jugado el papel de una formidable arma polémica, esgrimida por los Municipios frente a un régimen administrativo que negaba rígidamente la posibilidad de su desenvolvimiento. Una vez que esta lucha ha producido, al menos legislativamente, todo su fruto, y cuando todo el Derecho administrativo en bloque, por otra parte, ha experimentado también una variación sistemática en aspectos aludidos por esta polémica, el concepto de municipalización queda en él vacío de lo sustancial del sentido que le animaba, como una pieza extraña, como lo que, en rigor, técnica e históricamente es. Esto no obstante, ¿es posible aún aprovechar las viejas energías que el concepto de municipalización lleva en su seno?

#### 1. Rasgos del concepto.

Ya observamos cómo, a través justamente de la Administración municipal, penetra en Inglaterra la noción de la Administración como prestadora de servicios, como gestor de los asuntos del público, que en el Continente europeo contaba ciertamente con una tradición más que secular. El tema de la municipalización hay que ponerlo en relación con esta particularidad. En realidad, y con la reserva que haremos a continuación,

(31) ALBI, op. cit., págs. 172 y ss.; GRECA, *Derecho y Ciencia de la Administración municipal*, 2.ª ed., III, Santa Fe, 1943, págs. 235 y ss., con más referencias.

cuando se justifica la actividad municipalizadora se está haciendo, en Inglaterra como en los Estados Unidos, una demostración de que en Europa está ya cumplida, *a priori*, la justificación de que la Administración debe asumir la gestión de cierto orden de actividades y la responsabilidad de su organización y prestación al público. Todo el conocido elenco de argumentos favorables y desfavorables a este tipo de intervención, y su ponderación y crítica respectiva (32), no tiene para nosotros ninguna significación cuando se refiere a actividades cuyo carácter del servicio público *stricto sensu* ha sido constantemente aceptado con independencia de la esfera de competencia a que se haya atribuido; por ejemplo, suministro de agua, transportes urbanos, electricidad, gas; es decir, la sustancia de la actividad municipalizadora. La única diferencia consiste en que la actividad municipalizadora, en el sentido anglosajón, no se extiende sólo a estas actividades que el Derecho administrativo continental califica de servicios públicos, sino que es capaz de asumir también actividades sustancialmente privadas o industriales, lo que, si en el momento en que el tema de la municipalización surge era en Europa una novedad, ha dejado de serlo desde hace muchos años, como luego veremos.

En segundo lugar, todo el significado de la municipalización se centra precisamente en que estas actividades asumidas por el Municipio se gestionan directamente por éste. Esta nota, que se ha recibido, sin más, entre nosotros como la definitiva de la municipalización (municipalización igual a gestión directa o por Empresa propia) (33), está impuesta, en realidad, por la propia elementalidad de los regímenes administrativos anglosajones, que desconocen las matizadísimas formas de gestión indirecta que ha alumbrado el Derecho administrativo europeo: concesión plena, concesión de ejercicio, arrendamiento, gestión interesada, etc. (34); para ellos

(32) Por todos, MUNRO, *op. cit.*, págs. 423 y ss., especialmente a partir de la página 427; CLARKE, *The local Government of the United Kingdom*, 14.<sup>a</sup> ed., London, 1948, págs. 409 y ss. Estas listas de argumentos favorables y contrarios se repiten entre nosotros habitualmente al tratar del tema: GRECA, *op. cit.*, págs. 240 y ss.; MEMBIELA GUTIÁN, *La municipalización de servicios públicos*, Madrid, 1950, págs. 35 y siguientes, etc.

(33) GRECA, *op. cit.*, págs. 235 y ss.; MEMBIELA, *op. cit.*, págs. 15 y ss.; ALBI, *op. cit.*, págs. 172 y ss.; CLAVERO ARÉVALO, *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, Madrid, 1952, págs. 53 y ss. Todos con amplias referencias legales y doctrinales.

(34) Un estudio muy completo de estas formas de gestión, en GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos*, *cit.*, págs. 33 y ss.

asunción del servicio y su prestación directa se confundien; MUNRO afirma explícitamente que la única alternativa al sistema policial de regulaciones de la actividad privada es la *municipal ownership* (35), afirmación que, ciertamente, no es trasladable a nuestros sistemas administrativos. En la fórmula tradicional de estos sistemas este postulado de la gestión directa tenía un alcance polémico indiscutible, dado que esta posibilidad solía ser negada, como hemos notado, en cuanto la gestión del servicio exigiese una organización y explotación de tipo industrial a través del principio del concesionario interpuesto; pero en el momento actual todo el Derecho administrativo ha superado esta limitación, y se acepta con normalidad una gestión directa de este carácter en todas las esferas de la Administración.

## 2. *El juego negativo del concepto de municipalización.*

Como consecuencia de esas peculiaridades del concepto de municipalización y de su contraste con los rasgos del régimen jurídico general en que aparece insertado, se ha producido la curiosa circunstancia de que ese concepto, durante mucho tiempo señucio y avanzada del municipalismo, está hoy jugando un papel negativo para el desenvolvimiento municipal. Es posible que esta afirmación hiera los oídos de los románticos del municipalismo, que son legión, pero creo que es relativamente sencillo demostrarlo.

Hoy entre nosotros el concepto de municipalización, en virtud del origen singular del mismo, que hemos expuesto, engloba en una suerte común los dos términos distintos de asunción del servicio y gestión directa. Esto está claro en la ley española de Régimen Local, artículos 164 y siguientes, como en la mayoría de las leyes hispanoamericanas que se ocupan del tema, como, en fin, en nuestra doctrina (36). Ahora bien, es, sin más, evidente que esto 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 por de pronto es onerosísima, ya que impone una ingente adquisición patrimonial, la de las instalaciones del servicio, y que además es perfectamente imaginable que resulte *in concreto* absolutamente inidónea

(35) Op. cit., pág. 417, citando en el mismo sentido fuentes inglesas.

(36) Vid. las referencias de la nota 33, *supra*.

o inoportuna. Es decir, equivale, sin más, a elevar la propiedad de las instalaciones y una forma singular de gestión, entre todas las posibles, a criterio de la competencia municipal.

Este juego del concepto de municipalización como carga efectiva resulta aún más grave en un caso que es perfectamente normal en el ámbito de la actividad municipalizadora en nuestros países, marcados todavía por el carácter estatocéntrico de su Derecho administrativo, y es el caso de su aplicación a servicios públicos hasta entonces organizados y gestionados por el Estado. Ya notamos más atrás cómo buena parte de los nuevos medios técnicos que el industrialismo ha aportado a la vida urbana fueron calificados de servicios públicos estatales por el Derecho administrativo: transportes urbanos, electricidad, gas, suministro de aguas, etc. Las cláusulas generales de competencia municipal al fin consagradas en las leyes locales no han tenido eficacia por sí mismas para desalojar estos reductos aniautonómicos, bien por ampararse en reservas legales expresas (por ejemplo, artículo 156 de la Ley española: «El ejercicio de dicha competencia —de los Municipios— no será obstáculo para la prestación de servicios análogos que las leyes atribuyen al Estado o a la Provincia») (37), bien por aplicación del principio de prevalencia de la ley especial que regula cada uno de esos servicios sobre la ley general que define la competencia abstracta de los Municipios, bien, en fin, por argumentos más o menos sofisticados (38). Pues bien, he aquí que, sin embargo, se permite una municipalización de estos servicios. Esta situación es rigurosamente insólita en los países anglosajones, en que municipalizar es pasar una actividad del sector privado al sector público, pero de ninguna manera arbitrar una sucesión de la competencia de un ente público a otro ente público. En virtud de la peculiaridad con que se ha entendido el concepto de municipalización esta sucesión o traspaso de competencia en esta hipótesis es condicionada estrictamente a que el Municipio expropie las instalaciones del servicio estatal ya en funcionamiento (ordinariamente, en manos de un concesionario privado, por el desarrollo del principio de concesionario interpuesto), y a que, a continuación, organice el servicio en régimen de gestión directa.

(37) Otras fórmulas análogas en la legislación hispanoamericana, en ALBT, op. cit., págs. 140 y ss.

(38) En el trabajo, ya citado, *El servicio público de los transportes urbanos*, he estudiado este tema con detenimiento.



En esta situación, perfectamente prevista en las normas de municipalización (el artículo 166 de la Ley española enumera expresamente entre los servicios municipalizables los siguientes servicios estatales: transportes urbanos de cualquier especie, suministro de agua, de gas, de electricidad y estaciones de autobuses), que incluso constituyen, en nuestros sistemas aún estatocéntricos, el meollo de la actividad municipalizadora, se ve mucho más claro cómo el concepto legal y doctrinal de municipalización juega, efectivamente, como una carga para la adquisición de competencias nuevas por el Municipio, pues sólo después que adquiera en propiedad instalaciones ordinariamente muy costosas y asuma la responsabilidad de su gestión en sistemas de prestación directa podrá afirmar el Municipio su competencia sobre servicios públicos ya calificados de tales, y cuyo carácter netamente urbano se afirma por principio al permitirse la municipalización de los mismos. Es decir, se confirma nuestra tesis de que la municipalización eleva la propiedad y una forma rígida de gestión a medida de la competencia del Municipio (39).

Es claro que tal carga efectiva desalienta con frecuencia la posibilidad de un incremento de la competencia municipal. Pongamos ya algún ejemplo concreto. El ferrocarril metropolitano de Madrid, que es el sistema de transporte urbano más importante de la ciudad, es hoy una concesión del Estado. Al Municipio madrileño interesaría sobremanera poder afirmar su competencia sobre este servicio e imponerle, por ejemplo, medidas de coordinación con los transportes de superficie, que están municipalizados; pero para que esto sea factible, con nuestro sistema de municipalización en la mano, se le exige: 1.º, la onerosísima expropiación de toda la ingente instalación del ferrocarril metropolitano; 2.º, la posterior organización del servicio en régimen de gestión directa. Es evidente que se trata de un formidable sistema de obstáculos,

(39) Una aplicación extrema de este criterio es que, al menos en España, el Estado entiende que la municipalización afecta a una instalación concreta, pero no a futuras instalaciones del mismo servicio, para cuya organización sigue afirmando su competencia con posterioridad a la municipalización, ¡incluso cuando estas nuevas instalaciones tratan de ser montadas por el mismo Municipio! Es, por ejemplo, el caso de los transportes urbanos, como he estudiado en el trabajo citado en la nota anterior: posteriormente a la municipalización de los transportes madrileños de superficie, en 1947, el Ayuntamiento de Madrid debe obtener concesión del Estado para instalar nuevas líneas, solución que, como se comprende, es una verdadera reducción al absurdo del criterio que se critica en el texto.

que de hecho ha impedido la asunción por el Municipio madrileño de servicio tan fundamental para la vida urbana; si en algún momento hubiese aceptado realizar una inversión expropiatoria tan extensa, con seguridad le habrá retraído comprometerse a un sistema de gestión tan arriesgado como al que se le fuerza, tanto más teniendo en cuenta el satisfactorio resultado con que, en general, es realizado el servicio en manos del concesionario actual (40).

En la hipótesis en que la municipalización es realizada no a costa de servicios estatales, sino sobre actividades hasta entonces privadas, esta limitación es también notoria. Si se aceptase la discrecionalidad general para la organización del servicio, como procede por la teoría general de nuestro Derecho administrativo (41), el Municipio podría compensar la adquisición de las instalaciones privadas de que se trate con la posterior concesión del servicio, por ejemplo, o reconocer la posición de concesionario al empresario o empresarios que hasta entonces venían realizando tal actividad en régimen privado, sin que el Municipio tuviese que efectuar ninguna adquisición patrimonial o imponer al concesionario la carga de tal adquisición, etc. El sistema de municipalización, entendido como gestión directa, hace imposible esta solución; la asunción de la actividad de que se trate como actividad municipal queda rigurosamente condicionada a que el propio Municipio adquiera las instalaciones y preste el servicio por gestión directa, bajo su propia responsabilidad.

## B) LA DEPURACIÓN DEL CONCEPTO DE MUNICIPALIZACIÓN.

### 1. *Municipalización como asunción de servicios.*

Es urgente desconectar esos distintos aspectos del problema municipal que el concepto de municipalización, como hemos visto, ha vincu-

(40) En la municipalización de los transportes de superficie acordada por el Ayuntamiento de Madrid en 1947 jugó estrictamente esta limitación en cuanto a la fórmula de gestión, lo que se tradujo en una anómala caracterización de la Empresa municipal que realiza el servicio. Véase el problema en LEIRA, *La municipalización de servicios en Madrid*, en el tomo *Cátedra de Madrid*, cit., págs. 209 y ss.

(41) Son clásicos los conceptos de JÉZE, *Los principios generales del Derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1949, II, 1, págs. 105 y ss. Vid. también más adelante en el texto.

lado a una suerte común. Está, por una parte, el problema de la asunción de competencias por el Municipio; está, por otra, sin necesidad ninguna de ligarlo al anterior, el problema de la forma de gestión de los servicios municipales. A juicio de esta Ponencia, es pertinente reservar al término municipalización el primero de estos dos aspectos, y liberarlo íntegramente del segundo de ellos, que es, sin embargo, el que hoy priva.

El término municipalizar, incluso gramaticalmente, tiene un sentido dinámico que se acomoda con justeza a ese significado de integrar competencias exentas a favor del Municipio. Técnicamente, la necesidad de un concepto con este alcance es también notoria: no es posible, y mucho menos en una civilización hirviente y proteica como la actual, definir de una vez para todas la competencia municipal, ni adecuar ésta prácticamente por igual en todas las clases y tipos de Municipio. Municipalizar ha de ser una determinación singular del principio abstracto de la autonomía, por lo que hace a sectores de actividad concreta. En este sentido, la municipalización podrá extenderse característicamente respecto a dos órdenes de actividades:

1.ª Actividades calificadas ya como servicios públicos y gestionados en concepto de tal por el Estado u otras personas públicas distintas del propio Municipio.

2.ª Actividades no calificadas de servicios públicos, y en tal sentido dejadas hasta entonces al libre comercio privado; a su vez, la municipalización puede tener en este sector dos significados:

— o bien la actividad de que se trate es elevada al rango de servicio público propiamente tal, y en tal sentido asumida por el Municipio en exclusividad,

— o bien es acometida por el Municipio sin asignarla tal carácter, y, por ende, sin sustituir a la actividad privada, y en concierto con la misma, actual o virtual.

Examinaremos rápidamente cada una de estas aplicaciones de la municipalización.

## 2. *Las direcciones de la municipalización.*

a) El motivo de que la primera manifestación del dinamismo municipal se proyecte sobre el ámbito de los servicios públicos gestionados

por el Estado u otros entes dependientes del mismo, no es más —como se ha observado con reiteración— que una consecuencia de la estructura estatocéntrica de nuestros regímenes administrativos, que han seguido en esto el esquema napoleónico (42). Entre nosotros, la autonomía municipal, actualmente consagrada, por regla general, en las legislaciones, no ha sido, como en Inglaterra y aun en los Estados Unidos, un dato primario, sino, paradójicamente, el resultado de un esfuerzo artificial de construcción legal, realizado sobre esa base estatocéntrica establecida durante el siglo XIX. Cuando, al fin, es reconocida con una cierta amplitud la existencia de un ámbito autónomo de organización política y administrativa en el Municipio, éste se encuentra, por de pronto, con que su papel de gestor de servicios está ya ocupado en buena parte por el Estado, el cual, como hemos observado más atrás, a lo largo del siglo XIX ha calificado de servicios públicos, conforme a la dialéctica propia de este concepto, atribuyéndose su titularidad, los más relevantes medios técnicos de satisfacción de necesidades específicamente urbanas: transportes colectivos, electricidad, gas, suministro de aguas, etcétera, etc. La consagración legislativa del sistema de «cláusula general» en la definición de competencia del Municipio y la solemne proclamación de una autonomía municipal, que es un logro del siglo XX, no tuvieron virtud por sí mismas, como ya hemos notado, para desalojar esta inmisión ya consumada de los poderes superiores en el orden local; hemos indicado también los apoyos técnicos en que se fundó esta resistencia (reservas legales expresas, argumento de la ley especial frente a la general, etc.), cuya base real, naturalmente, está no en el Derecho, sino en la «física de los poderes», terreno en el cual el Municipio está *a priori* condenado frente a la prepotencia del Estado. Esta falta de virtualidad de la autonomía municipal para sustituir este principio de organización, rigurosamente antiautonómico, según el cual los servicios locales más caracterizados son servicios del Estado, y el Municipio es, a lo más, un simple concesionario de los mismos, ha hecho de nuestras

---

(42) En el caso de muchos países americanos que han seguido el esquema norteamericano de autonomías territoriales montadas sobre base federal, el aserto del texto sigue siendo válido, aunque deba referirse eventualmente a los Estados federados y no al de la Unión. Lo que es evidente es que la Administración no ha surgido en estos países a partir del Municipio, sino que, claramente, ha procedido siempre de los centros superiores, siendo la autonomía municipal, como entre nosotros, un logro tardío y, en cierto modo, artificial.

leyes locales, en muy buena medida —es fuerza reconocerlo paladinamente—, leyes platónicas: por debajo de ellas subyace la anterior estructura estatocéntrica.

Las normas de municipalización de servicios han aceptado siempre, como hemos observado más atrás, su aplicación sobre este tipo de servicios públicos gestionados actualmente por el Estado; pero, como también hemos notado, la asunción municipal del servicio quedaba rigurosamente condicionada a las circunstancias adyacentes de su adquisición en propiedad y de la posterior gestión en régimen de prestación directa o por Empresa propia. Se trata, en la reconstrucción sistemática que proponemos, de liberar a la extensión de la competencia municipal de esta importante carga y habilitar con normalidad un sistema de traspaso de competencias puro y simple, que no se condicione *a priori* por esas notas accidentales; que se refiera, en una palabra, a la simple titularidad del servicio público, y no prejuzgue las formas de su ejercicio. Es lo que los ingleses, y JORDANA entre nosotros, han llamado el principio de *devolución* a los entes inferiores de las competencias que el Estado viene ejerciendo fiduciariamente (43).

No debe ocultarse que esta tendencia encuentra enfrente en nuestros días una tendencia fuertemente contraria, y a ello habremos de aludir más adelante. Por lo demás, no se trata tampoco de vaciar al Estado de todos sus servicios públicos en beneficio de los entes locales, sino, simplemente, de sustraerle aquellos de inequívoco carácter local, cuya naturaleza, organización y desenvolvimiento afecta primariamente al grado local de la vida colectiva, sin que por la extensión de la necesidad a que atiende, ni incluso por las exigencias técnicas de una planificación centralizada, se justifique su gestión en un nivel administrativo superior. Ha de seguirse aquí un sistema de lista con preferencia al sistema de *numerus apertus*, ya que, en definitiva, se trata de referir una realidad ya constituida y, por ende, fácilmente mensurable, y no de dirigirse hacia el futuro; sin perjuicio de ello, acaso sea factible formu-

(43) El principio de la «devolution» se actualizó en Inglaterra con ocasión de la concentración estatal de poderes llevada a cabo en la primera gran guerra, celebrándose incluso una «Conference on Devolution», que publica en 1920 un informe sobre el tema. Vid. también FAWCETT, *The Provinces of England. A Study of Some Geographical Aspects of Devolution*, London, 1919; JORDANA DE POZAS, *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, número 4, 1951, págs. 27-28.

lar alguna reserva general que permita en casos singulares adoptar soluciones también singulares.

Funcionalizar esta sustitución de competencias a través de municipalizaciones concretas y especiales, adoptadas en procedimientos también singulares, para un Municipio y un servicio público particular, constituye un eficaz sistema de garantías, que acaso faltase en un traspaso de poderes ordenado legalmente por vía general. Garantía para el Estado, en primer lugar, que puede valorar en cada caso la disposición por el Municipio de medios técnicos y financieros suficientes para asegurar la posterior dirección del servicio público traspasado; y garantía también para el mismo Municipio, al que sólo su propio interés y vitalidad debe llevar a la grave responsabilidad de asumir nuevos servicios públicos en funcionamiento hipotéticamente normal hasta ese momento.

El Estado debería transformar paulatinamente, a medida de las municipalizaciones, sus órganos de gestión de estos servicios en órganos de tutela, que asistiesen técnicamente, y eventualmente fiscalizasen, la nueva gestión municipal de los mismos. Es obvio notar que el sistema de tutela sobre el Municipio, y no el de reducción de éste a la condición de concesionario del Estado, es el que técnicamente procede para asegurar una supervisión central de la autonomía municipal, que aquí se afirma por principio.

b) La segunda dirección de la dinámica municipalizadora se proyecta, según el esquema expuesto, sobre actividades que hasta ese momento no están calificadas como servicios públicos, ni gestionadas, por ende, en tal carácter por Entidad administrativa ninguna, sino que están dejadas al libre comercio privado, concretándose la municipalización en la elevación de las mismas al rango propio de servicio público rigurosamente tal. Una de las más altas expresiones de la autonomía municipal es el poder de elevar actividades libres, pertenecientes al llamado «sector privado», a actividades de servicio público, asumiendo, en consecuencia, la responsabilidad de su organización y gestión, directa o indirecta. Entran aquí sistemáticamente todos los casos que la Ley española califica de municipalización con monopolio (art. 166), exceptuados los incluidos en el grupo anterior. El monopolio *de iure* es un índice inequívoco del servicio público, o, en otros términos, todo servicio público es un monopolio, en cuanto que la nota esencial de su idea es que sólo pueda organizarlo la Administración titular del mismo, en

cuanto que es una competencia exclusiva (44). La proposición inversa (todo monopolio legal es un servicio público) ya no es exacta, porque caben monopolios con fines simplemente industriales o fiscales. Ahora bien, este tipo de monopolio de interés fiscal o de ordenación industrial no están ni deben estar al alcance de la competencia municipal, por la razón obvia de que la organización general de la economía, a lo que afecta sustancialmente el estancamiento de un producto, no es una función local. Así, pues, justamente en el ámbito municipal, la ecuación monopolio = servicio público, es perfecta. Si analizamos detenidamente los casos llamados de municipalización con monopolio en la legislación local (por ejemplo, artículo 166 de la Ley española), se ratifica íntegramente esta conclusión. La elevación de los servicios que cita al carácter de monopolio municipal no es más que su elevación al rango de servicios públicos propiamente dichos.

La municipalización tiene aquí una de sus más prestigiosas aplicaciones, y en virtud de ella el Municipio es titular de una de las más altas competencias administrativas: determinar qué necesidades colectivas deben ser elevadas a necesidades públicas, asumiendo el propio Municipio la responsabilidad de su satisfacción mediante servicios públicos, en el riguroso sentido del término. La municipalización equivale aquí, pura y simplemente, a la creación de un nuevo servicio público municipal (45). Por ello mismo, es aquí procedente el sistema de *numerus apertus* (que la Ley española acepta, artículo 166), por la imposibilidad de prever el dinamismo social y sus futuras exigencias, de las cuales únicamente ha de surgir la oportunidad de una creación de este carácter. Es obvio añadir que esta creación no debe condicionarse en modo alguno, según el sistema que se propone, a la propiedad de instalaciones y a la adopción de una forma rígida de gestión del servicio.

c) Por último, la municipalización puede consistir en la asunción

---

(44) ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en el «Tratato» de ORLANDO, *Milano*, 1920; GARCÍA DE ENTERRÍA, *El dogma de la reversión de concesiones*, incluido en el volumen *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, págs. 83 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, cit., págs. 22 y ss. Este concepto, que es verdaderamente elemental, se viene, no obstante, confundiendo por no distinguir las posiciones del titular del servicio, que es de quien se predica el monopolio, y del ente concreto que lo ejerce (concesionario especialmente), que puede carecer normalmente del beneficio de exclusiva por relación a otros entes análogos.

(45) Cfr. CLAVERO ARÉVALO, op. cit., págs. 66 y ss.

puramente subjetiva por el Municipio de una actividad dejada hasta entonces al comercio privado, pero sin alterar su naturaleza, no sustrayéndola, por consiguiente, de esta situación, lo que es decir ejercitándola en concierto y al nivel de la misma actividad de los particulares. Es la hipótesis comprendida en la llamada municipalización sin monopolio (por ejemplo, artículo 165 de la Ley española), y para la que VILLAR PALASI ha propuesto entre nosotros el término «gestión económica» (46).

Lo característico no es aquí la actividad industrial, que normalmente está también presente —como luego se precisará— en la organización y explotación de los servicios anteriores, ni tampoco el sometimiento al Derecho privado (que ni es completo, ni está excluido tampoco en la gestión de servicios públicos propiamente tales), sino la circunstancia de que la actividad se presta en concierto con los particulares, sin suplantarla ni restringirla (47). De aquí que el empleo del término «servicio» para denominar este tipo de actividad sea equívoco, pues no hay aquí tanto una «prestación administrativa» cuanto, en términos de VILLAR PALASI, una «dación al mercado» (48), suscitándose la confusión con la actividad de servicio público propiamente tal, que es, sin embargo, en esencia distinta (49).

(46) *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 3, 1950, págs. 53 y ss.

(47) Cuando este tipo de actividad es ejercido por el Estado no tiene validez el aserto del texto, pues cabe perfectamente, y es incluso normal, o la sustitución íntegra de la actividad privada (supuesto típico de las nacionalizaciones por sectores industriales, o de los monopolios fiscales), o una restricción *de iure* de la especie de actividad de que se trate, mediante reservas y privilegios por el sistema de «concesiones industriales», «beneficios de imposición al consumo» (Ley española de 24 de octubre de 1939), etc. Vid. VILLAR PALASI, loc. cit. No es éste el caso de los Municipios en la realización de este tipo de actividad, los cuales, por faltarles el poder de conformación de la economía, como se ha observado más atrás, no disponen, ni deben disponer en principio, de estas medidas exorbitantes.

(48) *La actividad...*, cit., págs. 60-62; ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1946, págs. 50 y ss.

(49) La crítica de GARRIDO FALLA a esta categoría de la «gestión económica», en *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954, págs. 140 y ss., no es convincente: 1.º, porque esta actividad no es sustancialmente pública, como lo es el servicio público, ni su régimen es, por ende, identificable al de éste; 2.º, porque tampoco puede reducirse a simple «actividad administrativa de derecho privado», como propone este autor, supuesta la normalidad con que es regida con un régimen exorbitante, conforme se aduce *supra*, nota 47; 3.º, porque esta actividad de derecho privado, que, en todo caso, no es hoy un sector continuo de actividad, se presenta tam-



Respecto a este tipo de «gestión económica», una amplia fórmula de capacidad es suficiente, sin circunscribirla a objetos específicos, como acepta la Ley española, artículos 164 y 165. Tampoco su ejercicio, finalmente, debe condicionarse a la forma específica de la gestión directa, permitiéndose con normalidad las formas de gestión indirecta, según el Derecho privado (arrendamiento, contrato de Empresa, formas asociativas, etc.).

C) EL TEMA DE LAS FORMAS DE GESTIÓN.

1. *El principio de discrecionalidad organizativa.*

Estamos proponiendo que todo el esfuerzo reconstructivo del tema de la municipalización debe basarse en la estricta separación de la municipalización como integración de competencias o actividades nuevas, por una parte, y la gestión de los servicios y actividades así asumidas, por otra. Este tema de los sistemas de gestión es un tema general dentro del Derecho administrativo, que afecta a todo género de servicios y de actividades y no únicamente a las asumidas mediante municipalizaciones específicas; por ejemplo, a las atribuidas directamente por la Ley, o a las que tradicionalmente viene cumpliendo un Municipio determinado. Si la Administración municipal es titular de servicios y actividades, se deduce que, como una manifestación de su potestad sobre los mismos, le compete decidir discrecionalmente sobre su organización, y esto tanto en el momento de la creación del servicio como posteriormente, sin limitación sustancial y sin que sea obstáculo incluso la presencia de derechos concretos de los particulares (que tendrán su efectividad, caso de ser sacrificados, por la vía de la indemnización), en virtud del principio de indefectibilidad de su poder sobre tales servicios y actividades, y de la naturaleza pública de este poder jurídico, que se funcionaliza como *iussum*, como determinador, como libertad. Esta es una regla establecida en la base misma de nuestro Derecho administrativo, y es absurdo limitarla en la forma que del concepto de municipalización se ha venido deduciendo, según hemos probado.

bién en la gestión de servicios públicos propiamente tales, como veremos más adelante.

Entre las determinaciones que pertenecen al poder de organización de un servicio está la adopción de un sistema de gestión, y su montaje y precisión concretos. La regla aquí es la discrecionalidad en principio, dentro de límites muy extensos. Uno de estos límites afecta a las llamadas —muy imprecisamente— *funciones*, por diferencia de los servicios públicos propiamente tales (50), y que integran aquel tipo de actividad ordinariamente jurídica y necesaria (normación, policía, justicia administrativa, etc.), así como los servicios públicos genuinamente tales, actividad técnica y presidida por el criterio de utilidad más que por el de necesidad; es una distinción correspondiente a la de «actividad jurídica» y «actividad social» de la Administración, que procede, según ya dijimos, de la escuela alemana del siglo pasado, y especialmente de VON STEIN (51). Pues bien: esta actividad jurídica o soberana llamada (a falta de otro término) función, y a la que la Ley española de Régimen Local llama «servicios que implican ejercicio de autoridad» (artículo 157), debe ser realizada precisamente en régimen de gestión directa indiferenciada, sin que se conciba su organización en régimen de gestión industrial y mercantil, o por gestión indirecta en una cualquiera de sus formas (así, Ley española, *ibidem*). Con este límite, las demás actividades municipales (servicios públicos, gestión económica) pueden ser cumplidas en cualquiera de los múltiples sistemas de gestión imaginados: gestión directa indiferenciada, gestión directa diferenciada (orgánica, patrimonial, jurídicamente, gestión indirecta (concesión, gestión interesada, etc.) (52).

## 2. La gestión industrial y mercantil.

a) En el Derecho administrativo clásico, a la gestión directa, diferenciada o indiferenciada, afectaba también una limitación sustancial: la prestación debía realizarse precisamente en régimen de Derecho público; esta limitación que se actualizaba en el principio de concesionario interpuesto en la gestión de servicios públicos de naturaleza indus-

---

(50) MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, en «Archivio Giuridico», 1933, II; MARIO, *Funzione pubblica*, en «Studi in onore di SANTI ROMANO», II, Padova, 1940; ZANOBINI, op. cit., pág. 424; GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos...*, cit., págs. 18 y ss.

(51) Una formulación clásica puede verse actualmente en ORLANDO, *Principi di Diritto amministrativo*, ed. LESSONA, Firenze, 1952, págs. 18 y ss. y 229 y ss.

(52) Remitimos, para una exposición de estos sistemas de gestión, al completo trabajo de GARCÍA-TREVIJANO, cit., así como a lo que más adelante precisaremos.

trial, impedía además por sí misma que la Administración cumpliera otra actividad que la de servicio público propiamente tal, excluyendo la posibilidad de una actividad de gestión económica. El tema de la municipalización ha jugado históricamente como la primera ruptura de este esquema al postular la posibilidad de una gestión industrial y mercantil realizada directamente por la misma Administración (sin necesidad de un concesionario interpuesto), tanto para la realización de servicios públicos como para la de simple gestión económica, calificada así desde el punto de vista sustancial. Más tarde esta excepción singular, ligada al tema de la municipalización, se ha generalizado a todo el Derecho administrativo, planteándose en virtud de ello formalmente la famosa «crisis» del Derecho administrativo clásico, que se está debatiendo en estos mismos días.

b) La cuestión ha cobrado relieve paradigmático en Francia, porque en este país como en ninguno el Derecho administrativo fué reducido a un *criterium* central: el servicio público. Por servicio público, hecha una reducción convencional de particularismos, se entendía sustancialmente un servicio técnico prestado al público por una organización pública y mediante un régimen exorbitante del Derecho común. Tal régimen jurídico era justamente el Derecho administrativo, y esta relación se articulaba de tal forma que resultaba una perfecta identidad de términos: régimen de servicio público igual a Derecho administrativo, Derecho administrativo igual a régimen de los servicios públicos.

Lo sustancial aquí, verdaderamente, era la idea de la Administración que de esta concepción resultaba. Al erigir la idea del servicio público como centro solar del Derecho público se está ofreciendo como contenido del Estado una imagen en esencia distinta de la que resultaba de la concepción liberal: prestaciones positivas, servicios. En la base del ideario liberal estaba el principio de que el Estado se limitaba a asegurar formas jurídicas, garantías de la libertad, marco puramente genérico y formal que debía ser luego llenado de utilidades concretas por la iniciativa o concurrencia social, a la que se reserva por principio este campo de acción. Tal concepción queda alterada sustancialmente: no es que excepcionalmente se justifique en el Estado la prestación positiva de ciertos servicios materiales, es que justamente sobre esta prestación se cifra ahora el único sentido del Estado. «Die Verwaltung als Leistungsträger», «la Administración como soporte o titular de prestaciones», según el ex-

presivo título de la monografía que FORSTHOFF publica en 1938. Es esta idea esencial, que manifiesta un sentido nuevo del Estado, la que acierta a expresar, por de pronto, la teoría del servicio público.

La vinculación del servicio público —entendido en la forma indicada— a un régimen exorbitante del Derecho común era, en verdad, una solución de compromiso que no venía postulada exigítivamente por aquella idea, que es la radical. Que era una solución de simple compromiso, se ve claro en la fórmula del concesionario interpuesto para la realización de los servicios públicos de naturaleza industrial o técnica, que hemos examinado más atrás. Lo sustancial es que la Administración cifra todo su sentido en ofrecer prestaciones positivas, utilidades materiales, y no sólo jurídicas, a los súbditos. Es esta idea la que, por eso mismo, va a operar en desprecio de los límites accidentales que la doctrina del régimen exorbitante suponía. En cuanto es aceptada esta concepción, que supone la negación del orden social como ámbito autónomo y suficiente, satisfecho por sus propios, exclusivos impulsos, nada podrá impedir que la Administración siga extendiendo el contenido de sus prestaciones, y que, de una parte, adopte en su realización formas instrumentales más eficaces, y de otra parte, alcance a la prestación puramente económica y no pública. Estas extensiones estarán justificadas no ya en razones dogmáticas, sino en el plano puramente relativista de la oportunidad y de la conveniencia. En cuanto razones de cualquier orden (económicas, técnicas, financieras, sociales) justifiquen en su eventualidad un rendimiento social superior a una gestión administrativa llevada por cauces privados y no exorbitantes, bien formalmente, respecto de los clásicos servicios *públicos*, bien formal y sustancialmente, respecto de actividades económicas puras, la propia dialéctica de esta concepción de la Administración «als Leistungsträger» postulará esta extensión de actividad y la justificará *a radice*.

Que esto ha de ser así lo vemos perfectamente claro en el caso inglés. Inglaterra no conoce el Derecho administrativo, y la concepción del *rule of law*, tal como fué glosada por DICEY, reducía el papel del Estado al esquema liberal puro, a asegurar simplemente la garantía de la libertad, condenándose la idea misma que a la sazón vivía ya en el Continente de un Estado centrado virtualmente sobre el orden ingente de los servicios o prestaciones públicas. Son los fabianos, como más atrás hemos observado, quienes aportan en Inglaterra esta nueva idea esen-

cial del Estado. Los fabianos, y especialmente SIDNEY WEBB, la formulan a través de un principio que es correlativo con el del servicio público continental, el principio del *minimum nacional* (53): el Estado debe asumir la responsabilidad directa de asegurar un nivel de realizaciones técnicas, culturales, etc., que ha de ofrecer como mínimo a todos y cada uno de sus miembros. Ahora bien, los fabianos no son juristas, ni han llegado a esa idea a través del Derecho, sino que son políticos y economistas. Al servicio de ese criterio esencial y en virtud de su dogmatismo socialista, aceptan sin esfuerzo que la Administración asuma el papel del empresario privado cuando la eficacia para la realización del *minimum social* que ella asegura lo requiera efectivamente. La idea esencial que expresa en el Continente el principio del servicio público nos es así ofrecida sin sus limitaciones accesorias, sin la limitación del régimen público adventicio, desplegada en todas sus posibilidades.

c) Importado de Inglaterra el concepto de municipalización, ésta va a ser, según ya hemos notado, la primera ruptura formal del esquema cerrado que la doctrina del servicio público significaba en el Continente, pues la municipalización acepta una actividad municipal no prestada en régimen de Derecho público, bien formalmente (realización de servicios públicos, *stricto sensu* por cauces mercantiles), bien formal y sustancialmente (gestión económica, que es sustancialmente privada, y realizada además por cauces privados); es justamente esta singularidad la que va a destacar entre nosotros esta nota de la municipalización como definitiva y esencial, determinando toda la suerte peculiar del concepto, que ya hemos examinado más atrás. Ahora bien, la municipalización es a la sazón una pieza extraña dentro del sistema. La ruptura del Derecho administrativo en su formulación clásica no será notada hasta que el propio Estado, y no ya el Municipio, comienza a prodigar su actividad industrial y mercantil, lo que alcanza, finalmente, su expresión más amplia con las nacionalizaciones de esta segunda postguerra, en que de modo sistemático pasan a integrarse en el sector público ramas enteras de la industria y del comercio. Tanto el orden de los objetos y fines de actuación como el de las formas de la actuación misma queda así trastocado.

(53) SIDNEY WEBB, *Towards Social Democracy?*, London, 1916, págs. 36-44. Recogido entre nosotros por JORDANA DE POZAS, op. cit., págs. 21 y ss.

Es entonces, ya en nuestros días, cuando en Francia se aperciben claramente de que el coherente sistema del servicio público, tal como había sido teorizado por los grandes juristas de la escuela de Burdeos, y que había sostenido, en efecto, todo su sistema positivo, ha hecho crisis completa. En estos mismos días está ocurriendo en este país la gran liquidación de su sistema de Derecho administrativo, cuyos hitos literarios pueden señalarse todavía en breves términos (54). Aunque no con el mismo acento dramático, derivado del dogmatismo cerrado con que en Francia se había vivido el principio del servicio público, análoga crítica ha sido formulada en todos los países continentales (55).

d) Lo que ha quedado claro, en definitiva, es la superación de aquella ecuación matemática: actividad administrativa = servicio público = régimen exorbitante del Derecho común. No toda actividad administrativa positiva o de prestación es actividad de servicio público, y, a la vez, no todo el régimen del servicio público propiamente tal es un régimen exorbitante del Derecho común, carácter éste que, por otra parte, puede afectar también en alguna medida a la regulación de actividades sustancialmente privadas. Frente a la antigua caracterización arquitectónica de la distinción Derecho administrativo-Derecho común en grandes bloques sistemáticos, hoy «el Derecho aplicable (a la actividad administrativa) se determina al nivel de pequeñas unidades, de los

---

(54) MORANGE, *Le déclin de la notion juridique de service public*, en «Dalloz Chronique», 1947, págs. 40 y ss.; AUBY, *Remarques sur quelques difficultés du Droit administratif français*, en «Annales de la Faculté de Droit de Bordeaux», 1951, páginas 1 y ss.; RIVERO, *Apologie pour les faiseurs de systèmes*, en «Dalloz Chronique», 1951, págs. 23 y ss., y *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*, en «Archives de Philosophie de Droit», 1952, págs. 147 y ss.; también del mismo autor, *Existe-t-il un critère du Droit administratif?*, en «Revue de Droit Public», 1953, págs. 279 y ss.; EISENMAN, *Cours de Droit administratif*, sobre el tema *L'autonomie du Droit administratif*, en la Sorbonne, 1952-53, ed. «Les cours de Droit», París, 1953, y su artículo *Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du Droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle)*, en «Revue de Droit Public», 1952, págs. 903 y ss.; CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en Droit administratif français*, París, 1954.

(55) VILLAR PALASI, en su artículo citado, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, se había adelantado, entre nosotros, con notable agudeza, a la crítica generalizada que hoy domina en Francia. Para Italia es fundamental, aunque se limita al problema formal, AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di Diritto privato*, separata del «Archivio di Diritto pubblico», 1938. Para Alemania, vid., sobre todo, FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3.<sup>a</sup> ed., I, München und Berlin, 1953, págs. 51 y ss. y 398 y ss.

elementos aislados tal como son: un acto dado, una relación dada, y de ninguna manera al nivel de grandes masas» (56). «Tal posición se opone a la de la doctrina del servicio público que quería determinar el Derecho aplicable, ya por una institución o grupo de instituciones, ya por una actividad tomada igualmente en su integridad, con todo lo que a ella se relaciona, o incluso de grupos enteros de actividad... En lugar de grandes masas regidas de un modo cierto por el Derecho público y otras por el Derecho privado, las líneas de demarcación penetran hasta los elementos primarios e introducen distinción y diversidad en el interior de cada bloque» (57). Incluso más: «No hay ninguna jerarquía, ninguna diferencia de rango entre el dominio de la sumisión de la Administración al Derecho público y el dominio de su sumisión al Derecho privado. Ninguna de las dos soluciones es el principio, la solución normal, en tanto que la otra sería la excepción, cosa anormal. Las dos soluciones están sobre un pie de igualdad perfecta. Cada una es normal, en su dominio, para las hipótesis que contempla... Es tan normal —según el Derecho positivo actual— ver a la Administración regida por el Derecho privado, como verla regida por el Derecho público en las hipótesis contrarias» (58).

Por lo que ahora nos interesa, esto implica en nuestro orden sistemático concluir que la posibilidad de una gestión administrativa de carácter industrial y mercantil queda consagrada con normalidad, y que este tipo de gestión puede extenderse tanto a servicios públicos estrictamente tales como a lo que hemos llamado, con VILLAR, gestión económica. En el esquema conceptual que puso en juego AMORTH podríamos decir: la forma privada de gestión puede encubrir idénticamente una actuación sustancialmente pública como una actuación también sustancialmente privada (59). Pero los problemas específicos que suscita este tipo de gestión deben ser tratados con alguna atención.

(56) EINSENMAN, *Cours...*, cit., pág. 364.

(57) *Ibidem*, págs. 364-5.

(58) *Ibidem*, pág. 365.

(59) AMORTH, *Osservazioni...*, cit., págs. 467 y ss. (13 y ss. de la separata).

#### IV. PROBLEMAS DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL Y MERCANTIL DE LOS MUNICIPIOS

##### 1. CAMPO DE ACTUACIÓN DE LA GESTIÓN INDUSTRIAL Y MERCANTIL.

###### a) *El carácter instrumental de esta gestión.*

Resuelto el problema jurídico sustancial en la forma que hemos expuesto en el apartado anterior, la adopción de un sistema de gestión de los servicios municipales, de cualquier origen, en forma que implique una actividad de tipo industrial y mercantil, se nos presenta como una cuestión puramente instrumental, que afecta precisamente a la realización de servicios públicos *stricto sensu* y a la simple gestión económica; no, por consiguiente, según hemos dicho, a las llamadas funciones o actividad jurídica, y no técnica. La Administración, en uso de su discrecionalidad organizativa, puede llevar la ejecución de esos dos tipos precisos de actividad a los cauces empresariales propios de la economía privada, lo que hará, no en atención a motivaciones jurídicas, sino a razones de eficiencia, relativas, instrumentales, para aprovechar en su beneficio las afinadas técnicas de organización y ejecución que ha decantado el mundo económico en todo su largo proceso de desenvolvimiento.

La Administración —se ha dicho, haciendo una frase— «ha expropiado a los capitalistas no sólo sus empresas, sino también su experiencia y sus fórmulas» (60). Esta expropiación de las técnicas privadas, que arrastra consigo la utilización del mismo régimen privado en zonas ingentes de la actuación administrativa, es acaso la nota dominante de la Administración de nuestro tiempo, que fué prenunciada en el Continente en virtud del movimiento municipalizador.

Es el carácter instrumental de esta utilización de técnicas privadas (frente al carácter sustancial con que esta utilización era explicada en

(60) VEDEL, *La technique des nationalizations*, en «Droit Social», 1946, pág. 96. Otra frase: «Hay pueblos vencidos cuya civilización y cuyas leyes se imponen al vencedor en razón de su valor. Tal parece la situación del Derecho mercantil privado en presencia de las nacionalizaciones y de la invasión de la Economía por el Estado.» HOUIN, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes du Droit commercial*, en «Archives de Philosophie du Droit», 1952, pág. 79.



el antiguo Derecho: teoría del Fisco, teoría de la gestión privada o del patrimonio fiscal) (61) la idea central que puede reducirnos a unidad el complejo fenómeno. Esto explica que esa utilización no sea nunca absoluta, sino limitada a aspectos concretos, aunque más o menos extensos (62), y así, que pueda extenderse en cuanto a la actividad, pero no en cuanto a la forma (63), o que su extensión a la forma de ejercerla pueda aplicarse en grados también diversos: funcionarización (régimen privado del personal), contabilidad, recursos, organización (formas empresariales mercantiles), actuación respecto de terceros, etcétera. La más extensa de estas aplicaciones es, sin duda, la de la adopción de una forma empresarial mercantil, que por su misma presencia en el tráfico implica, sin más, la aplicación a su estatuto orgánico y a su actuación respecto de terceros de las formas jurídicas y técnicas mercantiles; pero, aun así, en las formas de control de estas Empresas luce siempre inexcusablemente el Derecho público, tanto en lo que respecta a la formación de voluntad del ente público que ejercita su dominio sobre ellas, como incluso en muchas de las formas mismas de este control, que pueden fácilmente tipificarse entre las formas publicísticas de la tutela (64).

b) *La salvedad de los fines públicos.*

Esa misma idea del uso instrumental por la Administración de las técnicas privadas en cuanto a la gestión industrial y mercantil debe sacarse a primer término para evitar también un grave riesgo que hoy amenaza a la actividad administrativa en muchas de sus manifestaciones

(61) Cfr. AMORTH, op. cit., págs. 469 y ss.

(62) Contradecimos aquí la extremada tesis de EISENMAN, que se ha apuntado en el apartado anterior: el núcleo de la Administración es siempre público, aparte de por la irreductibilidad del ejercicio de las «funciones» a métodos privados, porque las técnicas privadas son también «utilizadas», «instrumentales» para la instancia que este núcleo irreductible representa; de ahí que la organización de los mismos entes privados sea resultado siempre de decisiones públicas.

(63) En contra de AMORTH, loc. cit., que no admite en su tipología una actuación privada bajo formas públicas. Un ejemplo sencillo es el de las llamadas por VILLAR PALASI «empresas propias» o internas, que suponen una actividad industrial (sustancialmente) bajo la gestión directa indiferenciada (siempre pública): *La actividad...*, cit., págs. 90 y ss. Más adelante examinaremos otros supuestos caracterizables en la misma categoría.

(64) Vid. las agudas consideraciones de VILLAR PALASI sobre este extremo: op. cit., págs. 105 y ss.

de ese carácter, que es el olvido de sus finalidades genuinamente públicas, e incluso específicamente públicas cuando, bajo la capa de una gestión mercantil, se ejercitan y actúan verdaderos servicios públicos.

El fin propio de la actividad administrativa es siempre público, y esto incluso cuando se trata de una actividad de gestión económica. En el caso del Municipio este aserto tiene la máxima validez, puesto que en sí este tipo de actividad atiende siempre a finalidades sociales, y no puramente económicas, como con frecuencia ocurre con el Estado, titular de la política económica propiamente tal. Estas finalidades sociales pueden revestir todo género de modalidades y precisiones, desde la simple utilidad fiscal, que viene a encubrir, en realidad, verdaderas formas de propiedad colectiva, aunque bajo la atribución fiduciaria al ente municipal (65), hasta la utilidad de cualquier otro carácter, en forma que puede muchas veces equipararse a verdaderas Cooperativas difuminadas por la circunstancia de la gestión unitaria del ente colectivo, que es el que directamente asume la representación del común de vecinos (66); piénsese, en el caso elemental de centrales reguladoras del mercado de alimentos, en que esta finalidad cooperativa asume un carácter visible e incuestionable. Pues bien, es preciso asegurar el constante servicio a estos fines sociales de la actividad industrial y mercantil de los Municipios, evitando que la propia dialéctica empresarial cuyas formas de gestión se adoptan lleve, como es frecuente, a un abandono de los mismos y a la desnaturalización de la actividad municipal en pura actividad económica, indiferente, o incluso dañosa, al interés de la comunidad vecinal. Las formas de gestión y de control deben de

(65) Históricamente la observación del texto se cumple sin paliativos y sin enmascaramientos, ya que la concepción asociativa de los entes municipales, no unificados aún por el arbitrio de su personalidad jurídica, determinaba que las propiedades municipales fuesen calificadas como «res comunes» o «propiedades en mano común» (Gesamte Hand), sobre lo cual son definitivos los estudios de GIERKE: *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, II, Berlín, 1873, págs. 229 y 667. Entre nosotros, el gran COSTA observó la pervivencia de las características colectivistas en la gestión y aprovechamiento de los patrimonios agrarios concejiles (*El colectivismo agrario en España*, 2.ª ed., Madrid, 1915), lo que trasciende hoy mismo con toda nitidez al propio campo de las formas jurídicas, en el supuesto del artículo 192, núm. 4.º, de la Ley de Régimen Local, en que no basta la cualidad ordinaria de vecino o miembro de la Corporación para beneficiarse de las propiedades de ésta, lo que prueba, en definitiva, la escasa fuerza de la titularidad dominical que la Corporación interpone.

(66) Cfr. GASCÓN HERNÁNDEZ, *Aspectos cooperativos de la vida local*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», 73, 1954.

precaver la normalidad de este riesgo y disponer contra él sus defensas más eficaces.

En concreto, la tentación de tal riesgo se hace evidente en el problema de los precios al público. Es preciso establecer claramente que las Empresas puramente fiscales o lucrativas de los Municipios no deben nunca lograr su objetivo a costa de los propios vecinos, y especialmente de los que ocupan los niveles bajos de renta, salvo que se trate de consumos suntuarios; la única justificación que una actuación municipal en el orden de los artículos primarios puede encontrar es, justamente, la bonificación de precios, bien por la reducción de los beneficios de intermediarios, bien, incluso directamente, mediante una subvención a pérdida a cargo de otros ingresos municipales. En el caso de la gestión industrial de los servicios públicos genuinamente tales, esta reserva afecta en modo decisivo al problema de las tarifas de prestación de los servicios. No debe confundirse nunca el simple uso instrumental de formas mercantiles de gestión con la naturaleza rigurosamente pública de lo gestionado en este supuesto: la tarifa de un servicio público no es nunca un precio privado, sino rigurosamente una exacción pública, una tasa. De ahí que, aunque la propia autonomía patrimonial de los servicios postule con normalidad la aplicación del principio de la «tarifa suficiente» para cubrir los gastos de establecimiento y explotación del servicio (la autosuficiencia patrimonial, que en Norteamérica se llama expresivamente la *businesslike manner*), deba imponerse el principio no patrimonial, sino político, de la «tarifa dirigida», que atiende primordialmente a la efectividad social del servicio, y que remite el problema de su financiación al cuidado del sistema financiero general, y no exclusivamente al de los usuarios del servicio. Este criterio es cardinal e impone un estudio atento de la distribución de las cargas colectivas, llegándose con normalidad a las soluciones de bonificación de las tarifas, con cargo a los impuestos generales o a ingresos de cualquier otro carácter; a la modulación interna de las tarifas conforme a la capacidad de renta de los respectivos usuarios; incluso, en ocasiones, al castigo de la tarifa, recargándola sobre el coste efectivo del servicio, con objeto de restringir ciertas utilizaciones del mismo o de desplazar hacia las mismas una carga superior de sostenimiento.

Todo el importantísimo aspecto de la tarificación de los servicios municipales debe partir de estas consideraciones centrales, que con cierta

frecuencia se ocultan por una indebida extensión a este terreno de los criterios puramente industriales y mercantiles, que no deben jamás invadirlo (67).

En conclusión, pues, debe establecerse con energía que la adopción instrumental de los *businesslike methods* no debe nunca llevar al Municipio a acoger también en el orden de los fines las *businesslike manners*.

## 2. *Los tipos organizativos de gestión.*

Si hablamos de actividad industrial y mercantil de los Municipios, es claro que quedan excluidas de nuestra consideración las formas de gestión indirecta, y que debemos contraernos a las propias de la gestión directa.

La organización de la gestión directa municipal puede adoptar formas variadísimas en atención a fines concretos y a la disposición de medios disponibles. Todas estas formas, sin embargo, pueden reducirse a unos cuantos tipos determinados caracterizados sobre criterios del derecho de la organización (68).

En primer lugar, debe distinguirse la gestión directa indiferenciada de la diferenciada. La gestión directa indiferenciada supone la gestión por parte de los órganos comunes o generales del Municipio, y en régimen también común respecto a las funciones y servicios ordinarios, con los cuales son subsumidas las actividades de que se trate. La gestión directa diferenciada supone, por el contrario, un destacamiento orgánico, con mayor o menor extensión, sobre este fondo común de los servicios ordinarios del Municipio, y una especialización también más o menos extensa para la gestión de la actividad considerada. La diferenciación puede ser meramente orgánica (un órgano especial de gestión, pero obrando dentro del régimen general), o bien patrimonial (Hacienda especial o Caja autónoma), o bien ambas a la vez (órgano especial de gestión con una Caja también especial), o bien, finalmente, una diferenciación personificada: fundación por el Municipio de un ente

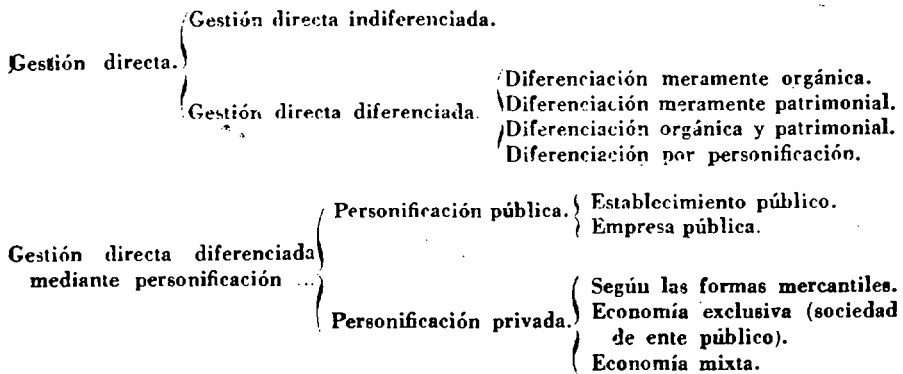
(67) De este problema, por extenso, ha tratado el Ponente en su trabajo *Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 12, 1953, págs. 129 y ss., al que en este momento se remite.

(68) Sobre la naturaleza jurídica de las formas organizativas, cfr. VILLAR PALASI, *La actividad...*, cit., págs. 73 y ss.; FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, cit., págs. 329 y ss.

con personalidad jurídica al cual se atribuye la gestión específica de que se trate, personificación que supone siempre la existencia, en mayor o menor medida, de las dos diferenciaciones anteriores, orgánica y patrimonial, y que, por esta razón, es el grado extremo de la diferenciación de gestión.

A su vez, la diferenciación de gestión a través de entes con personalidad puede revestir alcance distinto, siendo posible la distinción de formas públicas y de formas privadas. Las formas públicas de personificación pueden ser, por su parte, o bien establecimientos públicos, que es la forma clásica de personificación para el Derecho administrativo, y que supone, además de la forma pública, una gestión también pública, o bien Empresas públicas propiamente tales, que bajo la forma pública de personificación actúan en el tráfico con carácter mercantil y privado. Por último, quedan las formas mercantiles de personificación, que actúan también dentro del régimen mercantil, con posibles excepciones, especialmente en la hipótesis de ser gestoras de servicios públicos genuinamente tales, y que pueden distinguirse conforme a los propios criterios formales del Derecho privado (comanditaria, anónima, responsabilidad limitada, etc.), y específicamente por el dato de la exclusividad o no del dominio municipal sobre las mismas, hipótesis esta última que nos sitúa ante el tipo de la Sociedad mixta.

En resumen, pues, nos resulta el siguiente esquema :



El estudio detallado de cada una de estas formas de gestión nos llevaría muy lejos, y sería, además, insistir en temas sobre los que existe

una amplia y ya casi concluyente literatura (69). Lo que interesa establecer es que para el ejercicio de una actividad industrial y mercantil de los Municipios es, en general, inidóneo el sistema de la gestión directa indiferenciada, por la inadecuación de los sistemas públicos de gestión (órganos, contabilidad, funcionarios) a la actividad de ese carácter. Tal actividad, en cuanto que es ejercitada con habitualidad y no ocasionalmente, impone la existencia de una Empresa propiamente tal, que se funcionaliza en una organización específica, y que impone en este orden exigencias indeclinables (70). De ahí la pertinencia de preceptos como el contenido en el artículo 173 de la Ley española de Régimen Local, que impone para la gestión de actividades industriales y mercantiles una diferenciación de gestión que ha de ser, por lo menos, según este artículo y el siguiente, orgánica y patrimonial.

Las fórmulas de economía mixta nos sitúan ya en las lindes entre la gestión directa y la indirecta. En la Ley española habría motivos para incluirla en uno y otro tipo, puesto que, por una parte, se habla de estas Sociedades al tratar de la gestión directa, en tanto que, por otra parte, se las considera específicamente como concesionarios (art. 176, 3), lo cual implica, ciertamente, un sistema de gestión indirecta. Para resolver esta cuestión desde un punto de vista realista, procederá siempre distinguir los dos supuestos que VILLAR PALASI ha llamado accionariado fiscal y accionariado gestor. En el primer caso la participación municipal tendrá un carácter económico, aunque pueda justificarse en otras consideraciones que las estrictamente económicas (subvenciones indirectas, aportaciones *in natura* con vistas a la eficaz gestión, instrumentación de intereses propios, etc.), pero sin conducir al control interno de la Empresa; es esto último lo característico y lo que, por ende, nos revela la presencia de gestión indirecta. En la otra hipótesis de accionariado gestor lo característico es, justamente, que se produce ese control interno, ordinariamente a través de participaciones económicas mayoritarias, pero puede darse tal nota también con una participación minoritaria cuando, mediante sindicaciones, votos plurales, pactos so-

---

(69) Amplias referencias en los trabajos de VILLAR PALASI y GARCÍA-TREVIJANO citados. El núm. 3 de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 1950 (564 págs.) está dedicado monográficamente al tema de la Empresa pública, y se encontrarán en él también referencias extensas.

(70) Sobre el problema jurídico de la Administración como empresario, vid. GARCÍA-TREVIJANO, op. cit., págs. 33 y ss., y allí citados.

ciales, etc., la Administración se ha reservado ese control (71). Aquí estamos en presencia de una gestión directa indiscutible, puesto que a través de la gestión de la Empresa el Municipio manifiesta su propia, personal voluntad, que es, como tal, indivisible (72).

### 3. *El tema de la eficiencia.*

El problema jurídico de las formas de gestión industrial y mercantil por Administración ha cedido el paso, como tema dominante, al problema de la eficiencia en este tipo de gestión. Que la Administración adopte la veste de empresario es, en definitiva, un convencionalismo que el Derecho puede aceptar con mayor o menor facilidad, pero que ante la economía no cabe resolver con meros formalismos. En particular, el problema surge por el hecho elemental y fundamental de que la Administración carece del sistema de estímulos propios del empresario privado, concretamente —en una fórmula vulgar— del móvil del lucro, ya que, aun en el supuesto de una gestión puramente económica, no es nunca este fin el determinante de su actividad, según ya observamos, ni, sobre todo, el que anima a los gestores y responsables personales de las Empresas públicas. Ahora bien, sobre este sutil estímulo del lucro fía el sistema de la economía de mercado la persecución de la eficiencia en la gestión de las Empresas; a falta de él, la eficiencia en la gestión industrial y mercantil de la Administración deberá ser procurada artificialmente, mediante mecanismos que suplanten la energía de aquella fuerza natural, y el arbitrar tales artificios y mecanismos se constituye así en el principal problema que suscita el fenómeno actual de las Empresas en mano pública (73).

Por de pronto, es este cuidado de la eficiencia el que por sí solo postula que la actividad industrial y mercantil del Municipio sea llevada a organizaciones específicas y a un tipo de gestión empresarial y no político, sostenida por personal privado y no funcional, cuestión a

(71) VILLAR PALASI, op. cit., págs. 97 y ss.

(72) *Ibidem*, págs. 103 y ss.

(73) Aunque en términos más generales, suponiendo la sustitución de la economía de mercado por la economía socialista, lo que es obvio que lleva el problema a un grado absoluto, son fundamentales sobre esta cuestión las reflexiones de SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, cit., tercera parte, bajo el epígrafe: «¿Puede funcionar el socialismo?». La bibliografía sobre el tema es abrumadora.

la que ya nos hemos referido. A la vez, esta misma exigencia se diversifica en una serie de técnicas particulares, cuyo estudio minucioso parece fuera de lugar en esta Ponencia. Haremos referencia únicamente a dos cuestiones de especial interés.

Es la primera la inexcusable necesidad de organizar mecanismos de control orgánica y subjetivamente diferenciados con relación a los órganos de gestión ordinaria de la Empresa. Una de las positivas ventajas que proporcionan los sistemas de gestión indirecta (piénsese, como caso típico, en la concesión) es el hecho de que la Administración titular del servicio adopta con naturalidad, e incluso con natural energía, esta función de control y fiscalización sobre la entidad que directamente ejerce el servicio, imponiéndola una diligencia cuidadosa mediante la intimación de un orden completo de sanciones disponibles. En la gestión directa, por el contrario, al ser unívocas la titularidad y el ejercicio del servicio, se corre el riesgo, que se actualiza con notoria frecuencia, de que la Administración asuma el punto de vista del egoísmo empresarial y no el de la efectividad del servicio, y justifique, en consecuencia, las imperfecciones en la realización del servicio mismo, cuya fiscalización y sanción no es ya realizada por entidad alguna. Este riesgo evidente debe obviarse mediante el cuidadoso montaje de organismos de control en el sentido indicado, y por la referencia del orden de sanciones (y, alternativamente, de estímulos y premios) a los gestores inmediatamente responsables.

La segunda observación general para mantener la indeclinable exigencia de la eficiencia técnica alude al problema de los precios. Con mucha frecuencia es el sostenimiento de precios y tarifas bonificados la razón sustancial determinante de la municipalización (asunción del servicio) o de su gestión directa. Ante esta hipótesis, completamente normal, una tendencia a la facilidad suele llevar a un descuido de los índices de rendimiento, al contarse con la seguridad de que la subvención municipal va a absorber necesariamente los déficit de explotación, cualesquiera que sean. Ordinariamente son los precios, como reflejos de los costes, las medidas de rendimiento de la Empresa en conjunto; pero al producirse un desajuste artificial entre costes y precios, a través de la congelación de éstos, que es la hipótesis que consideramos, los costes son relevados del cuidado de no aumentar el precio, y esta desvinculación ocasiona la pérdida de uno de los mecanismos de eficiencia y de



rendimiento más eficaces. Para obviar esta formidable pérdida, que suele implicar un estímulo a la mala administración de las Empresas municipales, se impone rectificar absolutamente la técnica de las subvenciones *a posteriori*, o por los déficit reales de explotación, sustituyéndola por una técnica de subvenciones preventivas, calculadas *a priori* sobre índices de costos normalizados, y atendida la insuficiencia teórica de los precios o tarifas que se reconozcan a la Empresa en cuestión; es decir, se trata de reconducir los fondos de subvención a la función económica que cumplen los precios en la economía de la Empresa, integrándolos como una partida fija, y no cambiante y eventual, de los ingresos de ésta (74).

En general, todas las técnicas de racionalización, productividad y rendimiento deben ser extremadas en estas manifestaciones de Empresas públicas que son las Empresas municipales, y puede decirse sin exageración que del acierto con que estas técnicas sean efectivamente implantadas depende en el futuro la suerte de estas formas de actividad administrativa (75). La generalidad del problema y la exigencia de una especialización rigurosa para abordarlo en todos sus términos puede aconsejar la oportunidad de incluir entre los servicios estatales de Inspección y Asesoramiento de los entes locales un servicio especial sobre estas materias, para asistir técnicamente a los Municipios titulares de Empresas, e incluso para fiscalizar y controlar rigurosamente el cuidado efectivo de los índices de rendimiento de éstas. En el orden práctico, una garantía en este orden de cosas puede ser, de hecho, uno de los factores fundamentales que apoyen y aseguren la extensión de la actividad industrial y mercantil de los Municipios.

(74) Más detalles en mi trabajo *Sobre la naturaleza de la tasa*, cit., págs. 154 y siguientes. Cfr. también ARDANT, *Technique de l'Etat. De la productivité du secteur public*, París, 1953, págs. 79 y ss.

(75) La bibliografía sobre esta cuestión es muy extensa. Véase, como ejemplo, en un solo año de la revista inglesa «Public Administration», 1952: CHESTER, *Management and Accountability in the Nationalised Industries*, págs. 27 y ss.; VICKERS, *The Accountability of the Nationalised Industry*, págs. 71 y ss.; STEER, *Measuring the Public Service*, págs. 315 y ss.

## V. CRISIS DEL MOVIMIENTO MUNICIPALIZADOR

Sería incompleto este estudio si no se aludiese en él, aunque concisamente, a los crecientes indicios de crisis del movimiento municipalizador, entendido este concepto en su riguroso sentido de asunción de actividades por los Municipios, lo que apareja rigurosamente una reducción del campo reservado a su actividad industrial y mercantil.

Varios factores han concurrido a esta situación, pero todos ellos pueden resumirse en la idea central de un achicamiento del ámbito municipal como nivel propio para el planteamiento y resolución de los problemas que el orden ingente de los servicios públicos plantea a nuestro tiempo.

El factor acaso más visible en la crisis del municipalismo es el financiero. «Die Crux der Kommunalen Selbstverwaltung —decía recientemente WERNER WEBER— ist der Verlust des finanzieller Fundaments» (76). Todas las exigencias políticas y económicas que impiden, por una parte, un fraccionamiento absoluto del espacio nacional en economías municipales, y que, de otra parte, valoran la potencialidad que resulta de una acción financiera centralizada y de conjunto, han conducido a la progresiva extensión del sistema de subvenciones de los entes superiores como medio de financiación de los servicios municipales, y, consiguientemente, a una importante pérdida de la autonomía municipal, privada de una base financiera propia; la subvención suele aparejar, en una u otra medida, una intervención en el servicio. Este fenómeno es universal (77).

Al lado de este factor fundamental hay otros que cooperan al mismo resultado. Destaca entre ellos el que impone un planeamiento técnico extramunicipal, es decir, de conjunto dentro de áreas superiores, en la atención de servicios que se han visto siempre como cifra de los servicios municipales. Característico es el caso del urbanismo, que a través de las normas y los organismos de *planning* ha terminado por ser, pa-

(76) WERNER WEBER, *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, Göttingen, 1953, pág. 45.

(77) BOULOIS, *Essai sur la politique des subventions administratives*, París, 1951; VILLAR PALASI, *Las técnicas administrativas de fomento*, cit., ambos con muy extensas referencias. Para Inglaterra, especialmente, CHESTER, *Central and Local Government. Financial and Administrative relations*, London, 1951.

radóticamente, uno de los servicios centrales más caracterizados en la generalidad de los países. En Inglaterra, patria del *municipal trading*, esta misma tendencia ha llevado a la nacionalización de sectores enteros de la actividad industrial de los Municipios. Los laboristas, herederos directos de aquellos «gas and water socialists» a que nos hemos referido más atrás, han llevado a cabo la más impresionante reducción del movimiento municipalizador, alimentando las nacionalizaciones que han impuesto en esta postguerra a costa, en muy buena parte, de las antiguas y gloriosas municipalizaciones: la electricidad, el gas, los transportes municipales, incluso, han sido incluídas en las gigantescas «Corporations» gobernadas centralmente, y cuyos órganos directos de gestión acaban ordinariamente en grandes «Boards» regionales (78). Esta política ha sido, y sigue siendo más cada día, el resultado de una concepción deliberada y de conjunto: en 1943, en plena guerra, el Partido laborista publica un Memorándum con el título *The Future of Local Government*, que coloca al socialismo decididamente en la línea regionalista, dando por superado el municipalismo romántico de sus primeros representantes. Se entiende que la realidad contemporánea ha desbordado por sí misma como «área» de gobierno y planificación los estrechos límites del Municipio. Fuera incluso de todo doctrinarismo de partido, el informe de la «Local Government Boundary Commission», en 1946, apoya el mismo criterio, que es erigido de este modo en Inglaterra en la tendencia del momento (79).

La agudización de las formas urbanas de existencia apoya, como se comprende, este fuerte movimiento supramunicipal. La autonomía política local supone, en cierta manera, una infraestructura real de auto-

---

(78) Remitimos a la vívida exposición de ROBSON en *The Development of Local Government*, cit., págs. 22 y ss., bajo el expresivo título: «The Loss of Public Utility». Aparte de esta importante restricción, el Estado está succionando en Inglaterra una buena parte de la antigua hipertrófica Administración local: carreteras, aeropuertos, hospitales, servicios laborales y sociales, recaudación de impuestos, etcétera, etc., llegándose en nuestros días a una situación de equilibrio entre el Estado y la esfera local que no es ya muy diferente de la que ofrece el continente. *Ibidem*, páginas 16 y ss. Esta transformación fundamental está siendo cumplida con el silencio y la resolución con que Inglaterra nos ha acostumbrado a realizar todas sus revoluciones políticas.

(79) Vid. el estudio de conjunto de LIPMAN: *Local Government Areas, 1834-1945*, Oxford, 1949, especialmente págs. 269 y ss., bajo el epígrafe: «Plans for a new structure: Regionalism», con más referencias; ROBSON, op. cit., págs. 59 y ss.; COLE, *Local and Regional Government*, London, 1947.

nomía y suficiencia social de los centros locales. Hoy día ni siquiera en el orden físico de sus componentes una ciudad vive sobre sí misma, sino que, por el contrario, es cada vez más común la dispersión de la población en amplias zonas geográficas subsidiarias y satélites, que, no estando ordinariamente comprendidas dentro del Municipio de la capital, gravan a ésta parasitariamente, sin embargo, con la exigencia de una coordinación y hasta de un orden común de servicios públicos. Esta cuestión es objeto de una Ponencia especial en este Congreso, y no vamos a hacer ahora de ella, por consiguiente, cuestión especial.

La lamentación, la postura nostálgica, nada han de poder contra lo que esta tendencia lleva en sí de motivos reales, de justificaciones sociales inmediatas, independientes de sus teorizaciones y excesos doctrinarios. Más realista y más eficaz ha de ser que el Municipio sostenga la participación efectiva que le corresponde en estas realizaciones que amenazan con desbordarle y que, después de reducirlas a sus justos límites, lleve a ellas, sobre todo, su vieja savia democrática, que es en el fondo todo su profundo y genuino sentido, y cuya pérdida, aun en nombre del gran mito moderno de la eficacia, sería, en verdad, irreparable. Esta exigencia, por sí misma, postula la localización preferente de estas nuevas instancias supramunicipales en organizaciones descentralizadas, sobre la base real de los Municipios afectados, en forma de agrupaciones de Municipios, consorcios de entes públicos, etc., y, en última instancia, en entidades locales de segundo grado análogas a la Provincia española. Tema éste de un extraordinario interés, al que, por la índole especial de la Ponencia, no podemos más que aludir.