

LA NATURALEZA INSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MECÁNICO POR CARRETERA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE(*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS DE INTERÉS PÚBLICO.—III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 8 DE ABRIL DE 1963.—IV. EXAMEN DE LA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA QUE REGULA LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MECÁNICO POR CARRETERA: 1. *El trasplante del concepto de servicio público a la industria del transporte por carretera.* 2. *El Real Decreto de 4 de julio de 1924.* 3. *Los Reales Decretos de 22 de febrero y 21 de junio de 1929.* 4. *La Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria de 24 de enero de 1941.* 5. *La Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 27 de diciembre de 1947:* a) Los servicios regulares de transporte de viajeros. b) Los servicios de transporte de mercancías por carretera y el Decreto de 3 de marzo de 1966. c) Los servicios discrecionales de transporte por carretera.—V. *¿PRESCINDIENDO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-POSITIVO VIGENTE, EL TRANSPORTE POR CUENTA AJENA DE PERSONAS Y COSAS EN VEHÍCULOS AUTOMÓVILES POR CARRETERA, DEBE SER CONSIDERADO COMO SERVICIO DEL ESTADO?:* 1. *El uso especial de las vías públicas por los servicios de transporte por automóvil.* 2. *Conceptuación de los servicios de transporte por carretera como servicios de interés público.* 3. *Situación que implicaría la conceptualización de los servicios de transporte de viajeros por carretera como "servicios de interés público".*

I.—INTRODUCCIÓN.

La reciente Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, al venir a regular el contrato de gestión de servicios públicos, ha originado el planteamiento de determinados temas relacionados con su posible incidencia en la regulación específica de los transportes mecánicos por carretera.

Ello hace referencia fundamentalmente a si el transporte por carretera constituye o no un «servicio público del Estado» en el sentido propio de estos servicios, para lo cual se hace preciso examinar el problema,

(*) Con posterioridad a la conclusión del presente trabajo fué publicado el Decreto de 28 de diciembre de 1967, aprobando el Reglamento de Contratos del Estado, y cuyo artículo 197 exige concretamente una declaración expresa para que una actividad de interés general se entienda asumida por el Estado.

tanto atendiendo al Ordenamiento jurídico positivo vigente, como al orden doctrinal o de los principios.

De todo este planteamiento, en definitiva, deberá proceder una toma de postura ante una posible modificación de la actual legislación ordenadora de estos transportes, que en general se presume hoy un tanto desfasada.

II.—SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS DE INTERÉS PÚBLICO.

Sin pretensión de formular aquí una exposición de las distintas posiciones doctrinales a que han dado lugar las investigaciones sobre el concepto de servicio público y sobre las notas que le son características, en relación con lo cual, como es sabido, no parecen existir bases incontrovertibles, aparte de la constante evolución del concepto (1), lo que sí interesa señalar aquí, como base de partida, es que, como ha señalado ENTRENA CUESTA, los autores parecen estar de acuerdo en estimar que se da un servicio público cuando la satisfacción de fines de interés general es asumida por un ente público que desarrolla en tal sentido una actividad por sí o por tercera persona (2).

Abundando en este sentido, ZANOBINI ha dicho que un servicio público en sentido social de utilidad general no se transforma en servicio público en sentido jurídico, sino cuando se subjetiviza en forma de monopolio por parte de un ente público y adquiere la misma fuerza que la función.

De aquí la consideración bastante generalizada de que no parecen existir en forma indiscutible servicios públicos por naturaleza, como existen funciones públicas, sino que sólo gozan de dicho sello los servicios que son nacionalizados o naturalizados.

Por ello se ha considerado que uno de los principios generales en nuestro Derecho administrativo es el de la exigencia de una disposición legal para la creación de los servicios públicos, con lo que la satisfacción de las necesidades que mediante la prestación de tales servicios se persigue, queda asumida por la Administración pública y sustraída a la libertad de comercio, pudiendo luego elegir aquélla entre las distintas formas de prestación.

(1) Según se dice, NAPOLEÓN interesaba de la Escuela Politécnica un informe anual sobre la noción de servicio público.

(2) R. ENTRENA CUESTA, *El servicio de taxis*, pág. 38, núm. 27, de esta REVISTA, año 1958.

En este orden cabe recordar cómo por Real Decreto-Ley de 12 de abril de 1924 se declararon formal y expresamente «servicios públicos» los suministros de energía eléctrica, agua y gas, y cómo anteriormente, por Ley de 30 de junio de 1892, se estableció el monopolio del Estado sobre la fabricación y venta de cerillas y fósforos, y por Real Decreto-Ley de 28 de junio de 1927 (ratificado por Ley de 9 de septiembre de 1931) se estableció igual monopolio estatal sobre la importación, distribución y venta de combustibles minerales, líquidos y sus derivados.

Ahora bien, por el interés que tiene para el planteamiento posterior de este trabajo, veremos cómo entre las distintas formas de prestación de los servicios públicos destaca la de concesión administrativa como la más característica de entre las que implican la gestión de la actividad por tercera persona, en cuya fórmula la actividad continúa siendo pública, ya que a través de la concesión se opera una transferencia de facultades desde la Administración pública al particular concesionario.

De momento nos interesa destacar, ya que luego incidiremos sobre el tema, cómo la idea matriz de la concesión de servicios públicos radica en la subrogación del concesionario al Estado en determinadas funciones propias de éste.

Por su interés al respecto, transcribimos lo que manifestaba nuestro Consejo de Estado en su dictamen de 14 de noviembre de 1950 (Consulta núm. 6.683), al significar cómo es la idea matriz de la transferencia de funciones, lo que permite identificar las heterogéneas especies de la institución concesional.

En dicho dictamen se decía :

«Es, en efecto, característica la concesión de aprovechamiento de dominio público o de concesión demanial, pero lo es tanto la concesión de gestión de servicios públicos, como especie distinta del mismo género. La idea común que trasciende de ambas especificaciones está en la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa. Esta esfera puede, desde luego, referirse al orden real, y aquí el orden de lo originariamente administrativo lo da la idea del dominio público, cuya titularidad únicamente y de modo necesario (criterio de la inalienabilidad del dominio público) corresponde a la Administración; o referirse al orden de la actividad y la gestión, y en este supuesto, el concepto de servicio público discrimina, entre toda la gama de actividades posibles, aquellas que son administrativas de modo natural, originario y exclusivo. Por el negocio de la conce-

sión, la Administración transfiere a un particular una esfera de actuación en cualquiera de estos órdenes; lo característico y común es que en todo caso, y por hipótesis, esta transferencia es parcial, comprende una tasa limitada de facultades y en modo alguno una propiedad plena, pues dominio público y servicio público siguen siendo tales tras la concesión, y, por ende, referibles a la Administración, que en algún sentido, por el hecho simple de esta titularidad constante e inderogable, mantiene en la situación facultades de imperio».

Sentado lo que antecede en relación con los servicios públicos, interesa ahora destacar cómo frente a dicho concepto estricto han surgido doctrinalmente otros conceptos marginales con la pretensión de distinguir ciertas actividades de interés colectivo que en la práctica se aproximan mucho a las que implican los servicios públicos; tales conceptos son fundamentalmente los de «servicios públicos impropios» y «servicios públicos virtuales». El primero de ellos tiene arraigo en la doctrina italiana, habiendo sido su creador Arnaldo DE VALLÉS, y el segundo procede de la doctrina elaborada por el Consejo de Estado francés; a ambos conceptos corresponde lo que entre nuestra doctrina se han venido a llamar «servicios de interés público» (3).

Interesa ahora retener que dichos conceptos se distinguen fundamentalmente del de «servicio público», propiamente dicho, en que en los mismos no existe la titularidad del servicio por parte de la Administración; así, pues, se trata en tales casos de servicios privados, pero que por el interés que ofrecen para la colectividad, la Administración pública puede someterlos a una serie de controles que se inician con la exigencia de su autorización y se mantienen a lo largo del desarrollo de la actividad autorizada mediante la necesidad de someterse, no ya a las condiciones, términos o modos a que dicha autorización se añada, sino, lo que será más frecuente, a toda una disposición de carácter reglamentario.

A este respecto ha dicho VILLAR PALASÍ que existen unas actividades que sin estar asumidas por el Estado como propias y sin revestir por ello carácter de servicio público, no pueden identificarse con el comer-

(3) R. ENTRENA CUESTA, *El servicio de taxis*, págs. 31 y sigs., núm. 27, de esta REVISTA, año 1958.

J. A. GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, págs. 27 y sigs., número 12, de esta REVISTA, año 1953; DE VALLÉS, *I Servizi pubblici*, Primo Trattato de ORLANDO, VI, Milán, 1930, págs. 617 y sigs.

cio puramente privado, tienen características especiales en cuanto van dirigidas impersonalmente a la colectividad, sufren un régimen de tarificación y no pueden ser ejercidas sin autorización previa, por estar sometidas a un control de la Administración (4).

Pero ha de insistirse en que en estos supuestos, a diferencia de lo que ocurre en los servicios públicos, los particulares, si bien prestan actividades conexas íntimamente con el interés general, por lo que la Administración no puede desentenderse de su realización, tales actividades continúan siendo privadas, ya que la Administración no las ha recabado como propias, interviniendo en su regulación, como luego veremos, en virtud de los tradicionales poderes de policía que le son propios.

Más adelante habremos de insistir en el análisis de los regímenes propios de estas actividades privadas de interés colectivo, que han sido denominados «ordenamientos jurídicos seccionales».

III.—LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 8 DE ABRIL DE 1963.

El contrato mediante el cual se gestiona la prestación de un «servicio público» propiamente dicho se encuentra hoy regulado fundamentalmente por la reciente Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1963.

Es idea básica que inspira dicha Ley el que el particular contratante con la Administración no realiza sino la misión de un colaborador en la gestión que es propia del ente público, idea ésta que, como hemos visto, es sobre la que en definitiva se ha asentado la doctrina administrativa.

En este sentido, la parte expositiva de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, al comentar la Base IX, dice: «Una de las situaciones más sobresalientes en virtud de las cuales *los particulares colaboran en la actividad de la Administración*, es el contrato de gestión de servicios públicos, mediante el cual se simplifica el aparato burocrático de aquélla y se da entrada a empresarios capaces de realizarlos».

La propia Base IX de dicha Ley emplea significativamente los términos «Los contratos mediante los cuales *el Estado encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio público...*», y «El

(4) VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, número 3 de esta REVISTA, año 1950, pág. 67.

Estado podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, *todos los servicios de su competencia...*».

A su vez, el texto articulado de dicha Ley, de 8 de abril de 1965, en su artículo 1.º, al definir el ámbito de su aplicación, la circunscribe a «los contratos que tengan por objeto directo... *la gestión de servicios del Estado...*»; y al tratar de estos contratos en sus artículos 62 y 63 expone que se regularán por sus preceptos aquellos contratos mediante los cuales *el Estado encomienda* a una persona natural o jurídica la gestión de un *servicio público de su competencia* que tenga contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares y sin que ello implique el ejercicio de poderes soberanos.

Resulta, pues, incuestionable que lo que la indicada legislación de Contratos del Estado ha venido a regular a este respecto es el contrato gestión de servicios públicos, entendido el «servicio público» en el sentido propio a que anteriormente se hizo alusión, es decir, el que implica la prestación de una actividad de interés general, de la cual es titular el Estado, por lo cual habrá que entender que los preceptos de dicha legislación no son de aplicación a los supuestos en que se regula la prestación de aquellos otros «servicios de interés público» a que anteriormente hicimos alusión y que implican el ejercicio de una actividad privada de interés colectivo.

Así resulta natural que dicha Ley articulada, al determinar en su artículo 66 las formas posibles de gestión indirecta de los «servicios públicos», omita, como no podía menos, la fórmula de «autorización administrativa», que, como luego veremos, es típica de la prestación de los «servicios de interés público», y la cual en puridad no hace posible la instauración de una relación jurídica contractual propiamente dicha entre el autorizante y el autorizado, aunque suponga una intervención en el campo económico.

IV.—EXAMEN DE LA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA QUE REGULA LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MECÁNICO POR CARRETERA.

Importa discernir claramente si los preceptos de la nueva legislación de Contratos del Estado son de aplicación a los servicios regulados en la Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 27 de diciembre de 1947, ya que de ser así habrán resultado derogados los preceptos de ésta que se encuentran en contraposición con aquélla.

Para ello se hace preciso analizar si, a tenor de su legislación específica, dichos servicios de transporte mecánico por carretera constituyen propiamente servicios públicos de la titularidad del Estado, o bien implican el ejercicio de una actividad industrial privada de interés colectivo, en cuyo supuesto su encaje institucional estaría más propiamente entre los anteriormente aludidos servicios de interés público.

Comenzaremos por formular un análisis de las circunstancias en que se ha desarrollado el proceso histórico que precedió a la actual legislación de los transportes por carretera, para llegar luego al examen del ordenamiento vigente.

1. *El trasplante del concepto de servicio público a la industria del transporte por carretera.*

Frente al cerrado esquema clásico del Derecho administrativo, que no concebía que una instalación industrial *strictu sensu* estuviese en manos públicas, dado el dogma liberal de limitar la función de los entes públicos a la garantía meramente formal del libre y espontáneo desenvolvimiento social, surge en el pasado siglo, en la Administración continental, la conciencia de la trascendencia social de algunos de estos medios técnicos de satisfacción de necesidades; ello origina la llamada «Administración social», frente a la anterior «Administración jurídica», las cuales difieren claramente en sus metas; en esta última el fin era cubrir la necesidad, y en la nueva lo será la utilidad.

Esta nueva orientación, que arranca científicamente de VON STEIN, da al traste con el esquema clásico del cometido de la Administración pública.

Se inicia históricamente la nueva etapa en el Derecho administrativo con la aparición de los ferrocarriles, y para esquivar los esquemas mentales de la época, que repudiaban declarar la competencia directa del Estado sobre estos medios técnicos, surgirá, por una parte, la técnica de la subvención estatal, con la cual se justifica como contraprestación en favor del poder público la regulación del servicio y el poder tarifario, y por otra parte, surgirá como figura de importancia decisiva la llamada «concesión de servicios públicos», figura que, como es sabido, deriva de las daciones regalísticas medievales (*privilegia principis*), que se reconfigura totalmente en función de las exigencias derivadas de la nueva situación a que trata de servir (5).

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, pág. 93 v sigs., núm. 17, de esta REVISTA, año 1955.

Importa todo ello, porque hay que resaltar que el caso de los ferrocarriles es la primera aplicación del nuevo concepto y que va a servir luego de modelo general.

El nuevo sistema de concesión sirve claramente a la finalidad que persigue; el ente público asegura su titularidad sobre el servicio, mientras que el concesionario privado monta por su parte el correspondiente establecimiento industrial y presta luego el servicio por el sistema privado de la contraprestación individual, siendo las relaciones entre el industrial concesionario y los usuarios privados relaciones privadas sometidas al Derecho común.

Esta nueva forma de servicios públicos, que suponen una explotación industrial (6), se ha hecho notar que implica ya en sus primeras experiencias en el continente en el siglo XIX la consideración de «servicios del Estado».

Sobre estos principios doctrinales se promulga en el año 1877 la Ley General de Ferrocarriles, notoriamente influenciada por la Ley General de Obras Públicas del mismo año, que, como hemos dicho, vendrá luego a servir de antecedente para la regulación de otros servicios públicos de transporte (aparte de los tranvías regulados en aquella misma Ley), tales como trolebuses y transportes mecánicos por carretera.

En estas nuevas regulaciones el legislador no se planteará ya esquemas doctrinales previos, sino que dogmáticamente aplicará en cada caso que va surgiendo los principios inspiradores de la aludida Ley de Ferrocarriles.

2. *El Real Decreto de 4 de julio de 1924.*

El primer ordenamiento legal de estos transportes surge por Real Decreto de 4 de julio de 1924, durante el Directorio Militar, es decir, en la etapa de excepción constitucional. Resulta de particular interés detenerse en este primer ordenamiento, por cuanto del mismo derivarían conceptos que luego han sido plasmados en ordenamientos posteriores, posiblemente sin una adecuada ponderación de su alcance.

Con anterioridad a 1924 venían existiendo, al amparo de la libertad de comercio e industria que garantizaba la Constitución de 1876, lícitas explotaciones de transporte automóvil por cuenta ajena, sujetas simplemente a las prescripciones aplicables sobre circulación, orden público, seguridad, sanidad, tributación, etc.

(6) GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, págs. 110 y sigs., número 12, de esta REVISTA, año 1953.

La Exposición de Motivos de este primer Decreto de 1924 alude a la necesidad de orientar hacia el interés general la entonces reciente industria del transporte, y así, significativamente, decía :

«Hay en la actualidad gran número de empresas y particulares que dedican sus capitales a esta industria del transporte de la correspondencia pública, de viajeros y mercancías, en líneas regulares que tratan de remediar esa deficiencia (se refiere a la insuficiente red ferroviaria existente); pero como no se han establecido normas que las regulen con orientaciones de interés general, ni las energías de los industriales ni el capital dedicado a ellas han podido conseguir que alcance una eficiencia proporcional al esfuerzo, malgastándose muchas veces en inútiles y ruinosas competencias, que, además de arruinarla, agotan los entusiasmos de los que a ella dedican sus esfuerzos.

Pero especialmente en el aspecto de interés general que supone el transporte rápido de la correspondencia pública es donde más necesario se hace poner remedio a los males que por esta falta de reglamentación aquejan a esta importante industria. El conductor del correo, sujeto a itinerario y horario fijos, se ve arruinado por cualquier competidor circunstancial que, utilizando la posibilidad de señalar libremente horas y paradas, aprovecha las temporadas de tráfico máximo para su provecho, dejando al conductor del correo la obligación de sostener sus transportes en toda época, incluso en aquellas en que es el negocio ruinoso. Esto haría, de no ponerle remedio, que en plazo no lejano este servicio duplicase su coste, con perjuicio del Erario, y aún entraña el peligro de que llegase tiempo en que el aliciente de las subvenciones no fuese suficiente estímulo para sostener los inconvenientes de estas competencias poco serias.

De esto se deduce la necesidad de legislar poniendo remedio a estos inconvenientes actuales y peligros próximos en bien del interés nacional, y encauzando la industria del transporte a base de carruajes con motor mecánico, tomando como enseñanzas de éxito notorio lo ocurrido en la mayor parte de los países civilizados, en los que, bien a base de fuertes subvenciones, *bien protegiendo la industria por medio de concesiones análogas a las otorgadas a los ferrocarriles*, se ha procurado su desarrollo, garantizando en la medida de lo posible la inversión de capitales y energías.

Las dificultades por que atraviesa el Tesoro público aconsejan no conceder subvenciones suficientes a dar estas garantías; antes bien, economizar las actuales, y por eso se opta por el segundo procedimiento, cuya eficacia ha quedado plenamente demostrada en los países donde se ha puesto en práctica, que son precisamente aquellos donde este género de transportes ha alcanzado el máximo de desarrollo y eficacia».

Partía, pues, el legislador de reconocer la existencia de una actividad industrial privada, que, como se dice, revestía interés general y precisaba ser encauzada para la mejor satisfacción de aquél. Por las dificultades por las que atravesaba entonces el Tesoro público, se prescindía de la fórmula de subvenciones, optándose, según se decía, por proteger dichas industrias «por medio de concesiones análogas a las otorgadas a los ferrocarriles» para garantizar la inversión privada de capitales y energías.

Luego, en su parte dispositiva, el mismo Real Decreto utiliza concretamente la expresión «servicios públicos» para referirse a cuantos eran objeto de regulación, estableciendo además la fórmula de concesión administrativa en exclusiva, para los de carácter regular, bien fuesen de viajeros o mercancías (arts. 6 y 9). A su vez, el Reglamento de aplicación de dicho Real Decreto clasificaba concretamente los distintos servicios, en su artículo 71, en la siguiente forma literal:

«Los servicios públicos de transportes por carretera, mediante vehículos de motor mecánico, se clasificarán en las siguientes clases:

Clase A.—Servicios regulares, con itinerario y horario fijos, de viajeros, mercancías o mixtos y con obligación de transportar la correspondencia pública.

Clase B.—Servicios irregulares, de viajeros o mixtos, con itinerario fijo y horario indeterminado.

Clase C.—Servicios urbanos y suburbanos, con itinerario y horario fijos, sin obligación de transportar normalmente la correspondencia pública.

Clase D.—Servicios públicos libres, para viajeros, con itinerario y horario indeterminados.

Clase E.—Servicios públicos exclusivamente de mercancías, con horario indeterminado».

Vemos, pues, cómo la confusión conceptual surge ya en este primer Ordenamiento jurídico, que, como hemos indicado, nace en una etapa de excepción constitucional, que, como es sabido, no se caracterizó por su rigor legislativo.

Por una parte, se reconoce la existencia del transporte como actividad industrial privada de interés general, y por otra, se utiliza sin precisión la denominación de «servicio público» para todos cuantos se presten por cuenta ajena, estableciendo el régimen administrativo de concesión en exclusiva para los de carácter regular, todo ello sin que formalmente, como en rigor procedía, se declarase la sustracción de esta actividad del sector privado para pasar a considerarla como misión propia del Estado.

Así, pues, surge aquí por primera vez la cuestión que se arrastrará hasta nuestros días, relativa a si el transporte por cuenta ajena en vías ordinarias ha pasado o no a constituir una actividad propiamente estatal.

3. *Los Reales Decretos de 22 de febrero y 21 de junio de 1929.*

Posteriormente al Real Decreto de 1924 surge el Real Decreto de 22 de febrero de 1929, que vino solamente a modificar la normativa anterior en el sentido de supeditar el transporte por vías ordinarias al transporte ferroviario. Aquí interesa señalar cómo sintomáticamente en esta ordenación se hace notar el mayor grado de vinculación estatal con que se considera en aquel entonces el transporte por ferrocarril, que se explotaba, como se recordará, por Compañías concesionarias. Así, en la Exposición de dicho Real Decreto se decía :

«En todas las naciones se presenta, con caracteres cada vez más agudos, la competencia que el automóvil por la carretera hace al ferrocarril, y se toman medidas conducentes a sostener la vida de aquél, tan seriamente amenazada en muchos trayectos y tráficos por el nuevo medio de transporte.

Sujetos en nuestro país los ferrocarriles a concesiones que les obligan a una constante explotación, y sometidos, en su mayoría, a recientes Estatutos que les ligan más al Estado, con el que tienen ya intereses comunes, no se puede prescindir de ellos cuando se legisla para otros medios de transporte con los que guardan rela-

ción, porque no sólo pudiera ser atentatorio a los altos intereses de la nación, que tantos beneficios recibe de la explotación de los ferrocarriles, sino que tampoco sería equitativo.

Es, por otra parte, evidente que los transportes por carretera se deben considerar como complemento de los que prestan los ferrocarriles, siempre que aquéllos resulten afluentes a éstos o paralelos y en contacto con ellos y exista, por consiguiente, la posibilidad de organizar servicios combinados, debiendo procurar que en tal caso funcionen ambos bajo el régimen de una Gerencia, con las ventajas que para el público reportaría el conveniente establecimiento de enlaces entre los diferentes medios de comunicación».

Así, pues, quede constancia del cuidado con que el legislador trata ya de manifestar la superior consideración que para el Estado merece el servicio ferroviario.

En 21 de junio de 1929 se dicta un nuevo Real Decreto, que se limita a retocar el anterior, aun cuando es de interés hacer notar que introduce por primera vez la figura de la reversión en favor del Estado, ya establecida antes para los servicios ferroviarios, con lo que se acentúa la consideración de la actividad como servicio público. Así, en el último párrafo de su parte expositiva se dice:

«... la facultad de rescatar las líneas por causa de utilidad pública, asignada al Estado por Real Decreto de 2 de febrero de 1929, ha de tener su complemento *con el precepto general establecido en servicios de análoga naturaleza, de la reversión de aquéllas a favor del Estado, una vez alcanzado el término del plazo de sus concesiones*, con la limitación, no obstante, de que dicho plazo exceda de diez años, pues para el del otorgamiento conviene que el fijado de veinte años tenga el carácter máximo, para poder atender con holgura a toda clase de circunstancias y conveniencias».

Luego, el Reglamento para aplicación de dichos Reales Decretos de 22 de febrero y 21 de junio de 1929 insistirá en el mismo sentido que el de aplicación del Real Decreto de 1924, conceptuando como «servicios públicos» a cuantos utilizando motor mecánico por vías ordinarias se realicen por cuenta ajena, y ello tanto se realicen con carácter regular como discrecional, transportando viajeros o mercancías (arts. 1, 2 y 3).

4. *La Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria de 24 de enero de 1941.*

Superada la contienda civil y con el afán de proceder a un ordenamiento general de todos los transportes terrestres, se dicta en 24 de enero de 1941 la Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria, en la cual se observa con mayor pujanza que anteriormente la tendencia a vincular estatalmente al transporte por carretera, previniéndose incluso la intención de llegar a la formulación de un plan general para dichos transportes por parte de la Administración del Estado; ello evidentemente era reflejo fiel de los principios político-económicos vigentes en aquel momento histórico.

Interesa reproducir aquí lo que literalmente se prevenía en las Bases 8.^a y 9.^a de aquella Ley.

En la Base 8.^a se decía :

«En la acepción *servicios públicos* de transportes por carretera se comprenden todos aquellos que tienen por objeto el transporte mecánico de viajeros o mercancías por cuenta ajena y por vías o caminos públicos extraurbanos del Estado, Provincia o Municipio efectuados por automóviles sobre la superficie de dichas vías o utilizando carriles instalados en ellos, o tomas aéreas de energía, como los tranvías o trolebuses».

Y en su Base 9.^a se añadía al efecto :

«El Consejo Directivo de Transportes por Carretera formará un Plan general de transportes de esta clase, y a este efecto, tanto para viajeros como para mercancías, formulará relaciones de los servicios actuales y pedidos pendientes de resolución que deban mantenerse, de los que deban suprimirse y de los que convenga crear. Estas relaciones se someterán al Ministerio de Obras Públicas para la resolución que proceda. El Plan general de transportes por carretera, previos los informes de la Junta Superior de Ferrocarriles y del Consejo de Obras Públicas, se someterá a resolución del Ministerio de Obras Públicas, quien otorgará las concesiones que procedan, de acuerdo con lo preceptuado en esta Ley».

No obstante ello, el Plan estatal anunciado en 1941 no llegó a ser realidad, renunciándose expresamente al mismo al promulgarse la aún

hoy vigente Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 27 de diciembre de 1947, como veremos seguidamente.

5. *La Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 27 de diciembre de 1947.*

Esta nueva Ley, aun manteniendo viva la confusa situación conceptual de los servicios de transporte, denota, sin embargo, cierto paso atrás en la acusada tendencia estatalizadora anterior, reconociendo en algún aspecto una mayor personalidad al transporte como actividad industrial privada.

La Exposición de Motivos de dicha Ley de 1947, que aún hoy constituye el ordenamiento básico en la materia, dice al respecto :

.....
 «Se hace preciso, en consecuencia, introducir importantes modificaciones en las normas básicas hasta ahora en vigor, al objeto de conseguir los siguientes fines primordiales :

1.º Abrir más ancho el cauce a la iniciativa privada, reconociéndole una sensibilidad superior a la que pudiera tener el Estado para revelar las corrientes de tráfico dignas de atención, *abandonando el propósito de la previa formación de un Plan estatal de líneas de transporte*, que siempre habría de resultar incompleto e inestable.

2.º *Suprimir los derechos en exclusiva*, que, mal interpretados, han llegado, en ocasiones, a crear verdaderos monopolios de la carretera, con evidente perjuicio para los usuarios; supresión que ha de llevarse a efecto sin dejar de establecer a favor del transportista que satisfaga cumplidamente las necesidades de tráfico aquellas garantías que deben protegerle contra una competencia perturbadora.

3.º Eliminar el tope que supone un término obligado de las concesiones por haber puesto de manifiesto la realidad que durante los últimos años de su vigencia se dificultaba prácticamente, no sólo la necesaria renovación del material móvil, sino también su mantenimiento en las debidas condiciones de perfecta utilización. Pero es justo que, paralelamente a la supresión de la temporalidad de las concesiones, queden éstas sometidas a ciertas normas, que al *permitir su posible rescate por el Estado*, pongan en relación la fecha en que se realice con la cuantía de la indemnización que haya de satisfacerse.

4.º Reservar al Estado la facultad de llevar a cabo en cualquier momento, teniendo en cuenta lo que el interés público demanda, la ordenación de las líneas de transporte, unificándolas, ampliándolas o suprimiéndolas, sin perjuicio de las indemnizaciones o compensaciones que en determinados casos resulten procedentes; dejando asimismo prevista la excepcional posibilidad de que la Administración, cuando la iniciativa privada no se manifieste por faltarle el estímulo de la rentabilidad probable de los servicios, *los establezca directamente o los subvencione, al objeto de asegurar la realización de aquellos que el Gobierno considere indispensables*».

.....

Por lo que respecta a la parte dispositiva de esta Ley de 1947, interesa reproducir seguidamente algunos de sus preceptos, para pretender formular a continuación un criterio interpretativo sobre la cuestión que nos ocupa.

El artículo 2.º dice :

«Los transportes mecánicos por carretera se considerarán :

A) *De servicio público*, cuando legalmente autorizados se ejerciten por cuenta ajena mediante el pago de una retribución.

B) *Privados*, cuando se realicen por el dueño de un vehículo para su servicio particular sin retribución alguna : Primero, transportando personas o mercancías propias ; segundo, como operación complementaria de industrias que tengan establecidas.

C) *Oficiales*, cuando se efectúen directamente por organismos del Estado para la realización de sus cometidos propios por medio de vehículos automóviles afectos a algunos de los parques legalmente establecidos o utilizando los requisitos al efecto. A esta última clase de transportes no les afectarán los preceptos de la presente Ley».

El artículo 4.º dice :

«Los servicios públicos de viajeros, mercancías y mixtos podrán ser regulares o discrecionales.

Serán servicios públicos regulares de viajeros o mixtos los que se realicen dentro del itinerario determinado en la concesión, con calendario y horarios fijos, debidamente autorizados con arreglo a

normas estipuladas en la concesión y constituyendo por sí mismos un negocio industrial independiente.

Serán servicios públicos regulares de mercancías los que se efectúen dentro del itinerario y calendario determinados en la concesión, con horarios circunstanciales y constituyendo por sí mismos un negocio industrial independiente.

Serán servicios públicos discrecionales de viajeros, mercancías o mixtos los que deban realizarse con la libertad de itinerario, calendario y horario que permitan las normas fijadas al otorgarse cada una de las respectivas autorizaciones y de acuerdo con los trámites señalados en las mismas».

El artículo 5.º dice :

«Cuando el interés público lo aconseje, el Estado podrá crear nuevos servicios de transporte y modificar las concesiones de los existentes para unificarlos, ampliarlos o suprimirlos total o parcialmente, mediante las indemnizaciones o compensaciones que se otorgarán cuando proceda».

El artículo 6.º dice :

«Corresponderá exclusivamente al Ministerio de Obras Públicas otorgar las concesiones de servicios públicos regulares y las autorizaciones para los públicos discrecionales y para aquellos transportes privados que el Reglamento especifique».

El artículo 13 dice :

«Cuando se haya de establecer un servicio por iniciativa del Estado, se redactará el proyecto correspondiente por el Ministerio de Obras Públicas, que podrá explotarlo directamente o adjudicar su explotación mediante concurso».

El artículo 30 dice :

«El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Obras Públicas y previo informe de los Consejos Superior de Ferrocarriles y Transportes por Carretera, de Obras Públicas y de Estado, podrá acordar en cualquier momento el rescate de toda concesión

mediante el abono del disfrute de los años a que a la concesión la resten, hasta veinticinco, más el valor amortizado de los vehículos e instalaciones expresamente adscritas a aquélla».

El artículo 32 añade :

«Otorgada una concesión, se entenderá que el material móvil e instalaciones fijas expresamente adscritas a la misma, debidamente conservado o renovados para asegurar la eficacia del servicio, *pasarán en caso de rescate a ser propiedad del Estado*, previo el pago de la parte no amortizada de dicho material e instalaciones».

De los preceptos que acabamos de transcribir de la vigente Ley de 1947, se evidencia que el mismo confusionismo conceptual con que se inició el primer Ordenamiento legal en la materia de 1924 se mantiene vivo en la actualidad.

Así, por una parte, mientras se carece de una declaración formal y expresa en el sentido de que el transporte por cuenta ajena por vías ordinarias es una actividad que incumbe al Estado, por otra parte, bajo el concepto de «servicio público», se incluye expresamente a todos aquellos servicios de transporte por cuenta ajena, sin distinción alguna.

Por ello, estimamos que en rigor científico no debe bastar la mera denominación legal de «servicio público» para considerar sin más a todas aquellas actividades como propias del Estado, procediendo formular para ello un examen de las distintas clases de servicios de transportes por carretera, si bien tal examen habrá de centrarse, consecuentemente, con lo sostenido en el epígrafe II de este trabajo, más que en la concurrencia de notas más o menos peculiares de los servicios públicos, en la pretensión de descubrir el propósito del legislador sobre la asunción por el Estado de esta actividad industrial.

Para ello resulta fundamental distinguir los servicios de carácter regular de los de carácter discrecional, y aun dentro de aquéllos, los dedicados al transporte de viajeros de los destinados al transporte de mercancías.

a) *Los servicios regulares de transporte de viajeros.*

Si bien por una parte, como se ha dicho, se carece de un reconocimiento formal de la titularidad del Estado sobre estos servicios, estima-

mos que, dada su configuración legal, son éstos, de entre los que vamos a examinar, los únicos en que puede resultar justificada la denominación de «servicios públicos», que, como hemos visto, la Ley emplea imprecisamente para denominar a todos los que se realizan por cuenta ajena.

En favor de esta interpretación hemos de alegar que en dichos servicios, aparte ya de coincidir notas tradicionalmente características de los «servicios públicos», tales como el funcionamiento regular y continuo (7), la circunstancia de que los mismos se establezcan y regulen legalmente a través de la fórmula de concesión administrativa, nos conduce a interpretar que la intención del legislador ha sido la de dar por supuesta la titularidad originaria del Estado sobre los mismos.

Así, congruentemente, el propio texto legal reserva exclusivamente al Ministerio de Obras Públicas (es decir, a un Departamento de la Administración estatal) el otorgar las concesiones de servicios regulares (artículo 6.º de la Ley), con lo que se implica el monopolio de la actividad por parte del Estado (8).

Por otra parte, y en consecuencia lógica con la propia institución concesional, el legislador prevé la facultad de rescate por parte del ente público (arts. 30, 31 y 32 de la Ley), con lo que el concesionario cesa en el ejercicio de la actividad pública, volviendo ésta a manos de su titular originario, supuesto éste en el que incluso el material móvil e instalaciones fijas adscritas a la concesión, que al otorgarse aquélla seguían siendo propios del concesionario, pasan a ser de la propiedad del Estado (art. 32 de la Ley).

Por ello, el servicio público surge aquí, en cada caso en concreto, a través de un acto de concesión dictado expresa y formalmente por la Administración del Estado, acto que no viene a suponer un simple presupuesto de eficacia como ocurre, según veremos, en aquellos otros servicios que son objeto de autorización, sino que es requisito de validez, ya que por él se implica la creación de unos derechos *ex novo*, que surgen así por decisión formal del poder público.

Congruentemente con todo ello, el legislador ha previsto incluso el supuesto de prestación directa de la actividad por la propia Administra-

(7) Incluso el carácter peculiar de esta nota en los servicios públicos, ha sido puesto en entredicho. Véase el trabajo *Las transformaciones del régimen administrativo*, pág. 149, Madrid, 1962, de F. GARRIDO FALLA.

(8) Sobre el carácter monopolístico y excluyente de los servicios públicos, véase el trabajo *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, de VILLAR PALASÍ, publicado en el núm. 15 de esta REVISTA.

ción cuando, no existiendo iniciativa privada, el interés general demanda no obstante la prestación del servicio (9).

Así, pues, si bien para esta clase de servicios ha renunciado el legislador a la formulación de un Plan estatal (que naturalmente señalaría con mayor claridad el carácter de servicio público), reconociendo mayor sensibilidad a la iniciativa privada para revelar las corrientes de tráfico, es significativo que se haya previsto legalmente, tanto la posibilidad de suplir la falta de esta iniciativa mediante la formulación de los correspondientes proyectos a través de la acción de oficio por la propia Administración (arts. 23 y sigs. del Reglamento de 9 de diciembre de 1949), así como la posibilidad de prestación directa por el Estado cuando faltare el estímulo de la rentabilidad probable de las inversiones.

De ello nuestra estimación de que el legislador ha partido de la idea de que la prestación del transporte regular por carretera es función estatal, por lo que ha acudido, como fórmula para su establecimiento a la concesión administrativa, tradicional forma de prestación indirecta de los servicios públicos, recogida hoy como tal en el artículo 66 de la Ley de Contratos del Estado, e inaplicable por su esencia a servicios o actividades de carácter privado.

Por ello disentimos del criterio manifestado en el sentido de que estos transportes no constituyen servicio público, ya que el Ordenamiento jurídico no atribuye al Estado la prestación de esta actividad en beneficio de los particulares (10), pues como hemos dicho, aun reconociendo la ausencia de una declaración solemne en tal sentido conforme hubiere sido deseable, la absorción de esta actividad por el Estado, está latente en la actual Ley de Ordenación de 27 de diciembre de 1947, como de manera más o menos evidente lo estuvo en los Ordenamientos precedentes, previniéndose en la vigente Ley, la garantía de su prestación, incluso recurriendo al procedimiento de realización directa por el Estado, si ello resultase preciso.

Así, pues, entendemos que los servicios regulares de transporte de viajeros por carretera, que es a los que nos estamos refiriendo al venir siendo establecidos en la actualidad, formal y solemnemente a través

(9) Evidentemente, el artículo 13 de la Ley, que no ha sido desarrollado por el reglamento ejecutivo de la misma, se refiere a los servicios de carácter regular, ya que éstos son los únicos para los que está prevista la iniciativa del Estado, requieren proyecto y pueden ser adjudicados mediante concurso.

(10) MONEDERO GIL, *Hacia una racionalización de la fiscalidad de los transportes por carretera*, pág. 25, núm. 519, de "Auto-Revista".

Téngase en cuenta que el presente trabajo fué elaborado antes de promulgarse el Reglamento de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1967.

de la fórmula de concesión administrativa, cumplimentándose con ello lo que al efecto establece la Ley de 27 de diciembre de 1947, constituyen jurídicamente «servicios públicos del Estado» (11).

Cuestión distinta que examinaremos más adelante será el analizar si la concepción legal de estos transportes como servicios públicos del Estado ha sido o no acertada y conveniente.

b) *Los servicios regulares de transporte de mercancías por carretera y el Decreto de 3 de marzo de 1966.*

Los servicios regulares de mercancías merecen tratamiento aparte, por la circunstancia de que, pese a haber sido considerados expresamente por la Ley de Ordenación de 1947 como «servicios públicos» (art. 4.º) y preverse para ellos, al igual que para los regulares de viajeros, el régimen de concesión administrativa, la realidad ha sido que, sin derogación expresa de la normativa legal, tales concesiones no han llegado a ser otorgadas en absoluto estando en funcionamiento dichos servicios bajo el régimen de autorización administrativa, impropio, como insistiremos, de los «servicios del Estado».

Estos servicios, cuyas actuales características de explotación vienen siendo las que la Ley de Ordenación de 1947 reservaba en su artículo 4.º para los servicios regulares (itinerario y calendario determinados y horario circunstancial) se encuentran circulando desde poco después de la entrada en vigor de la Ley, mediante las llamadas autorizaciones MR («mercancías regulares»), por lo cual ha surgido una evidente disonancia entre la concepción legal de los mismos y su régimen de explotación.

A todo ello hay que añadir que por Decreto de 3 de marzo de 1966 se halla establecida para los mismos una nueva regulación jurídica que ha venido a cambiar sustancialmente el sistema establecido al efecto en la Ley de Ordenación de 1947, del que la disposición gubernativa ha hecho caso omiso.

Prescindiendo de entrar a examinar aquí la cuestión relativa a la dudosa legalidad formal del Decreto citado, por no hacer al caso, baste con señalar que el repetido Decreto sintomáticamente abandona, para estos transportes, la denominación de «servicio público» (que, como he-

(11) Pese a la notoria influencia de la legislación francesa en esta materia, los servicios regulares de viajeros no son establecidos en Francia mediante el sistema de concesión administrativa, sino por simple autorización; según el Decreto de 25 de julio de 1952, toda empresa que desee realizar esta actividad ha de inscribirse en el Plan Departamental de Transportes, quedando obligada a explotar la actividad y retirándosele la autorización si cesa en la misma durante un mes.

mos dicho, les otorgaba expresamente el artículo 4.º de la Ley), hablando simplemente de «transporte público de mercancías por carretera», con lo cual parece haberse querido matizar sutilmente el concepto, dado que los servicios en cuestión se establecen, según dicho Decreto, mediante una simple autorización condicionada, aunque de formulación casi automática, marginándose así también el sistema de concesión administrativa previsto en la Ley.

A este respecto, baste con transcribir el artículo 4.º del Decreto en cuestión, que dice :

«El Ministerio de Obras Públicas *expedirá autorizaciones* a los vehículos de las Empresas de transportes públicos de mercancías por carretera para la realización de servicios con carga fraccionada, limitados a un determinado itinerario, que cumplan las siguientes condiciones :

- a) Practicar el servicio con calendario fijo.
- b) Aplicar un sistema de tarifas previamente determinado.
- c) Ser titulares del número de vehículos precisos para la prestación del servicio solicitado, cuya capacidad total de carga útil, cuando se trate de servicios que sobrepasen el ámbito comarcal, no será inferior a veinte toneladas.
- d) Disponer del uso de locales adecuados en todos los lugares de su itinerario en los que puedan recibir o dejar carga».

Es evidente que, a través de tal regulación jurídica, los servicios a que se hace referencia en este precepto no revisten la condición de «servicios del Estado», ya que, además de haberse abandonado significativamente su denominación legal de «servicios públicos», como decimos, se ha operado con relación a los mismos un cambio evidente en su régimen substantivo, al prescindirse del sistema de concesión que prevenía la Ley y sustituirse éste, por el de simple autorización permisiva, que es típico presupuesto de eficacia, como luego veremos, de las actividades privadas de utilidad o interés público, y a través de la cual no se instaura propiamente una relación jurídica de tipo contractual, cual ocurre con la concesión.

Resulta así una situación un tanto llamativa en el conjunto del ordenamiento legal de transportes por carretera, ya que los servicios regulares de viajeros por carretera, entendemos que han sido establecidos formalmente como «servicios públicos del Estado», mientras que los servicios regulares de mercancías por carretera, si bien según la Ley de

Ordenación vigente son considerados también como «servicios públicos del Estado», según el Decreto de 3 de marzo de 1966 y otras disposiciones administrativas en aplicación, no son, a nuestro juicio, sino servicios de los que anteriormente hemos referido como de «interés público» y a los que evidentemente no es de aplicación la Ley de contratos del Estado, por no tratarse de «servicios del Estado» (12).

c) *Los servicios discrecionales de transporte por carretera.*

Resta por hacer referencia a los llamados «servicios discrecionales», tanto sean de viajeros, mercancías o mixtos. Estos servicios son también denominados expresamente «servicios públicos» en el artículo 4.º de la aludida Ley de Ordenación de 1947 («serán servicios públicos discrecionales de viajeros, mercancías o mixtos...»); no obstante ello, la propia Ley sustrae expresamente a dichos servicios, en su artículo 6.º, del régimen administrativo de concesión, reservándoles el régimen de autorización, al igual que hace para los que denomina «transportes privados» (o de servicio particular).

Se da, pues, aquí también una contradicción legal, aunque no revista la gravedad del supuesto antes examinado, relativo a los «servicios regulares de mercancías». Más bien podríamos decir que aquí el legislador ha barajado con ligereza la expresión «servicio público» (13), sin reparar en su auténtico sentido, ya que parece del todo evidente que los referidos servicios discrecionales no revisten bajo ningún aspecto el carácter de «servicio público», ya que, aparte de que la forma de prestación de la actividad excluye de estos servicios la casi totalidad de las notas más o menos admitidas como características de los servicios públicos (regularidad y continuidad en la prestación, declaración de necesidad o conveniencia pública, derecho excluyente en la prestación, etc.) (14), la propia Ley les excluye expresamente, como hemos dicho, del régimen de concesión que reserva para los regulares, por lo que, en manera

(12) Los servicios regulares de transporte de mercancías ofrecen una singular dificultad en cuanto a su Ordenación jurídica. Así, en Italia, que es el único país de la C. E. E. en que se ha previsto para éstos el régimen de concesión administrativa (Decreto de 28 de junio de 1955), se ha planteado una situación similar a la nuestra, ya que las concesiones regulares hasta el presente no han llegado a ser establecidas en los servicios de mercancías.

(13) Esta falta de precisión conceptual se ha hecho observar igualmente en el Código de la Circulación vigente, cuyo artículo 236, denomina también «servicios públicos» a los destinados al servicio urbano de alquiler, así como a otras clases de carruajes.

(14) El Decreto de competencia de 16 de febrero de 1934, decía: «No puede entenderse por servicio público sino aquel que de manera regular y continua satisface una necesidad pública.»

alguna, cabe vislumbrar tan siquiera la pretensión del legislador de absorberlos en forma estatal.

Entendemos, pues, que al igual que el supuesto antecedente, se trata de servicios privados de «interés público», a los cuales lógicamente no les es aplicable la Ley de Contratos del Estado.

Quede por ello constancia de que ateniéndonos al principio de legalidad, el régimen jurídico aplicable a los servicios de transporte mecánico por carretera será diverso, según la clase de servicio de que se trate; y asimismo debemos constatar también la posible anomalía que implica de esta forma la diversa titularidad aplicable al transporte regular, según se trate de viajeros («servicios del Estado») o de mercancías («servicios privados de interés público»).

V.—PRESCINDIENDO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO - POSITIVO VIGENTE, EL TRANSPORTE POR CUENTA AJENA DE PERSONAS Y COSAS EN VEHÍCULOS AUTOMÓVILES POR CARRETERA, ¿DEBE SER CONSIDERADO COMO SERVICIO PÚBLICO DEL ESTADO?

1. *El uso especial de las vías públicas por los servicios de transporte por automóvil.*

Como se ha indicado ya anteriormente, tradicionalmente se ha considerado que la titularidad dominical de las vías determina la competencia de la Administración pública, para regular los servicios públicos de transportes que se realizan sobre ellas; ello ha respondido, como se ha señalado, a dos principios de algún peso: uno político, que puede entenderse como un eco de la ya aludida confusión feudal entre *dominium* e *imperium*, y otro jurídico-formal, que es el tema dogmático del uso y ocupación del dominio público (15).

La doctrina administrativa ha considerado que dichos principios se encuentran hoy en crisis. El primero de ellos, que, como hemos dicho, procedía de la confusión entre *dominium* e *imperium*, se estima hoy inaceptable; en cuanto al segundo, merece ser analizado en forma más detenida, ya que no ha sido aún desplazado definitivamente, aunque es objeto de una crítica generalizada.

La consideración de que la titularidad que el Estado ostenta sobre el dominio público es la que le faculta para ordenar el uso que sobre

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA, *El servicio público de los transportes urbanos*, págs. 53 y sigs., núm. 10, de esta REVISTA, año 1953.

el mismo se realice, ha tenido plena vigencia durante mucho tiempo; así, se ha venido considerando que, si las pertenencias del dominio público son cosas típicamente afectadas al uso público (art. 339, núm. 1 del Código Civil) y entre éstas son características las vías de comunicación, la facultad del Estado para ordenar su uso público deriva de la titularidad que éste ostenta sobre la vía por la que se circula.

Este principio, que, aunque como se ha dicho, está siendo objeto de reconsideración por la doctrina, es mantenido aún por algunos destacados tratadistas, admitiéndose que existe una cierta relación, que en algún modo afecta al derecho, entre el hecho del transporte y la vía pública, que da lugar a una relación jurídico-real, configurando de esta forma el uso de la vía pública como un derecho real administrativo.

Así, BONNARD (16) ha llegado a exponer bajo el epígrafe «actuación administrativa a título de propiedad», toda la prohibición de competencia a los servicios públicos propiamente tales, es decir, los llamados en nuestro Ordenamiento, derechos de exclusiva, así como las restricciones impuestas al transporte por carretera en beneficio del ferrocarril y Laudabère insiste en este planteamiento general e incluso en el particular de configurar las exclusivas y las prohibiciones de concurrencia como justificadas, menos en el poder de policía que en las prerrogativas de un propietario que se reserva la explotación comercial de sus bienes (17).

Sin que para nuestro objeto sea preciso mayor análisis de esta tesis tradicional, debemos ahora precisar que, aun en el caso de resultar admisible, de su aplicación resultarían ciertas importantes distinciones, según los diversos modos de transporte terrestre.

Analicemos separadamente los distintos modos de transporte más usuales.

El caso de los ferrocarriles a que ya hemos aludido tiene características propias; aquí sí hay una relación inmediata entre el régimen de servicio público del ferrocarril y la cualidad demanial de la vía; por eso, lo que caracteriza aquí la relación jurídico-real, como acertadamente se ha señalado, es que la ocupación de la vía tiene carácter inmediato, exclusivo y excluyente, por lo cual no está afectada al libre uso general.

Así, en este sentido, la jurisprudencia ha definido a las concesiones de ferrocarriles o tranvías como cesión del «dominio útil, con la reserva

(16) R. BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, París, 1943; citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, en su trabajo antes referido.

(17) A. DE LAUDABÈRE, *Manual de Droit Administratif*, París, 1951; también citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, en su trabajo antes referido.

del dominio eminente por el Estado» (sentencia de 6 de diciembre de 1911) y «cesión de usufructo» (sentencias de 9 de diciembre de 1925 y 8 de julio de 1931).

Similar razonamiento resulta en el caso de los tranvías y trolebuses (aun cuando se han matizado distingos con relación al ferrocarril); en estos casos se da también una relación jurídico-real definida, cual es la ocupación permanente de una vía pública por cables y raíles, mediante instalaciones fijas para un uso privativo.

Así, pues, en estos casos se da la existencia de un uso privativo o excepcional del dominio público a través de su ocupación permanente y exclusiva por ciertas instalaciones fijas (raíles, cables, etc.) que, en cuanto manifestación de un derecho real administrativo, sólo procedería efectuarse por concesión expresa del titular de la vía sobre la que se circula.

Es notoria, pues, la influencia que en todos estos supuestos ejerce el contenido propio de las concesiones demaniales, y en este sentido, VILLAR PALASÍ ha señalado cómo la concesión demanial subordinada a la de servicio público conduce, con su autonomía eventual, a imprimir al conjunto un prevalente carácter real (18).

Sin embargo, en el caso del transporte por carretera no se vislumbra la relación jurídica real que la ocupación del demanio con carácter privativo y excluyente, proyecta sobre aquellos otros servicios de transportes terrestres; en este caso se da solamente el ejercicio de un derecho o un interés cívico o corporativo ejercitado conforme a las Leyes.

Hay por ello que deslindar dos conceptos que han venido siendo confundidos, desde los primeros Ordenamientos legales en la materia, de una parte el uso especial del dominio público por parte del industrial transportista y por otro la actividad mercantil de carácter privado, aunque de interés general que implica el servicio de transporte.

No es, pues, el transportista concesionario de bienes de dominio público, sino beneficiario especial de esa parte del demanio que son las carreteras, pero sin que por ello haya de ser conceptuado aquél como concesionario o gestor de un servicio público.

De aquí que la actividad que el transporte por vías ordinarias implica, puede ser tanto el resultado de una industria privada como un servicio público estatal, ya que en ambos supuestos, como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, la situación jurídica de relación con la vía pública

(18) VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", IV, Barcelona, págs. 684 y sigs.

es idéntica y, por tanto, intrascendente para la calificación y regulación jurídica de la actividad transporte. La carretera sobre la que circula, implica, pues, simplemente un mero presupuesto técnico para que el transporte pueda realizarse, que agota su contenido real en el propio hecho de la utilización (19).

2. *Conceptuación de los servicios de transporte por carretera como servicios de interés público.*

Lo dicho en el apartado anterior nos conduce nuevamente a la tesis de que los transportes por carretera no deben considerarse servicios públicos por naturaleza, ya que esta actividad no implica una esfera de actuación originariamente estatal, por lo cual la prestación industrial al público que el transporte por carretera implica será estatal o privada, según lo haya determinado el Estado en ejercicio de su potestad soberana, aunque seguidamente hay que añadir que la forma de regulación que se determine, pública o privada, tendrá sin duda una motivación propia, ateniéndose a circunstancias políticas, económicas, sociales y técnicas, pero siendo en definitiva la decisión, como decimos, una medida de gobierno (20).

Ya hemos examinado la evolución histórica del Ordenamiento jurídico de los transportes por carretera y cómo fue trasplantado a esta actividad el concepto de servicio público, sin una adecuada ponderación de su auténtico sentido.

Igualmente hemos visto el confusionismo que ello ha producido en la legislación vigente, así como el repliegue que en relación con la conceptuación pública de ciertos transportes por carretera se observa últimamente en el plano legislativo. Todo ello parece aconsejar un replanteamiento consecuente del tema en un momento en que parece oportuno el proceder a una actualización de la legislación de los trans-

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, *El servicio público de los transportes urbanos*, núm. 10 de esta REVISTA, año 1953.

(20) En la esfera municipal vigente, la vigente Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, contiene, en cierto modo, una atribución de la actividad transporte a los Ayuntamientos (según ha interpretado la jurisprudencia, la competencia municipal se limita a la zona previamente declarada como casco urbano por el Ministerio de Obras Públicas, a tenor del artículo 1 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 9 de diciembre de 1949). Así, el artículo 101 de dicha Ley, declara que la actividad municipal se dirigirá principalmente a la consecución de los siguientes fines: "transportes terrestres, marítimos, fluviales, subterráneos y aéreos; estaciones, puertos y aeropuertos". No obstante ello, es de señalar que el artículo 102 de la misma Ley, al expresar las obligaciones municipales mínimas, no incluye como tal a los aludidos transportes.

portes por carretera en sus distintas facetas, en atención a las nuevas circunstancias político-económicas del país.

Hagamos notar seguidamente que la concepción del transporte por carretera, como actividad privada o pública, no implica una mera disquisición jurídica, ya que el tema tiene una evidente trascendencia en distintos órdenes, como más adelante señalaremos.

Si el análisis, que ya ha quedado formulado anteriormente respecto de los servicios regulares de mercancías por carretera y también de los discrecionales de toda clase, nos ha llevado a la conclusión de que los mismos no admiten ni merecen la consideración de «servicios del Estado», nos resta centrar el tema fundamentalmente sobre la concepción, que en una eventual reforma legislativa habrían de crecer los servicios regulares de transporte de viajeros por carretera, únicos que en la actualidad entendemos acreditan la consideración legal de «servicios del Estado».

Pues bien, entendemos que en su entidad también estos servicios se encuentran hoy día más próximos a los «servicios de interés público» que a los «servicios públicos del Estado».

En este sentido conviene apuntar que tampoco, con relación a estos servicios, el Estado ha llegado a hacer otra cosa que regular su ordenación, sin que haya habido ocasión, no ya a su explotación directa por aquél (fórmula que prevista por la Ley de 1947 no fue ya recogida en su Reglamento ejecutivo de 9 de diciembre de 1949), sino que ni siquiera ha habido lugar a la promoción de servicios por parte del Estado, ya que en todo caso ha ido siempre por delante la iniciativa privada, iniciativa ésta que, por otra parte, ha venido siendo incluso frenada por la Administración a través de constantes obstáculos a su expansión, como sin duda lo han venido siendo los reiterados y casi permanentes cierres de admisión de solicitudes (Ordenes ministeriales de 12 de diciembre de 1950, 11 de enero de 1955 y 27 de julio de 1960).

No puede dejar de ponderarse por ello que el Estado no acometió jamás la explotación directa de estos servicios, que se han mantenido siempre gracias al extraordinario nervio empresarial, suma de una modesta, pero sorprendentemente fructífera, actuación individual, que ha superado por su propio esfuerzo etapas singularmente adversas, como las que siguieron a nuestra guerra civil, reconstrucción nacional, bloqueo exterior, etc., con secuelas de agotamiento del parque automóvil, escasez de carburantes, neumáticos, recambios, etc.

Por ello entendemos que en el caso de los servicios regulares de viajeros, se trata originariamente de una actividad industrial privada,

pero que dado el interés que ofrece para la colectividad en cuanto tiende a la consecución indirecta de los fines públicos, La Administración puede someter a una serie de controles que se inicien con la exigencia de una autorización y se mantengan a lo largo del desarrollo de la actividad autorizada, mediante la necesidad de someterse no ya a las condiciones, términos y modos que a dicha autorización se añadan, sino incluso a toda una disposición de carácter reglamentario, como luego habremos de analizar.

FRANCHINI ha dicho al respecto que la circunstancia de que mediante la prestación de los servicios de interés público y de la reglamentación que de los mismos se efectúe, se cumplan finalidades de servicio público, no debe llevarnos a la conclusión de que estamos en presencia de un servicio público (21).

Creemos, pues, que en los casos contemplados nos encontramos seguramente ante aquel tipo de servicios a que se aludió en la primera parte de este trabajo, o sea los que la doctrina italiana ha llamado «servicios públicos impropios», el Consejo de Estado francés «servicios públicos virtuales», y en nuestra doctrina administrativa «servicios de interés público».

Suscribimos, pues, el parecer de que ante una nueva etapa constituyente del transporte terrestre resultaría adecuado considerar que los que la vigente Ley de Ordenación de 1947 denomina «servicios públicos de transporte por carretera» (es decir, los regulares de viajeros, mercancías y mixtos y los discrecionales de viajeros, mercancías y mixtos), como principio general, y con salvedades que habrían de precisarse (por ejemplo, servicios de iniciativa estatal), constituyen actividades propias de los llamados «servicios de interés público», los cuales vienen caracterizándose por la concurrencia de las siguientes notas:

1.º Necesidad de una autorización administrativa que se presta para el ejercicio de actividades especiales en bienes integrantes del dominio público.

2.º Prestación de una actividad de interés general.

3.º Existencia de un régimen especial, consistente fundamentalmente en la necesidad de realizar determinadas prestaciones y de someter a tarificación la actividad que se desarrolla.

Tal consideración de «servicios de interés público» para los servicios de transporte mecánico por carretera aludidos, resultaría seguramente

(21) FRANCHINI, *L'autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Milán, 1947; citado por ENTRENA CUESTA, en su estudio antes referido.

más acomodada a la coyuntura económica actual, y a las directrices de desarrollo aprobadas por el Gobierno para el período 1968-1971, la primera de las cuales, de carácter general, dice :

«Se considera básico el principio de libertad de decisión e iniciativa del sector privado, sin perjuicio de que el Estado pueda orientar y, en su caso, delimitar, con las medidas más convenientes, las actuaciones privadas, de forma que éstas respondan a los objetivos sociales y económicos del desarrollo. Cuando el logro de tales objetivos así lo exija, el Estado asegurará su realización a través de una acción directa, en defecto de la iniciativa privada.»

3. *Situación que implicaría la conceptualización de los servicios de transporte de viajeros como «servicios de interés público».*

La primera cuestión que hemos de abordar es la relativa a cuáles serían en tal supuesto las facultades de intervención del Estado sobre dichos servicios.

A este respecto hemos de disipar cualquier temor relativo a que ello implicase una inconveniente limitación de las facultades ordenadoras del Estado.

Este temor a que las facultades del Estado se vean disminuídas cuando se trate de ordenar actividades públicas que no tengan carácter de «servicio público», tienen sin duda su arraigo doctrinal en la tesis ya aludida, de que la titularidad dominical de las vías determina la competencia administrativa para regular la actividad transporte que se realiza sobre ellas.

Pero resulta preciso aclarar que, por una parte, como hemos visto anteriormente, el uso que el transporte por automóvil hace de la vía pública no encaja propiamente en la categoría jurídico-real, que, sin embargo, sí puede alcanzar a otros medios, como ferrocarriles, tranvías y trolebuses, y, por otra parte, que tanto en la doctrina como en el Derecho positivo se encuentra en abandono aquella teoría (del «bien indivisible»), siendo sustituida por aquella otra que basa exclusivamente las facultades ordenadoras de la Administración en el poder soberano del Estado.

A este respecto, consideramos concluyente el que nuestro Consejo de estado se haya pronunciado expresa y categóricamente sobre este punto en su dictamen de 7 de julio de 1948, con ocasión de examinar las pretensiones de la Diputación Foral de Navarra de regular los trans-

portes por carretera, basándose en la circunstancia de que a ella le correspondía la titularidad de las carreteras navarras. Sus razones fueron las que siguen:

«La facultad ordenadora del servicio público de los transportes no emana de la titularidad del dominio público, que es la carretera sobre la cual los transportes deben realizarse, sino *del poder de policía en general*; las facultades de la Administración en la materia no son las meras facultades de un propietario para ordenar el usar de sus cosas, sino *las facultades superiores en cuanto poder público para ordenar al bien común una actividad social de los administrados*. Si de otro modo fuese, habría que salvar del régimen dispuesto por la Administración Central, no sólo el transporte realizado sobre las carreteras de las provincias aforadas, sino también el que se cumple sobre todos los caminos y carreteras provinciales y municipales de España, lo que, además de ser absurdo, iría expresamente contra la Ley de 27 de diciembre de 1947.»

Digamos que también en el Derecho positivo ha cundido el abandono de la tesis de que la facultad ordenadora del ente público deriva de la titularidad del dominio público. Así se ha citado como ejemplo el Reglamento de 27 de enero de 1956, regulador del Servicio del Gas, en el que se distinguen claramente las facultades de la Administración Central en uso de su soberanía y de las Corporaciones locales como titulares del dominio en orden a la reglamentación del citado servicio; y también se ha señalado al efecto el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955, en cuanto establece en los apartados 2 y 3 de su artículo 58, que serán de aplicación sobre sus preceptos los del Reglamento de Servicios «cuando la utilización de bienes de uso público fuesen como la base necesaria para la prestación de un servicio público municipal o provincial» (22).

Así, pues, conforme al principio sostenido por el Consejo de Estado en el dictamen aludido, habremos de considerar que dado que las facultades de la Administración para ordenar al bien común la actividad social que el transporte implica, derivan del «poder de policía en gene-

(22) Sobre este tema puede verse el interesante estudio de ENTRENA CUESTA, *El servicio de taxis*, publicado en el núm. 27 de esta REVISTA, al que se ha hecho alusión anteriormente, y en el que se hace notar cómo la base legal para la regulación actual del llamado servicio público de taxis se encuentra aparte de los preceptos del Código de Circulación, en los del título 1.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que llevan como epígrafe "Intervención administrativa en la actividad privada".

ral», esas facultades ordenadoras no se alterarán necesaria y sustancialmente por la circunstancia de que dicha actividad industrial llegue a ser considerada de carácter particular en vez de serlo de carácter estatal.

En este sentido la doctrina italiana ha titulado «Ordenamientos jurídicos seccionales» a aquellos que paralelamente a los estatales son establecidos y organizados por el Estado, mediante sus leyes y para fines de interés general, pero que hacen referencia a sujetos que tienen ya subjetividad en el ordenamiento general del Estado, los cuales desarrollan determinadas actividades de tipo profesional. Todos estos particulares, se ha dicho, son sujetos de los ordenamientos seccionales por el hecho de desarrollar una actividad determinada, pero para desarrollar esta actividad tienen necesidad de un acto de la autoridad, el cual automáticamente *ope legis*, les convierte en sujetos del ordenamiento seccional y les somete al mismo (23).

Este acto, por el que una actividad empresarial privada llega a ser ordenada por la Administración, por el interés general que representa, entendemos que es la autorización administrativa.

La autorización administrativa debe ser por ello considerada como el régimen substantivo propio de los «servicios de interés público», como la concesión es por su parte el más típico régimen de gestión indirecta de los «servicios públicos».

Ahora bien, ha de insistirse en que en la autorización, el derecho del administrado, nació ya antes de que la Administración la otorgase, y tal derecho generalmente tiene en su origen, rango y naturaleza civil, por contraposición a la concesión, cuyo carácter, cualquiera que sea el alcance que se dé a su contenido, es puramente administrativo y surge para el concesionario como verdadero privilegio (24).

Conviene precisar, no obstante, que estas autorizaciones que regulan los «servicios de interés público» no son las llamadas «autorizaciones puras», que son aquellas que simplemente remueven los límites que se establecen por la prohibición general al ejercicio de un determinado derecho; en el caso que examinamos nos encontramos ante las que doctrinalmente se han denominado «autorizaciones sujetas a condición» o «autorizaciones constitutivas de relaciones entre la Administración y los particulares».

(23) GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, I, Milán, 1950; citado por ENTRENA CUESTA, en su estudio antes aludido.

(24) VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", IV, Barcelona, págs. 684 y sigs.

Este tipo de autorizaciones da lugar al establecimiento de toda una reglamentación que se implanta independientemente incluso de la autorización misma.

Se ha dicho, respecto al régimen de dichas autorizaciones, que en ocasiones es necesario el control constante de la Administración sobre la actividad autorizada, surgiendo así una serie de obligaciones y comportamientos impuestos al sujeto autorizado y correlativamente una serie de actividades desarrolladas por la Administración pública, todo lo cual es expresión de una relación especial que se ha engendrado entre la Administración y el sujeto autorizado. La Administración pública se encuentra en estos casos dotada, respecto del sujeto autorizado, de poderes especiales de control y dirección que le permite controlar, ordenar, prohibir y, en consecuencia, modificar las modalidades de ejercicio del derecho. La Administración se encuentra, en consecuencia, en una relación de supremacía especial frente al particular. El sujeto que entra en una relación de sujeción especial se somete, en virtud del acto que constituye la relación, inmediatamente a todo un conjunto de normas que integran un verdadero Ordenamiento jurídico. Puede afirmarse por ello que el particular, mediante la autorización, renuncia, a cambio de que sea removida la prohibición previamente establecida, a una parte de su libertad (25).

Así resulta que en los llamados «servicios de interés público», la autorización actúa simplemente como acto-condición, que coloca a los sujetos a que se otorga en una situación legal o reglamentaria; detrás del acto-condición aparece siempre una situación jurídica general, que ha sido transportada en virtud del efecto atributivo de dicho acto sobre un sujeto determinado. La autorización que faculta para prestar el servicio no hará sino constituir el cauce para que se apliquen a su destinatario las normas que constituyen el acto-regla que regula el servicio (26).

Entendemos, pues, que la aplicación del régimen de autorización administrativa no implicaría necesariamente una merma indebida de las facultades ordenadoras del Estado para los servicios a que nos referimos, ya que como se ha visto este tipo de autorizaciones implica la creación de toda una reglamentación de la actividad a desarrollar. La diferencia a este respecto estribará, como ha dicho DE VALLÉS, en que

(25) FRANCHINI, ob. cit.

(26) Esta consideración que hace notar ENTRENA CUESTA en su estudio relativo a los servicios de taxis ya aludido, estimamos que resulta perfectamente aplicable al supuesto de los servicios de transporte por carretera.

en los «servicios públicos» la Administración actúa frente al gestor como un acreedor frente al obligado (consecuencia del contrato de concesión), mientras que en los «servicios de interés público», aquella actúa como un ente dotado de la potestad de imperio que ejercita frente a quienes a través de la autorización se encuentran en una situación de sujeción especial respecto del mismo (27).

Por todo ello estimamos que el actual régimen de concesiones de los servicios regulares de viajeros por carretera podría ser reemplazado sin menoscabo de las actuales facultades del Estado para ordenar esta actividad, por un sistema de autorizaciones de las llamadas «constitutivas de relaciones entre la Administración y los particulares», que es el que comúnmente inspira la legislación de los países de Europa occidental (28).

Como consecuencia de ello, resultaría principalmente lo siguiente:

a) *Posibilidad de establecer con flexibilidad el régimen de ordenación de los servicios de transporte por carretera.*—Ante la eventualidad de una nueva etapa ordenativa de estos servicios, conviene eludir la rigidez que implicaría el tener que atenerse a la legislación específica de contratos del Estado, ya que las peculiaridades de su régimen de explotación hacen aconsejable mantener la posibilidad de establecer con flexibilidad su ordenación legal.

Téngase presente a este respecto la corta duración de los distintos Ordenamientos legales habidos en esta materia (Real Decreto de 1924; Real Decreto de 1929; Ley de 1940; Ley de 1947; Decreto de 1966), que ni siquiera llegaron a ser aplicados en su totalidad; ello debido seguramente a que la ordenación del transporte ha de acompasarse naturalmente con el momento político-económico del país, por lo que una ordenación rígida orientada a un largo futuro, conduciría a un rápido desfase legislativo, cual ha demostrado la experiencia habida.

b) *Eludir la fijación de un plazo determinado de concesión.*—Según el artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado, la gestión de servicios del Estado no puede ser otorgada a concesionarios por un plazo superior a noventa y nueve años, incluidas sus posibles prórrogas.

(27) DE VALLÉS, *I servizi pubblici*; citado por ENTRENA CUESTA, en su estudio ya aludido.

(28) En Francia, Bélgica y Holanda, los servicios regulares, tanto de viajeros como de mercancías, son establecidos mediante autorizaciones administrativas. En Italia está previsto el sistema de concesiones para servicios regulares, tanto de viajeros como de mercancías (Ley de 28 de septiembre de 1939 y Decreto de 28 de junio de 1955), si bien por lo que se refiere a los servicios de mercancías, tal sistema de concesiones no ha llegado a implantarse en la práctica.

Este precepto choca abiertamente con el artículo 7.º de la Ley de Ordenación de 1947, que determina que estas concesiones se otorgarán sin plazo ni duración prefijados, habiendo sido precisamente este precepto uno de los que han supuesto un mayor acierto en dicha ordenación legal, ya que, como en la parte expositiva de la misma Ley se decía, «la realidad ha puesto de manifiesto que durante los últimos años de su vigencia se dificultaba prácticamente, no sólo la necesaria renovación del material móvil, sino también su mantenimiento en las debidas condiciones de perfecta utilización»; proceso éste que se ha repetido aleccionadoramente en los diversos supuestos de servicios públicos explotados en régimen de concesión.

Por ello la vuelta a la fijación de plazo, aun configurando a estos servicios en régimen de concesión, sería notoriamente regresiva, ya que, como la doctrina ha señalado, la facultad de rescate implícita al poder soberano del Estado es garantía suficiente que hace innecesaria la aplicación del dogma de reversión, de reminiscencias medievales.

El sistema de autorizaciones o licencias que se ha propugnado podría ser igualmente por tiempo indefinido, salvo supuestos que habrían de merecer limitaciones en el tiempo. Por otra parte, a efectos de valoración y amortización de las inversiones habría de fijarse el plazo que resultase procedente, con lo que se mantendría el sistema de la actual Ley de Ordenación.

c) *Eludir la posible derogación del sistema de derechos de tanteo.*— Este constituye el sistema medular de la actual ordenación, en lo que se refiere a servicios regulares de viajeros, que, aunque convenga retocar en algunos aspectos, debe ser mantenido en lo esencial, ya que supone, además del fundamental estímulo a la inversión privada en estos servicios, el aliciente necesario para el fomento de su promoción (29).

Resulta dudoso precisar hoy si dichos derechos de tanteo han sido o no afectados por la Ley de Contratos del Estado, ya que no hay pronunciamiento expreso al respecto, aun cuando es sintomático que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa haya entendido derogados por dicha Ley (dictamen de 9 de febrero de 1967) otros derechos de

(29) El artículo 12 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 9 de diciembre de 1949, establece derecho de tanteo (mención aparte del correspondiente a los ferrocarriles), en primer lugar, a los titulares de los servicios regulares de igual clase, siempre que sus itinerarios coincidan con el solicitado en más del 50 por 100 de éste o tengan su mismo origen o término, y la diferencia máxima de longitud entre el servicio que se solicita y el existente no exceda del 25 por 100 de la menor, y en segundo lugar, al peticionario del servicio que concursa.

lanteo establecidos en favor de concesionarios de pie de presa (Decreto de 3 de julio de 1945), Comunidades de Regantes (Decreto de 20 de diciembre de 1946) e Instituto Nacional de Industria (Decreto de 17 de julio de 1949).

d) *Posibilidad de establecer procedimientos administrativos más flexibles.*—Al desaparecer la figura jurídica de la concesión no habría necesidad de revestir el sistema de autorización o licencia de la solemnidad establecida para aquella institución; lo cual no es óbice, como se infiere de lo ya expuesto, a que pueda establecerse un adecuado sistema de garantías procesales y sustanciales (información pública, licitación, audiencia, etc.).

Por otra parte, se eludirían los dilatadísimos procedimientos de caducidad y rescate hoy vigentes, propios del sistema concesional, en los cuales llega a intervenir hasta el Consejo de Estado. La extinción de la autorización se daría fundamentalmente mediante revocación, cuando su eliminación tuviese lugar por razones de oportunidad (en cuyo caso habría que distinguir supuestos de indemnización), y mediante anulación cuando la eliminación de la autorización se determinase por motivos de legalidad.

e) *Posibilidad de establecimiento de servicios del Estado.*—La adopción legal de los principios propugnados no sería óbice a que (al igual que postulaba la actual Ley de Ordenación de 1947) fuese prevista la excepcional posibilidad de que la Administración, cuando la iniciativa privada no se manifieste por faltarle el estímulo de la rentabilidad probable de las inversiones, subvencione los servicios, o bien los establezca directamente, al objeto de garantizar la realización de aquellos que fuesen indispensables, supuesto este último que sí implicaría una conceptualización como «servicios del Estado», con sus consecuencias, incluso de tipo fiscal, aun cuando la experiencia habida inclina a prever que tales supuestos de implantación estatal serían prácticamente inexistentes (30).

f) *Mayor racionalización de la fiscalidad en el transporte por carretera.*—Se daría así una base previa para poder replantear en forma más

(30) Esta posible coexistencia en una misma actividad de servicios privados y servicios del Estado podría ser objeto de crítica, dado el carácter monopolístico y excluyente con que tradicionalmente se ha considerado que la Administración presta el servicio público; sin embargo, también esta nota atribuída tradicionalmente a los servicios públicos, está hoy en entredicho, habiendo perdido generalidad, y así, por ejemplo, en materia de enseñanza, coexisten instituciones estatales y privadas, y lo mismo ocurre en cuanto a los servicios asistenciales.

racional la política fiscal en esta actividad, en relación con la cual se viene propugnando la necesidad de determinar claramente la aportación que debe corresponder al transporte por carretera por su gasto de infraestructura, ya que el antiguo canon de conservación de carreteras fué involucrado juntamente con los demás impuestos sobre el transporte, en el precio de los carburantes, por la Ley de 30 de diciembre de 1944.

Cabe pensar, pues, que una expresa determinación de la naturaleza privada de esta actividad sería presupuesto previo para poder llegar a la implantación del canon o tasa fiscal de infraestructura por uso especial del dominio público, que viene siendo propugnado por los especialistas, y que estaría en consonancia con aquella consideración de la actividad.

Otra cuestión a considerar, derivada de ello mismo, sería la relativa a si los servicios que mereciesen la concepción de estatales y posiblemente deficitarios habrían de soportar o no la misma presión fiscal que aquellos otros definidos como actividad privada de interés público, en relación con lo cual habrá de tenerse presente la conveniencia de no distorsionar el mercado de transportes.

Finalmente, otra consecuencia derivada de la concepción que se propugna y que cabe apuntar también a título de ejemplo, lo sería lógicamente la desaparición del impuesto de derechos reales que actualmente grava a los servicios regulares de viajeros, en razón del sistema concesional por el que se establecen, y que al ser sustituido por un régimen de licencia o autorización administrativa, haría perder a aquel impuesto su razón de ser.

ELOY GARCÍA MARTÍNEZ

Técnico de Administración Civil.
Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas.