

EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ACTUAL

José Luis Meilán Gil

I. INTRODUCCIÓN

El tema del servicio público ha sido objeto de mi atención científica desde hace muchos años y coincido en que presenta una innegable actualidad. No estamos ciertamente ante el “fin de la historia”, pero sí, probablemente, ante un punto de inflexión de la misma. Están ocurriendo fenómenos relevantes a una gran velocidad, ante los que es preciso reflexionar y que, con mayor ambición y responsabilidad, es preciso encauzar al servicio de una sociedad más justa en las que los hombres podamos disfrutar de una mejor calidad de vida y, sobre todo, podamos desarrollar más eficazmente las virtualidades que encierra la libertad y que requiere su dignidad.

El servicio público ha sido una expresión afortunada y de uso generalizado. Es posible que ahora el verbo “servir” no goce de un excesivo predicamento; pero no es infrecuentemente escuchada cotidianamente entre ciudadanos.

Resulta obvio que aquí trataremos de ver lo que el servicio público es y significa para el Derecho; lo que ha significado y lo que significa o puede significar en nuestro presente.

En primer lugar, esa utilización común de la expresión apunta a un origen o utilización extrajurídica de la misma, lo que sucede frecuentemente con otras categorías jurídico-públicas. Por eso, podría hablarse, de algún modo, del carácter de mito que tiene el servicio público con lo que de idealización, irracionalidad e instrumentación o eslogan político-social ello supone.

En segundo término hay que advertir ya desde el comienzo la multivocidad de la expresión, incluso dentro del Derecho positivo de un mismo país, lo que nos pone en guardia ante una cierta explicación acrítica de la vigencia utópica y ucrónica de la institución que habría nacido en Francia y se hubiera extendido a los demás ordenamientos.

Para ilustrar rápidamente la afirmación diré que en España el servicio público equivale a cualquier actividad administrativa, a efectos de responsabilidad de la Administración, se contrapone a dominio público en materia de contratos y concesiones, o aparece como una especie del dominio público -bienes destinados al servicio público o al uso común- o integra la doctrinal clasificación de la actividad administrativa junto a la policía y al fomento, por citar unos ejemplos. ¿A qué nos referiremos cuando hablamos de servicio público? El servicio público es un “instrumento maleable” que permite adaptarse a la variedad imprevisible de las circunstancias reales.

Lo característico del servicio público como categoría jurídica diferenciada es su configuración como título habilitante de potestades administrativas, o justificación de la acción del poder público en general si se prefiere.

Eso conduce de un modo natural a indagar y explicar por qué y cuándo nace la institución y cuál fue su funcionalidad. Contestar a estas preguntas en el Derecho público supone investigar los supuestos ideológicos, sociales y económicos en los que se sustentan y más descarnadamente -pero no menos exactamente- a esclarecer la finalidad política a que sirve.

Conviene también retenerlo desde el principio para enfrentarse a la realidad actual y para precaverse de los inconvenientes que, para su comprensión, supone la inercia doctrinal de la teoría, que ha ido separándose, por un proceso de abstracción, de las circunstancias históricas que explican el nacimiento de la institución. Por ello será necesario, de algún modo, desandar el camino, para plantear correctamente el concepto y funcionalidad del servicio público y precisar qué se le puede pedir y qué está más allá de su propia naturaleza o de su funcionalidad actual.

¿Por qué surge la categoría del servicio público? ¿Por qué tiene un carácter central en el Derecho francés? ¿Por qué no lo tiene en el Derecho alemán o en el inglés o americano? ¿Por qué se habla de crisis del servicio público? ¿Qué sentido tiene la crisis y cuál es su alcance?

Hace más de veinticinco años en un libro¹, agotado y novedoso, llamé la atención acerca de la falsedad de la construcción del servicio público como una realidad francesa, después exportada, de validez universal, como una categoría estática construida de una vez por todas.

El servicio público es el resultado jurídico de determinados compromisos ideológico-políticos, económicos y sociales bajo la exaltación del progreso que las innovaciones tecnológicas hicieron posible. Responde a un determinado entendimiento de la relación Estado-sociedad. Y esto mismo es lo que hoy hemos de indagar: si aquellos presupuestos permanecen o han desaparecido o se han modificado.

Los mismos peligros que han acompañado la construcción y explicación -a menudo acrítica- del servicio público acechan hoy. Si en el momento de la animación doctrinal de la institución a que me estoy refiriendo el país exportador era Francia, ahora el protagonismo exportador se ha desplazado a los Estados Unidos de América. La creciente globalización de la economía, la progresiva realización de la "aldea universal" por efecto de las comunicaciones contribuye a acentuar el sentimiento o la idea de solidaridad, desde una vertiente positiva, que conduce también con facilidad a que seamos incorporados -cuando no arrastrados- por cada nueva ola. Después de la segunda guerra mundial la ola fue el Estado de bienestar y las nacionalizaciones, el auge de las empresas públicas, de la actividad directa del Estado en los ámbitos sociales y económicos.

Ahora nos encontramos metidos en el torbellino de las privatizaciones y de la desregulación. Resulta obvio que un Estado no puede ponerse en contra de la corriente de la historia; pero no existe una manera única de encararse con el problema. La primera tarea es enfrentarse con la palabra, cuya magia subyuga y en ocasiones desorienta. Privatización y desregulación no significan siempre lo mismo, ni sirven a idénticas finalidades. Sin mayores precisiones resulta fácilmente admitida la diferencia que la privatización tiene en un país económicamente desarrollado o en otro en vías de desarrollo; la operación no consiste en pasar una empresa de manos públicas a privadas,

¹ *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, prólogo de José Luis Villar Palasi, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968. Bajo el magisterio del profesor Villar Palasi se formó una corriente doctrinal sobre el servicio público de la que son exponentes G. ARIÑO, *El concepto del servicio público*, J.L. DE LA VALLINA, *El servicio público de teléfonos*, Madrid, 1971; J.M. DE LA CUETARA, *Las comunicaciones marítimas en España*, La Laguna, 1982; J. SALAS ARQUER, *La noción jurídica de servicio público*, en "Revista Internacional de Ciencias Administrativas", nº 3 (1976).

sino de Estado a inversores extranjeros, una suerte de transferencia de “soberanía económica”. La desregulación no tiene el mismo impacto cuando se opera en un país o en un sector económico con facilidades claras de competencia o cuando ésta sea difícil.

Las mismas, o al menos análogas, preguntas que hubo que hacer sobre la justificación del servicio público en el siglo XIX y primer tercio del XX es preciso seguir formulándolas hoy; pero también sobre la gestión económica directa del Estado y sobre las llamadas privatizaciones de empresas públicas. ¿La explican sólo objetivos de política económica y mejoras de las magnitudes cuasieconómicas coyunturales?. Nos encontramos de nuevo en el meollo de la concepción del Estado, de sus relaciones con la sociedad, con la misión de éste, con los derechos de los ciudadanos.

Para esclarecer la cuestión en el momento presente considero imprescindible adquirir la perspectiva que proporciona contemplar los fenómenos con cierto distanciamiento, o lo que es lo mismo, con visión histórica. Desliemos, pues, breve pero pacientemente, la maraña conceptual a que ha conducido el mito del servicio público a lo largo de la historia.

II. EL SERVICIO PÚBLICO COMO TECNIFICACIÓN JURÍDICA DE UN CONCEPTO SOCIAL

1. El origen francés de la categoría

El servicio público es explicado frecuentemente como la tecnificación jurídica de un concepto social, en una explicación que no dudo en calificar como convencional.

Dicho de manera rápida, esa explicación tradicional sitúa el origen de la institución en Francia. Incluso se da como fecha de nacimiento la del “*arrêt Blanco*”, en 1873, y adquiría su reconocimiento en 1903, en el “*arrêt Terrier*”. Su paternidad doctrinal se atribuye, aunque resulte paradójico, al decano Hauriou, enfrentado dialécticamente con el profesor Duguit, creador de la denominada “Escuela del Servicio Público”².

Anteriormente a esas fechas es fácilmente comprobable la utilización de la expresión “servicios públicos” por autores de obras sobre Derecho administrativo, pero se encuentra ligada al concepto de “actos de gestión”³, distintos de los “actos de autoridad”.

La distinción era fundamental en el Derecho francés en relación con su peculiar organización jurisdiccional, siendo configurados inicialmente los actos de gestión de un modo negativo, como aquellos en los que no se ejerce poder o autoridad, que se impone a los particulares, objeto posible de un contencioso de “plena jurisdicción” y no de mera “anulación”.

No es del caso exponer ahora todos los aspectos de esta cuestión central en el Derecho administrativo francés. Bastará recordar que Hauriou acuñará la “gestión administrativa”⁴ integrada por actos de gestión que consiste en la ejecución de servicios

² Cfr. J. RIVERO, “*Hauriou et l'évenement de la notion de service public*” en *L'évolution du Droit Public*, ed. Sirey, Paris, 1956, pp. 461-471.

³ Cfr. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1896, I, p. 485: “los actos de gestión son aquellos que la Administración realiza en calidad de gerente y de intendente de los servicios públicos”.

⁴ Cfr. *La gestión administrativa*, 1900, con versión española en M. HAURIOU, *Obra escogida*, I, Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 127 y ss.

públicos, distinta de una mera gestión patrimonial “ad usum privatorum” y que implicaría “de manera necesaria una colaboración entre la Administración y el medio administrable”.

En la 5ª edición de su *Précis de droit administratif et de droit public général*, publicada en 1903⁵, Hauriou está ya asentada la correlación entre gestión pública y ejecución de los servicios públicos. El acto de gestión quedará caracterizado por el fin público, lo que proporcionará su base al contencioso de la ejecución de servicios públicos. El comisario del Gobierno Romieu en el *arrêt* Terrier recoge la distinción “entre lo que se ha dado en llamar la gestión pública y la gestión privada de los servicios públicos”. Agudo observador de la realidad, Hauriou no dudará en afirmar en 1903 que “el Derecho administrativo está orientado más hacia la gestión de los servicios públicos y de la satisfacción de las necesidades de los administrados que hacia el ejercicio de la policía pura”⁶. El servicio público pasa a ser una de las dos nociones principales del “régime administratif” junto con la del poder público (*puissance publique*), que se evidencia también en el servicio público. Este será el fin de “la obra a realizar por la Administración pública” en tanto que el poder público “es el medio de realización” y éste queda autolimitado objetivamente por la “idea del servicio”.

Esta concepción del servicio público basado en la gestión pública, es decir, por medios o procedimiento distinto -o derogatorio- del Derecho común fue válida para el mundo burgués, que se corresponde con el Estado liberal de Derecho. La simetría de un sujeto público, un fin público y un régimen jurídico público se cuarteaba cuando el fin público es realizado por una persona jurídica sometida al Derecho privado y que utiliza medios del Derecho civil y mercantil.

En un intento por mantener la funcionalidad de la categoría, es decir, su papel de concepto clave para la definición y práctica contenciosa de la materia jurídica administrativa, se amplió hasta el máximo su ámbito -servicios públicos virtuales o impropios, servicios comerciales e industriales, vocación o misión de servicio público- hasta llegar a ponerlo en cuestión, hablándose de crisis del servicio público a mediados de este siglo. Pero la experiencia, y una cierta cura de modestia podría decirse, ha permitido igualmente hablar en Francia del servicio público como de un “Lázaro jurídico”, de su revalorización o razonablemente de su redimensionamiento.

En todo caso, esa crisis es un problema fundamentalmente francés, ajeno a los ordenamientos jurídicos en los que el servicio público no fue utilizado en función de la dualidad de jurisdicciones. Una enfermedad imaginaria que se exporta acriticamente por la doctrina a otros países.

2. El caso español

En los ordenamientos jurídicos, como el español, en donde el concepto de servicio público no fue nunca realmente la noción clave que hubiera de buscarse para definir la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, los avatares y problemas del servicio público en la dogmática francesa tienen una relativa importancia. Entre otras razones porque nuestro siglo XIX, dominado por pronunciamientos militares, guerras civiles y hasta un cierto aislamiento y retraso en los

⁵ Cfr. op. cit., pp. 45 y ss.

⁶ *Ibidem*, p. 71.

⁷ *Précis de Droit administratif et de droit public général*, 11ª ed., 1927, en *Obra ... cit.*, p. 117, en donde se hace una crítica frontal a JEZE y a la inversión de valores que supone poner el fin antes que los medios “herejía del socialismo jurídico” y que de no ser nada “se ha convertido en el todo”, p. 118.

cambios sociales, no se corresponde exactamente con la evolución sociopolítica de Francia.

El nacimiento, la práctica y la regulación jurídica de los servicios públicos en España sigue una trayectoria diferente a la de Francia, como he podido poner de manifiesto hace ya bastantes años⁸.

Hay en la historia del concepto de servicio público en España como una esquizofrenia. Por un lado van las regulaciones generales o sectoriales que aluden a los servicios públicos y por otra van teoría y doctrina.

Expresada abreviadamente, esa historia está marcada por los siguientes hitos o fases:

- 1º) El servicio público es sinónimo de actividad administrativa. Así aparece en un autor de mediados del siglo pasado, Oliván (los servicios públicos equivalen a la materia administrativa y corresponden a las diversas necesidades administrativas) y así aparecen en la legislación financiera (ley de 20 de febrero de 1850 sobre bases de la contabilidad general provincial y municipal), así como en la ley de desamortización de 1 de mayo de 1855.
- 2º) El servicio público aparece desde muy temprano ligado al concepto de obra pública, que es el fundamental, como pone de manifiesto la legislación sobre ferrocarriles, una de las obras públicas de mayor trascendencia económica en el siglo pasado. La obra pública es la gran demanda de aquella sociedad. Lo que sucede es que la obra pública es susceptible de explotación. La obra pública se destina a un servicio, bien particular, bien general (ley de 3 de junio de 1855). Unos años más tarde, en 1869, el código de comercio reconoce ya como equivalente la obra pública y servicio público. El predominio de la obra pública sobre el servicio público para justificar un régimen jurídico específico, exorbitante del Derecho privado, luce en la centenaria Ley de Obras Públicas.
- 3º) Más adelante y como consecuencia de una pugna de competencias entre municipios y Estado sobre algunos servicios públicos, por ejemplo el de tranvías, se utilizará la relación del servicio con el dominio público para justificar la intervención de los municipios. El título habilitante de la competencia no sería el servicio público; aquél derivaría de la titularidad de las vías por donde discurrían o estaba instalado el servicio. Se trata de una importación parcial localizada y tardía. En 1856 el proyecto de código civil no recoge la alusión al servicio público al definir el dominio público, que aparece en cambio en el código vigente de 1889. En 1877, en cambio, se definirá a los tranvías por referencia a las vías públicas.
- 4º) La práctica de la Administración municipal demuestra con una enorme variedad, que no permite hacer generalizaciones, que la realización de actividades que más tarde se configurarían explícitamente como servicios públicos son objeto de contratos de distinta naturaleza, sin que se hubiese formulado previamente una declaración formal de que se trataba de un servicio público. El servicio público, como tal, no constituía, pues, un título habilitante de la intervención de la Administración municipal en el sentido de delimitar una actividad que se reservaba a aquélla y que pudiera ser después objeto de concesión a los particulares. El título para intervenir en la actividad se deducía o se identificaba con la atribución legal a los municipios de la competencia de velar por los "intereses de los pueblos".

⁸ La cláusula ... cit.

5º) Es en torno a 1924 cuando se ha consolidado la importación de la doctrina francesa del servicio público y cuando en la legislación española se realizan las primeras declaraciones formales de servicio público para referirse a determinadas actividades, como es el caso de los servicios de agua, gas y electricidad. Sólo entonces el servicio público, como tal, aparece como el título habilitante de la intervención de la Administración pública.

Lo que quiero decir con lo que acabo de exponer es, simplemente, que ni la teoría del servicio público es exclusiva de Francia, ni la regulación jurídica que allí se ha producido es de observancia universal.

3. El contexto histórico e ideológico del servicio público

Avancemos un poco más. ¿A qué responde esa "invención" del servicio público? ¿Por qué Hauriou, que sigue inicialmente a Berthelemy, se separa definitivamente de él? ¿Sólo por ese pragmatismo que antes he enunciado de proporcionar un criterio de carácter esencialmente contencioso?

Es evidente que no. Me gusta tener una aproximación realista al Derecho. Las instituciones nacen para resolver problemas sociales y en el caso del derecho público, problemas sociales y problemas políticos.

El servicio público como otras instituciones fundamentales del derecho administrativo, como el acto administrativo o los contratos administrativos, no se entiende si no se descubre su trasfondo ideológico político.

El servicio público desde su aparición viene cargado de una fuerte intencionalidad ideológica y es concebido claramente como un instrumento político.

El servicio público constituye un elemento de revolución y de cambio social, lo que se manifiesta inequívocamente en Rousseau⁹. El servicio público es algo que atañe personalmente a todos los que integran la nación; algo que se contrapone a asuntos e intereses privados.

Detrás de todo ello está el objetivo político de sustitución en la titularidad del poder. El Estado será el titular exclusivo del poder, pero la soberanía reside en el pueblo. Todo lo que hace el Estado es servicio del pueblo, servicio público. El servicio público sucede al servicio del Rey, porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía.

Esta motivación ideológico política está presente en el fundador teórico de la Escuela del Servicio Público en Francia, León Duguit. En él la idea del servicio público es una noción polémica, "anti autoritaria". Su respuesta a la pregunta: "¿Por qué desaparece el sistema del derecho público, fundado sobre la noción del poder público?", en que consiste la primera frase de su famoso libro *"Las transformaciones del Derecho"*¹⁰, como superación del concepto rousseauiano de soberanía, aunque empalma con su intento es, en ese sentido, muy expresiva..

"La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público". El servicio público es una función social, "una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes" y "existe una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios".

⁹ Cfr. J.L. MEILAN, *La cláusula ...* cit., p. 11.

¹⁰ Ed. Heliesta, Buenos Aires, 1975, p. 9.

Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno y esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes.

El servicio público sería, de ese modo, “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”.

El servicio público sería, pues, el fundamento y el límite del poder. Nace de la misma realidad social, constituye la traducción jurídica de la interdependencia o solidaridad social, constitutiva de un derecho objetivo anterior al Estado¹¹.

Pero el destino de los conceptos sociológicos utilizados al modo del Derecho puede ser, y a menudo lo es, sorprendente, contemplado desde la intención que ha animado su nacimiento. Porque esta finalidad antiautoritaria, contraria a la idea de poder, no hará más que reforzarla¹².

El objetivo del servicio público legitimará la actuación del poder. Bastará la referencia a la actividad, así denominada, para justificar la existencia del poder.

Al tecnicizarse jurídicamente por obra y gracia del Decano Hauriou, el permanente contradictor de Duguit, el servicio público pasará a constituir un elemento de consolidación del poder público, en un proceso de adaptación a las nacientes exigencias sociales, provocados por los mismos fenómenos de transformación de la sociedad, que había percibido Duguit a comienzos de este siglo.

Con ironía lo recuerda Hauriou a Gastón Jeze, el “enfant terrible” de la Escuela de Servicio Público, al subrayar lo peligroso que es hacer aterrizar los conceptos en el mundo de los análisis jurídicos desde las generalidades de los planteamientos¹³.

El poder no ha sido sustituido por el servicio, dirá Hauriou. El servicio público es la obra a realizar por la Administración pública y el poder público es el medio de realización. El poder se autolimita por medio de la organización, que se transforma gradualmente en institución. Es en su seno donde el poder público se ha sometido progresivamente a la idea de servir en lugar de a la de dominar.

Existe, pues, en la elaboración jurídica del concepto, junto a su aspecto técnico, una faceta ideológica innegable y determinante.

El servicio público como técnica jurídica nace en el ambiente creado como consecuencia de un determinado entendimiento de las relaciones dialécticas entre Estado y Sociedad, en cuya construcción teórica habría que citar, además de a Rousseau, a Locke y a Hegel.

Lo que en Rousseau es primacía de la “voluntad general”, que explica la sumisión de las voluntades individuales a la norma, en Hegel es ya clara primacía del Estado: “El Estado es la vida existente verdaderamente moral, pues es la unidad del querer (de la voluntad general) así como del querer (de la voluntad) individual”. El Estado despliega dialécticamente de un modo esencial la justicia, emana la idea moral.

¹¹ Ibidem, pp. 27 a 37.

¹² Cfr. E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de León Duguit*, Paris, 1972.

¹³ Cfr. Prefacio a la 11ª ed. del *Précis ... en Obra escogida ... cit.*, p. 119 y ss.

De estas premisas es fácil deducir una diferenciación de lo general, lo público y lo privado; de lo que es ámbito del Estado y lo que es ámbito de la sociedad. El Estado entronca con la racionalidad; es la unidad que da sentido y resuelve por integración superior los dispersos y múltiples -cuando no caóticos- intereses particulares.

La razón de ser de la necesaria unidad del Estado reside, pues, aunque resulte paradójico, en la atomización de la sociedad civil, en la que se han abolido los cuerpos intermedios, considerados como una manifestación del Antiguo Régimen. De ese modo, una sociedad sólidamente articulada hubiera, en cambio, podido poner en entredicho la autonomía del poder. De ahí la preeminencia lógica del Estado.

El Estado aparece idealizado dialécticamente y esa idealización, encarnadora de la racionalidad -de la Razón- se manifiesta en su fin: interés general, que se sobrepone al interés particular.

Estas ideas (servicio interés general-servicio público), se ha dicho, “humanizan al Estado, transfiriendo la sacralización de los órganos a sus misiones”¹⁴. El Estado quedará legitimado no sólo con el ejercicio de los poderes soberanos, en la primera formulación del derecho público postrevolucionario, sino como titular de responsabilidades sociales.

En ese contexto, el del Estado de Derecho, de los fundamentos ideológicos de la Revolución y de los datos sociológicos de una burguesía emergente, el servicio público aparecerá como una suerte de compromiso -de “reconciliación”- del Estado con los intereses particulares. Y así se explica la sorprendente, en apariencia, reelaboración jurídica de Hauriou respecto de la aproximación de Duguit. El Estado encarna la Razón -el interés general-; la sociedad, en cambio, los intereses particulares, que en la sociedad burguesa se identifican con la actividad económica.

En la tradición del primer derecho público liberal, ésta se corresponde con los actos de gestión. La actividad económica coincide con los actos de gestión pública.

El Estado, en virtud del dogma de su racionalidad ideal, no puede “mancharse”, valga la expresión, con la gestión económica; pero al cabo entiende que no puede desentenderse de ella.

Si los postulados ideológicos producen una separación entre tareas y misiones de Estado y tareas de la Sociedad, para intervenir en el campo en que ellas se desarrollan, el Estado necesita declararlo de su competencia, en otras palabras, declararlo público. Se delimitan así las esferas de actuación de Estado y Sociedad: el Estado declara -se reserva- la titularidad y la gestión se deja a los particulares de acuerdo con el principio liberal de libertad de industria y de comercio. Y ambas partes, Estado y Sociedad, resultan beneficiados. El servicio no se identifica con imposición y lo público evita el privilegio.

El servicio público proporciona así una legitimidad nueva al Estado. La prestación disimula la dominación. El particular se beneficia de la gestión y limita por otra parte, en nombre de la libertad de industria y comercio, la competencia del Estado.

Por eso cuando se ha hablado de la crisis del servicio público hay que referirse a algo más que la crisis en cuanto a la utilidad del concepto como criterio de partición de las jurisdicciones: es la crisis conceptual de la separación idealista de Estado y Sociedad. El Estado no necesita ya de previa declaración de titularidad (publicatio) de determinadas actividades y la sociedad democrática, por otra parte, tiene una mayor

¹⁴ L. NIZARD, A propos de la notion de service publique: “*Mythes étatiques et représentations sociales*” en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenman*, Paris, 1977.

conciencia de sus derechos. A aquel compromiso ideológico forzó, además, la realidad social determinada por algunos hechos. Entre ellos, la posición dominante de la burguesía y, por eso, el servicio público tiene un contenido económico. El servicio público crea y potencia la “burguesía de negocios”. Por eso resulta esencial al servicio público, en su concepción originaria, la figura del concesionario interpuesto; el servicio público no se concibe entonces sin su destino a ser gestionado por un particular. En la construcción técnica de Hauriou se percibe muy claramente su objetivo de amparar derechos de los particulares a través de la ampliación del contencioso de plena jurisdicción.

Los postulados ideológicos antes citados implican necesariamente la gestión indirecta del servicio, de una actividad económicamente rentable. No tiene sentido entonces declarar una actividad como servicio público para gestionarla directamente por la Administración. Contenido económico y gestión indirecta son esenciales en la configuración originaria del servicio público.

Conviene retener esta circunstancia, siguiendo el método del “blanco sobre negro” por su claridad, porque en un estadio posterior se extenderá la figura a otros ámbitos distintos del esencialmente económico. Aparecerá, por ejemplo, el “servicio público objetivo”¹⁵ o se calificará de servicio público la actividad prestadora de la Administración¹⁶.

Pero estas actividades económicas que se presentan como negocios -los nuevos negocios de mediados y finales del siglo XIX y comienzos del XX- responden a necesidades sociales, a aspiraciones colectivas de la sociedad, más allá de la suma de necesidades individuales, cuya satisfacción es posible merced a los nuevos adelantos de la técnica y que alimenta y es alimentada por la idea fuerza del progreso.

Los servicios públicos nacen como resultado de esa presión natural de la sociedad, cada vez más decididamente industrial y urbana¹⁷.

La concesión del servicio público, es decir, su gestión por particulares, es el único medio que el Estado entendía entonces como posible para satisfacer esas demandas sociales. En España, con una hacienda endémicamente débil, era la única salida posible para la atracción de capitales extranjeros, como así ocurrió.

Ello explica la tendencia al monopolio, a la exclusiva, que queda sin embargo en entredicho, como consecuencia de la necesidad de adaptación del servicio a los nuevos progresos de la ciencia. En España el dogma, a diferencia del régimen francés, sigue siendo la libertad de comercio e industria. Y cuando se plantea algún problema, como sucede con el objetivo de modificar la prestación del servicio prevista en el contrato como consecuencia de la aparición de nuevos elementos técnicos (la famosa querrela del gas y la electricidad) la exclusiva se transforma en preferencia, porque lo que prima es la necesidad del servicio, es decir, la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

El esquema teórico del servicio público, tal como se ha descrito, irá resquebrajándose con el tiempo, porque, de un lado, la Administración al hacerse cargo de servicios públicos debido a suspensiones y quiebras de los concesionarios (el caso de los ferrocarriles en España es paradigmático) y, de otra, las consecuencias desestabilizadoras del orden económico provocadas al filo de la primera guerra mundial

¹⁵ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *I publici servizi*, Padua, 1964.

¹⁶ Es la dirección que siguió ALESSI en Italia y en España, R. PARADA, *Derecho administrativo*, I Parte General, 6ª ed., Madrid, 1994, pp. 434. En el *Curso de Derecho administrativo* de GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ (4ª ed., Madrid, 1993, pp. 71 y ss) la materia se estudia desde “el derecho de los administrados a obtener prestaciones de los servicios públicos”.

¹⁷ Cfr. J.L. MEILAN, *La cláusula ... cit.*, pp. 20-23.

y la creciente influencia de las reivindicaciones sociales incipientemente organizadas, empujan a un mayor protagonismo del Estado, de manera que la técnica del servicio público, como instrumento de intervención del Estado para la satisfacción de las necesidades, resulta insuficiente e innecesaria.

El poder intervencionista o limitador de derechos de la Administración puede reconducirse al título genérico -ampliado- de policía¹⁸ sin necesidad de publicar la actividad de los particulares, o bien, abolida en teoría el dogma liberal, la Administración se constituirá no sólo en gestor de un patrimonio al modo privado, sino en auténtico empresario, que crea empresas públicas al servicio de una política económica y social beligerante¹⁹.

El fracaso, al menos relativo, del servicio público como categoría jurídica viene de su excesivo éxito, de pretender explicarlo todo, de utilizarlo para actividades que cada vez más se distancian del origen, como por ejemplo es el caso de los servicios asistenciales, sociales o de la educación, o de comunicaciones, o por desconocer los nuevos postulados ideológicos y sociales; es decir, el sentido de la nueva relación del Estado con la sociedad.

III. LOS NUEVOS DATOS

Los nuevos datos que pueden ser utilizados con esa técnica del "blanco sobre negro" a la que antes me refería podrían ser los siguientes:

- a) El papel central que en las Constituciones -en la fórmula del Estado social y democrático de Derecho- ocupan los derechos fundamentales²⁰.
- b) El reforzamiento constitucional de la tradicional libertad de empresa y comercio, con el reconocimiento constitucional de la legitimidad de la acción económica directa del Estado.
- c) La crisis del Estado de bienestar y la mayor valoración de la competencia o, si se quiere, de la economía de mercado, para la satisfacción de actividades colectivas crecientes que, por otra parte, son más amplias que las que llevaban a cabo los tradicionales servicios públicos.

Para ilustrar todo esto la Constitución española ofrece un excelente observatorio y proporciona elementos significativos para la elaboración de un concepto de servicio público que corresponda a la circunstancia actual.

En la Constitución española no aparece el concepto de servicio público con un sentido técnico preciso. Figura con un sentido amplio, como equivalente a actividad administrativa, a efectos de responsabilidad de la Administración en el artículo 106. Se habla de "servicios esenciales de la comunidad" en los artículos 28 y 37 al tratar del derecho de huelga y del derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas

¹⁸ En la doctrina argentina, cfr. J.C. CASSAGNE, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, 1992.

¹⁹ Cfr. J.L. MEILAN, "Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España" en *La empresa pública*, Bolonia, 1969, y más recientemente, "La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica" en *Administración Pública en perspectiva*, A Coruña, 1996.

²⁰ Es muy ilustrativa la confesión de Jean RIVERO (*Le conseil constitutionnel et les libertés*, Ed. Económica, 2ª ed. Paris, 1987, pp. 179-80) acerca de que "hasta un período reciente la noción de derechos fundamentales era totalmente ignorada del conjunto de nuestros derechos positivos" y por supuesto no evocada durante sus estudios de licenciatura.

de conflicto colectivo con el fin de reconocer garantías que aseguren el mantenimiento o el funcionamiento de aquellos servicios. La misma expresión "servicios esenciales" existe en el artículo 128, que constituye el primero de los dedicados a "Economía y Hacienda". Su apartado 2 dice:

"Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio".

Conviene subrayar la expresión "mediante ley se podrá reservar al sector público servicios esenciales". No se habla de servicios públicos, sino de reservar al sector público servicios esenciales. Traducida esta expresión en notas clásicas, definidoras del servicio público, significa, en primer lugar, atribuir al Estado la titularidad en exclusiva de determinados servicios. No otra cosa creo que significa la reserva al sector público.

El reconocimiento de la posibilidad de que el Estado sea titular de actividades económicas está ya reconocido en el comienzo del párrafo 2º, antes citado. Con esto se deroga, por lo menos de una manera clara, el principio de subsidiariedad, que nunca estuvo plenamente vigente, aunque sí figuraba en parte del derecho positivo español, según el cual el Estado no podría crear empresas públicas generalmente más que en defecto de iniciativa privada²¹. La Constitución permite ahora la creación de empresas públicas con la única limitación de que deben operar dentro de la economía de mercado reconocida en su artículo 32.

Por consiguiente, reconocida la iniciativa pública en materia económica, no tendría sentido reservar al sector público determinadas actividades, si ello no significase la titularidad en exclusiva del Estado y sin la competencia con actividades paralelas de los particulares.

Porque es así, el propio artículo 128 limita los supuestos de esta atribución exclusiva de la titularidad del Estado a unas determinadas actividades de prestación que se configuran como servicios esenciales. Justamente por esta esencialidad la Administración no podrá abdicar de la responsabilidad de garantizar el servicio a los ciudadanos, aunque pueda, por supuesto, encomendar su gestión a los particulares, mediante concesión o cualquier otra fórmula equivalente.

Conviene también subrayar la posición de este precepto en la Constitución. El artículo 128, se recordó anteriormente, se encuentra en el capítulo relativo a la Economía y Hacienda. No es un accidente fortuito. Sector público y sector privado son, obviamente, conceptos económicos. Hay sector público y sector privado, y las reglas esenciales de la economía de mercado -una de ellas bien notoria, la competencia- han de valer para la empresa privada y para la empresa pública.

Los poderes públicos deben garantizar y proteger, por mandato constitucional, tanto la libertad de empresa como la iniciativa pública en materia económica, respetando el sistema de la economía de mercado, tanto en su misma formulación -subsistencia del sector privado- como en su ejercicio, de manera que no se falseen las reglas del mercado con monopolios, sea por particulares o sea del sector público, o ayudas públicas, contra lo que se pronuncia decididamente el Tratado de Roma²².

Que la reserva al sector público de un servicio esencial implica la titularidad en exclusiva de la actividad por parte del Estado, que es una nota característica del servicio público desde su nacimiento, se comprende porque aquella expresión significa que una

²¹ Cfr. J.L. MEILAN, *Cuestiones institucionales ...* cit. También *Empresas públicas y Turismo*, Madrid, 1967.

²² Cfr. artículos 90, 92 y 93.

determinada actividad pasa del sector privado al sector público, deja de pertenecer al sector privado.

La mera actividad económica del Estado en concurrencia con la de los particulares no implica reserva alguna, sino una iniciativa pública perfectamente legítima, amparada por el primer párrafo del artículo 128, antes citado, sin más limitaciones que el respeto al contenido esencial de la economía de mercado.

La expresión sector público hay que entenderla, pues, como un concepto económico relacionado con el sector privado. Puede comprender por su misma generalidad distintos supuestos, que rebasan la comprensión clásica del servicio público.

La reserva al sector público puede verificarse atribuyendo la titularidad directamente a la Administración del Estado o local²³, o bien a una persona jurídica que bajo formas distintas, sometidas al derecho público o al derecho privado, constituya una empresa pública.

Conviene retener a mi modo de ver algo que me parece que es importante para la configuración actual del servicio público. La reserva ha de hacerse por ley; o de otro modo la declaración formal del servicio público debe hacerse por ley.

No basta después de la vigencia de la Constitución que esa declaración del servicio público se haga por una norma reglamentaria, directamente por la Administración. Esta afirmación, como es obvio, ofrece importantes consecuencias, ya que la historia demuestra con alguna frecuencia que la Administración ha acudido sin habilitación legal expresa a la declaración de servicios públicos de una actividad, con el objeto de poder intervenir en ella, en uso de la potestad discrecional, ya que una numerosa jurisprudencia otorga este carácter a la potestad de organizar los servicios públicos.

Este límite formal tiene su explicación en los otros límites de carácter material, a los que me voy a referir.

Por un lado ha de tratarse de servicio esencial y por otro debe respetarse el marco de la economía de mercado. Sólo podrá reservarse al sector público (o en la terminología clásica del servicio la titularidad en exclusiva al Estado) una actividad cuando se trate de servicios esenciales y esa esencialidad como expresión de lo que son las aspiraciones de la sociedad en un momento determinado, debe ser lógica y legítimamente apreciada por sus representantes, que constituyen el Parlamento, y cuya manifestación jurídica es la ley.

Es obvio que no se puede predeterminar las prestaciones que una colectividad considera esenciales. "Hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esta evolución", decía Duguit en 1911²⁴.

No es fácil ciertamente señalar de antemano los límites, pero sí cabe formular al menos dos afirmaciones. De un lado, aquellos servicios que no se estiman esenciales no pueden constituir el contenido de un servicio público. Dicho de otro modo, la ley no puede declarar servicio público una actividad si no atribuye al mismo tiempo la

²³ El artículo 86 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local declara la reserva en favor de las Entidades Locales de una serie de actividades o servicios esenciales. El artículo precedente define como "servicios públicos locales cuantos tienden a los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales".

²⁴ *Las transformaciones ... cit.*, pp. 34-35.

titularidad en exclusiva de la misma al Estado. Si no lo hiciese así estaría demostrando que no se trataba de un servicio esencial.

Por otra parte juega también en esta declaración de servicio público la protección reforzada que la Constitución española, al menos, otorga a los derechos fundamentales. Una mayoría parlamentaria no podría válidamente aprobar una ley reservando una determinada actividad al sector público, es decir, sustrayendo su titularidad originaria de los particulares, si esa reserva supusiese no respetar la economía del mercado.

Los derechos fundamentales aparecen, así, como un primer límite infranqueable para la iniciativa pública en materia económica y concretamente para la declaración de una actividad como servicio público²⁵.

Lo que acaba de afirmarse tiene especial interés para algunas actividades que han sido consideradas como servicio público por la doctrina y por el legislador ordinario. Me refiero a los servicios públicos de carácter asistencial o social y aquellas, como la educación o la televisión, que han suscitado agudas polémicas. El tema requiere un tratamiento específico que excede de la circunstancia presente. ¿Puede un derecho fundamental ser contenido de un servicio público?

El contenido del servicio público es, como decía al examinar el origen de la institución y el texto constitucional español, de carácter económico. Por eso se entendía en el origen mismo de la institución que el servicio fuese gestionado indirectamente por los particulares, en el contexto de un Estado de Derecho burgués y de ahí que la tendencia al monopolio implicase una de las garantías de rentabilidad de esa actividad económica.

Pues bien, derechos fundamentales, como es el derecho a transmitir o recibir comunicación veraz por cualquier procedimiento, como en el caso de la televisión, o el derecho a la educación -y libertad de enseñanza- entiendo que no pueden ser objeto de un servicio público. Así se consideran, sin embargo, en el Derecho positivo español.

Tales pronunciamientos del legislador ordinario y de la doctrina que lo respalda, suponen, a mi juicio, una innecesaria -e improcedente- desnaturalización de la categoría del servicio público, cuyo origen, justificación y funcionalidad he expuesto anteriormente.

En unos casos -enseñanza- se acude a la teoría del “servicio público objetivo”²⁶. Se reconoce, de ese modo, una coexistencia de titularidades sobre la actividad, entre el Estado y los particulares. La actividad de enseñanza desarrollada por estos no será objeto de concesión por parte del Estado, sino de autorización administrativa.

En otros -televisión- la justificación doctrinal de la titularidad exclusiva del Estado encubre, cada vez con mayor dificultad, su última ratio, que no es otra que el poder político. En España la primera regulación es sencillamente de base regaliana, como en el Antiguo Régimen se declaraban regalías del Rey, las minas o la sal. La justificación basada en limitaciones del espacio aéreo, salta con los adelantos técnicos de la televisión digital y se vuelve a utilizar la “liaison” al dominio público para justificar la exclusividad de la titularidad²⁷.

²⁵ En esa dirección P. DEVOLVÉ, *Service publique et libertés publiques, Revue français de Droit administratif*, 1 (1), 1985, pp. 1 y ss.

²⁶ En la línea de POTOTSCHNIG, cit., R. GOMEZ FERRER, *El régimen general de los centros privados de enseñanza*, Revista de Administración Pública, 70 (1973), pp. 377 y ss.

²⁷ Cfr. art. 25 de la Ley 31/1987 de 18 de diciembre de ordenación de las telecomunicaciones. La utilización del dominio público, “a contrario sensu”, es nota definitoria de la televisión para una emisión de imágenes.

Pragmáticamente la controversia se orienta en la Unión Europea a la gestión del servicio, a evitar su monopolio por el Estado en favor de la gestión por entes locales -en España también autonómicos- y por particulares. Es el aspecto económico de una actividad, que no se define primariamente por él, lo que explica esa circunstancia.

En casos como la seguridad social, por el contrario, no habría necesidad de acudir a la categoría del servicio público. Bastaría con considerarla función del Estado que hoy es también social junto a otras características del Estado de Derecho como la justicia o el orden público y la seguridad.

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

En la exposición anterior me he esforzado en mostrar el carácter esencialmente histórico de la categoría jurídica del servicio público que, como todos, no puede aislarse de su contexto político-económico-social y, en el fondo, ideológico. Y ese contexto es hoy obviamente diferente.

En 1968²⁸ concluía que la denominada crisis del servicio público era "la crisis del background ideológico-político-económico que le vió nacer" y, en concreto, "la crisis de la separación nítida de las esferas correspondientes al Estado y los particulares". Esa separación doctrinal explicaba la necesidad de una declaración del servicio público que "venía a ser la declaración de una esfera de competencia propia de la Administración". "Hoy -decía entonces- el Estado desarrolla las mismas actividades que en otro tiempo eran propias de los particulares". De otra parte, la Administración, como servidora de los intereses públicos, tiene posibilidades de intervención "sin declarar un ámbito específico de la Administración, sin englobar aquellas actividades dentro de su potestad interna".

En la Constitución española el protagonismo corresponde a los derechos fundamentales. El servicio público no es una categoría dominante, ni menos la noción clave en torno a la que construir el Derecho administrativo. Si eso es así -y sucede con otras categorías, como el orden público- no tiene sentido mantener una inercia, salvo por prejuicios ideológicos o intereses del poder.

El servicio público fue un hallazgo; no es la panacea, pero sigue siendo útil, a condición de que no se le pida más de lo que el nuevo marco constitucional y la sensibilidad actual permite. Ello supone reconocer la titularidad de los ciudadanos respecto de los derechos fundamentales -obviamente de la persona- y el deber del Estado de asegurar su efectiva protección y realización para todos los ciudadanos.

En ese sentido el reforzamiento constitucional de la libertad de empresa hace perder al servicio público el carácter antes citado de categoría dominante que haya de extenderse hasta calificar como servicios públicos virtuales o impropios actividades que encajan en aquella libertad.

El concepto de servicio público ha de reintegrarse, pues, a la funcionalidad esencial que la justifica: actividad esencial para la comunidad organizada en Estado, de contenido primordialmente económico, cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado y cuya gestión indirecta -por los particulares- es siempre posible. Para explicar

²⁸ Cfr. J.L. MEILAN, *La cláusula ... cit.*, p. 95.

la actividad directamente desarrollada por el Estado no es necesario acudir al servicio público: se trataría, en los casos que se presta a discusión, de actividad administrativa de prestación.

La nueva aproximación a la categoría jurídica viene exigida, además, por ese “carrefour” jurídico que es la Unión Europea. El servicio público francés o español se encuentra con la concepción alemana, y no digamos anglosajona, que la ignora y sobre todo con los dogmas de las cuatro libertades, presididos por el principio de la competencia.

El artículo 90 del Tratado es paradigmático en ese sentido. En él no aparece la expresión servicios públicos; se habla de “servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal”, y siempre desde la perspectiva de las empresas que los gestionan. Es la gestión lo que preocupa y en este sentido las empresas públicas “y aquellas empresas a las que concedad derechos especiales o exclusivos” los Estados miembros quedan sometidas a las reglas que sobre la competencia se aplican a las empresas privadas.

También, por tanto, aquellas “encargadas de la gestión de servicios de interés económico general” se encuentran sometidas a las normas sobre la competencia pero sólo “en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la **misión específica** a ellas confiadas”.

Se relevan aquí los elementos de encuentro razonable entre la concepción tradicional -franco-española- de servicio público y la que emerge del Tratado de la Unión Europea. Tal “meetingpoint” no estará tanto en la titularidad de la actividad, como en la “**misión confiada**” a la empresa que lo desarrolla -sea pública o privada- que permitirá una interpretación más o menos flexible o amplia y que, obviamente, no excluye la intervención de los poderes públicos que deben garantizar los derechos fundamentales y libertades públicas y cuya actuación debe estar informada por el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores de la política social y económica, de acuerdo con la Constitución, lo que no se circunscribe a los tradicionales principios del servicio público²⁹.

La reflexión actual debe responder a análogos requerimientos que explicaron la configuración de la categoría del servicio público; ¿cómo conseguir asegurar o alcanzar mejor la finalidad a que aquella categoría respondió -universalidad, igualdad, continuidad de la actividad- del modo más eficaz, en el que habría que ponderar el coste, y que permite la incorporación al progreso y del progreso a la actividad establecida.

¿Cómo se consigue mejor esa incorporación, obligando al concesionario del servicio público a introducir adelantos técnicos en virtud de una implícita cláusula de progreso o por medio de la competencia entre empresas con actividades simplemente reguladas? ¿Cómo se consigue mejor la racionalización de los dineros públicos? El coste del servicio al usuario no constituye el único dato: es preciso una transparencia del coste social del servicio frente a subvenciones.

La limitación del ámbito del servicio público no supone una abdicación de las funciones y obligaciones del Estado; sino que obliga a un cambio. Por decirlo brevemente y utilizando categorías jurídicas, ello supone un aumento de la importancia de la autorización administrativa frente a la concesión de la misma naturaleza.

²⁹ Cfr. el muy significativo nº de *Edudes et Documents*, de Conseil d'Etat francés conteniendo el *Rapport public* 1994 dedicado al problema especialmente agudo para Francia, en cuya órbita doctrinal nos hemos movido en España.

Hoy la autorización no tiene por qué ser acto de tracto único; es compatible con eficacia continuada, con exigencia de programa, de condiciones de solvencia y hasta personales, como el ejemplo de la banca suministra.

Me parece que hoy, en lo que era -y es- el ámbito propio de los servicios públicos, la actividad económica regulada, objeto de autorizaciones regladas, puede responder mejor que el servicio público a los fines que este persigue.

Los problemas de la nueva aproximación vendrán por la regulación jurídica -y el tratamiento económico- adecuada de cada actividad regulada, cuidando especialmente la transición del sistema tradicional al actual³⁰.

El Estado no necesita acudir a la declaración de servicio público para regular una actividad. La no declaración de servicio público no significa necesariamente desregular, sino una "nueva regulación".

El Estado ha de garantizar el efectivo ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales y el servicio al interés general -de todos los ciudadanos-. Puede hacerlo regulando o ejerciendo al mismo tiempo que los particulares actividades de contenido económico y social. Si opta por la competencia ha de ser con todas las consecuencias, sin comunicación de privilegios.

En todo caso -eso sí- ha de permanecer el espíritu del servicio público más allá de su concreta significación jurídica como técnica habilitante del poder.

³⁰ Cfr. ARIÑO, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997.