

SERVICIOS PÚBLICOS, FUNCIONES PÚBLICAS, GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS: PERENNIDAD DE LAS NECESIDADES, TRANSFORMACION DEL CONTEXTO (*)

Por
ELISENDA MALARET I GARCIA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. UNA OBSERVACIÓN PREVIA: ESTADO Y MERCADO, ¿UNA SEPARACIÓN SUPERADA? PÚBLICO Y PRIVADO, ¿UNA FRONTERA IMPRECISA?—II. LA EMERGENCIA DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: UN NUEVO PAPEL DEL ESTADO: A) *La destilación de la noción francesa de servicio público. Una aproximación necesariamente funcional: misiones que se orientan a la satisfacción directa de los ciudadanos y actividades en provecho de la colectividad y que tienen como finalidad asegurar la cohesión social y territorial.* B) *Un régimen jurídico particular: un régimen que debe satisfacer los principios de igualdad, de continuidad y de adaptabilidad.* C) *Consideración final.*—III. REALIDADES Y CONCEPTOS PARECIDOS EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS: SERVICIOS PÚBLICOS, ACTIVIDADES DE UTILIDAD PÚBLICA, FUNCIONES PÚBLICAS: A) *La actividad de prestación o de servicio público en el Derecho administrativo español.* B) *El fundamento constitucional de la acción positiva de los poderes públicos: la noción de Estado social y la dimensión objetiva de los derechos constitucionales.* C) *Una aproximación sumaria a los derechos a la obtención de las prestaciones públicas en el Derecho alemán: una reflexión paralela al estado de la cuestión en nuestro Derecho.*—IV. UN NUEVO CONTEXTO, LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: A) *Las transformaciones del Derecho originario: de la Comunidad Económica Europea a la Unión Europea.* B) *El Derecho derivado: desmonopolización y reglamentación atendiendo a las exigencias del interés general y de servicios accesibles a todos los ciudadanos.*—A MODO DE CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La noción de servicio público, como es sabido, es susceptible de ser analizada desde distintos puntos de vista, así como utilizada en ámbitos conceptuales muy diversos. No obstante, a lo largo del pre-

(*) Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en el encuentro «Citizenship and Public Services: a legal framework», celebrado en el Instituto Universitario Europeo de Florencia los días 2 y 3 de febrero de 1996, y en fase de publicación en S. SCIARRA y M. FREEDLAND (dirs.), *Labour Law, public services and citizenship*, Oxford University Press. Este estudio forma parte del proyecto de investigación que con el título «Las mutaciones de las estructuras administrativas y el Derecho Administrativo», PB93-0746, se desarrolla en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. Las ideas y concepciones relativas a la noción de servicio público, y más en concreto la necesidad de contar con un concepto acorde con el derecho positivo y que permita, en consecuencia, describir y prescribir, han sido expuestas previamente en distintas ponencias e intervenciones presentadas en el seminario de profesores del citado Departamento a lo largo de estos últimos años.

sente trabajo se va a intentar localizar el análisis en su perspectiva jurídica, esto es, determinar el papel de la noción de servicio público —o de las nociones equivalentes— en relación a aquellas intervenciones públicas que tienen por objeto establecer garantías al ejercicio de sus derechos por parte de los ciudadanos o bien asegurar la satisfacción de las necesidades colectivas. Esta aproximación no puede ignorar que el servicio público es igualmente un mito legitimador de la acción del Estado (1), de un Estado que no se encuentra ya limitado a la actividad de policía o de mantenimiento del orden público, sino que, contrariamente, es un sujeto conformador del orden social y asume una posición activa en la prestación de servicios.

A pesar de que la noción de servicio público presenta distintas connotaciones en los Estados miembros de la Unión Europea, existe una idea *intuitiva* que identifica ciertas actividades como propias de la Administración, constituyendo servicios públicos y, en cuanto tales, vinculadas a los poderes públicos. Si bien es cierto que es imposible el dar una definición de la noción de servicio público que sea útil para todos los países europeos, también lo es que existe, en el conjunto de los Estados de la Comunidad, una realidad común, bien que vaporosa, que puede converger en el término servicios públicos (2). Estas actividades tienen como denominador común el hecho de ser consideradas de interés general o utilidad pública y, en cuanto tales, ser aseguradas por organizaciones de Derecho público o privado que se encuentran sometidas a un control o a una intervención particular por parte del Estado (3). De este modo, se ha podido afirmar que existe una cierta *homogeneidad de tono* en los ordenamientos de los Estados miembros (4). Por otra parte, las circunstancias que en su momento hicieron nacer la noción francesa han concurrido igualmente en los distintos países europeos, siendo a menudo las soluciones jurídicas no tan dispares.

Antes de proseguir estas consideraciones hay que destacar de inmediato el doble significado, desde un punto de vista jurídico, de la idea de servicio público: *a)* legitimación de la acción de la Administración; *b)* fundamento de los derechos de los ciudadanos. Esta dualidad se encuentra siempre presente, siendo lo cambiante con el

(1) Ver J. CHEVALLIER, *El servicio público*, París, 1991 (2.ª ed.).

(2) No podemos olvidar que incluso en el marco del Derecho público francés la noción de servicio público se presenta como «difficile à appréhender et à cerner», tal y como J. CHEVALIER ha hecho notar (ver *op. cit.*), siendo este punto de vista compartido por un sector significativo de la doctrina francesa, italiana y española.

(3) Ver, en este sentido, B. DE WITTE, «L'encadrement communautaire des services publics: le chevauchement des notions d'Etat et d'entreprise», en G. MARCOU (dir.), *Les mutations du droit de l'Administration en Europe. Pluralisme et convergences*, París, pág. 295.

(4) Ver *Rapport public du Conseil d'Etat pour 1994*, «EDCE», núm. 46, pág. 101.

transcurso del tiempo la importancia o el papel que se otorga a una u otra faceta y, sobre todo, el nivel de concreción de los derechos de los ciudadanos.

En el marco de los distintos sistemas jurídicos europeos pueden encontrarse instituciones que cumplen la señalada doble función. Las nociones de referencia pueden variar, al igual que el modo de su construcción o los instrumentos jurídicos a su servicio. A mi entender, las divergencias derivan fundamentalmente del lugar que pueda ocupar la respectiva Constitución en la construcción de nociones-clave del Derecho de la Administración, por un lado (5), y del papel de las leyes específicas o sectoriales, por el otro.

Visto que la *noción de servicio público es de origen francés*, se va a exponer en primer lugar el sentido de este concepto en el marco del Derecho administrativo francés. No obstante, dado el objeto del presente trabajo y su contexto, se ha preferido como criterio de presentación una concepción material o funcional (6), basada en la naturaleza de la actividad, prevaleciendo la función sobre el sujeto (7). Todo ello tiene como objeto poner en evidencia los aspectos esenciales, en detrimento de factores accidentales o más vinculados a exigencias propias del Derecho administrativo francés y a su sistema de dualidad de jurisdicciones (8).

Una aproximación de este tipo debe permitir una puesta en común y, sobre todo, deshacer malentendidos y *falsas ecuaciones*. Una interpretación que destaque las concepciones materiales en detrimento de las formales u orgánicas permitirá llegar a resultados satisfactorios, a la obtención de un lenguaje común. La tradición europea de regulación pública de ciertos bienes y actividades de interés general se encuentra enfrentada a una crisis de legitimidad, que para algunos tiene los visos de un cuestionamiento de lo que ha venido constituyendo el modelo europeo de sociedad. Tal y como la Comisión ha recordado recientemente, la originali-

(5) Ver un análisis reciente de los distintos Derechos de la Administración en Europa en G. MARCOU (dir.), *op. cit.*

(6) Como en el estadio actual del proceso de integración europea y de construcción del mercado único el debate afecta solamente a los servicios públicos *no regalianos*, y, más concretamente, a los servicios públicos económicos, he considerado, pues, que era importante ocuparse del contenido de estos servicios, de las *prestaciones* que comprenden.

(7) Desde un punto de vista próximo a lo que un autor como R. KOVAR ha denominado *pensamiento laicizado: Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, «R. Trim. D. E.», 1996, núms. 2 y 3.

(8) Esta opción parte de la convicción de que, en el estado actual del debate europeo, sólo una aproximación como la reseñada permite llegar a un lenguaje común, especialmente a fin de evitar que las diversas formas que el mismo pudiera adoptar según las diferentes tradiciones institucionales y jurídicas de los países europeos impidan o dificulten el debate acerca de las funciones o las tareas que corresponden a los poderes públicos, estos, que son de su responsabilidad.

dad de este modelo reside en que ha sido «edificado sobre un conjunto de valores comunes (...). Entre estos valores figura el acceso de los ciudadanos a servicios universales o servicios de interés general, que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato» (9).

I. UNA OBSERVACIÓN PREVIA: ESTADO Y MERCADO,
¿UNA SEPARACIÓN SUPERADA?
PÚBLICO Y PRIVADO, ¿UNA FRONTERA IMPRECISA?

Hace ya algunos años, BOBBIO afirmó que la gran dicotomía *público/privado* conservaba todo su valor, ya que permitía una división neta en dos esferas exhaustivas y totales (10).

No obstante, a mi entender, la situación actual requiere la búsqueda de otros paradigmas, puesto que lo que evidencian las relaciones Estado/individuo, Estado/mercado, Derecho público/Derecho privado, contrato/acto administrativo, empresa/solidaridad, es precisamente la crisis de dicha aproximación dicotómica. Sin embargo, en todo caso, si se conserva dicha oposición binaria, es necesario trabajar en una dirección que nos permita responder de modo flexible a lo que presenta fronteras vaporosas, contornos inciertos.

Cuando se observan los modos de intervención del Estado, la primera evidencia que se nos impone es la de que, a menudo, aquéllos no pueden incluirse ya en las categorías jurídicas tradicionales, al menos de acuerdo con el modo monolítico con el que éstos han sido a menudo explicados. Ello es así sobre todo si se tiene en cuenta que el proceso de integración europeo se desarrolla en paralelo a la globalización de los intercambios económicos. El Derecho europeo, caracterizado por una multiplicidad de sistemas jurídicos, aparece de este modo integrado por nociones de contenido variable. El paradigma de la complejidad parece abrir una vía permitiendo abastecer de soluciones la coyuntura actual.

La intervención del Estado en la economía se produce, como es sabido, esencialmente de dos modos. A través de la producción de reglas que tienen por objeto corregir los fallos derivados del funcionamiento autónomo del sistema económico y, por otra parte, interviniendo igualmente el Estado de modo directo a través de la realización de actividades económicas por medio de la creación de empresas.

(9) *Renforcer l'Union politique et préparer l'élargissement*, Informe de la Comisión en vistas a la Conferencia Intergubernamental, 28 de febrero de 1996.

(10) *Estado, gobierno y sociedad*, Barcelona, 1987.

Es precisamente en la intersección de estos dos modos de intervención que se sitúan dos fenómenos que, justamente, en la medida en que se entrecruzan o porque entran en relación, se encuentran en el origen de las actuales incertidumbres. En efecto, el Derecho de la competencia, que conoce fuertes procesos de desarrollo, constituye un claro ejemplo de superación de la división entre Derecho público y Derecho privado, puesto que su finalidad no es tanto la protección de los derechos subjetivos de los empresarios cuanto la tutela del mercado como institución ante las consecuencias que puede acarrear el libre juego de la autonomía de la voluntad.

De modo paralelo, en lo que concierne a los servicios públicos que tienen por objeto actividades económicas, la libertad de empresa (o libertad del comercio y de la industria) ha introducido siempre ciertas modulaciones. En este sentido, es necesario conciliar la libertad individual con el derecho de las Administraciones públicas (sobre todo a nivel local) a crear servicios públicos. Las condiciones de satisfacción del interés general no pueden tener por objeto falsear el juego de la libre competencia (11). De este modo, podemos conectar tales modulaciones a dos momentos, el de la creación del servicio público, en el que se exige una cierta carencia de iniciativa privada al respecto —el viejo principio de subsidiariedad (12)—, y, a continuación, aquel en el que la actividad es llevada a cabo, siendo exigido el respeto de un cierto entorno de competencia (13).

En este orden de consideraciones, y dado que la noción de servicio público es precisamente un ejemplo claro de la situación referida, se va a intentar demostrar cómo más que a una crisis del servicio público estamos asistiendo a una nueva mutación de un concepto precisamente caracterizado por su plasticidad. Tal y como HAURIUO

(11) Ver F. DREYFUS, *La liberté de commerce et d'industrie*, París, 1973, pág. 27.

(12) En tanto en cuanto dicha apreciación implica una valoración relativa a la existencia o no del interés general, es fácil entonces constatar que se trata de una valoración que necesariamente incorpora consideraciones metajurídicas y, más en concreto en este caso, políticas, por lo que sólo corresponderá a órganos dotados de legitimidad democrática directa o indirecta. Cuestión distinta es la del tema del control jurisdiccional; en tanto en cuanto estamos en presencia del núcleo duro de la discrecionalidad, aquél sólo podrá ser limitado. Sobre estas consideraciones, vid., recientemente, M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995, págs. 96 y ss.

(13) Nótese que de manera voluntaria y expresa se ha utilizado la noción de *entorno*, y se la ha acompañado de un matiz, puesto que entiendo que, por definición, la idea de servicio público supone la modulación de la competencia como principio rector del mercado, lo que no necesariamente implica eliminación. Lo anterior sucede sólo en supuestos excepcionales cuando hay monopolio: de ahí la necesaria previsión y al mismo tiempo encuadre constitucional de esta intervención (art. 128.2 CE). En esta dirección entiendo que precisamente la gran novedad de los años noventa es precisamente la introducción de libre competencia en determinados sectores, acompañada de la obligación de continuar prestando determinados servicios públicos; lo que explica la centralidad del tema de la financiación de éstos.

señaló ya en su momento, «le service public est un perpétuel devenir» (14).

II. LA EMERGENCIA DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: UN NUEVO PAPEL DEL ESTADO

«On nous a changé nôtre Etat». Esta famosa exclamación de HAURIUO (15) ilustra, a mi entender, y de modo muy significativo, el alcance de la teoría del servicio público. En efecto, ésta se desarrolla, llegando a su máxima eclosión en el período en el que se inicia de modo significativo el fenómeno de atribución de nuevas funciones al Estado que la Constitución de Weimar había consagrado. Un nuevo Estado nace, y hay que construir las bases para su legitimación (16).

De este modo, tal y como DUGUIT había ya destacado, «de la civilisation on peut dire qu'elle consiste uniquement dans l'accroissement du nombre de besoins de tous ordres pouvant être satisfaits dans un moindre temps. Par la suite, à mesure que la civilisation progresse, l'intervention des gouvernants devient normalement plus fréquente parce qu'elle seule peut réaliser ce qu'est la civilisation» (17). La cita es quizá demasiado larga, pero lo cierto es que muestra claramente las preocupaciones y las ideas que se encuentran en el origen de una doctrina que se presentó como una nueva concepción del Estado (18). Como una teoría adaptada a la realidad del entorno.

(14) Nota a la resolución *Gaz de Déville-les-Rouen* del Consejo de Estado francés, de 10 de enero de 1902, que asentó el principio de adaptación del servicio público a las nuevas tecnologías. La referencia a un autor como HAURIUO en un trabajo acerca de la significación de la noción de servicio público y su funcionalidad en aras a la efectividad de los derechos constitucionales no debe sorprender. Como hace ya mucho tiempo ilustró L. SFEZ, el decano de Toulouse consideraba que la noción de servicio público era esencial para el Derecho Administrativo (lo que explica las reiteradas citas en el clásico trabajo de DUGUIT *Las transformaciones del Derecho Público*), pero esta centralidad de la institución no la convertía en piedra angular o único criterio de distribución de competencias entre el juez administrativo y el juez ordinario, como pretendió un discípulo del maestro de Burdeos, G. JEZE. Ver *Essai sur la contribution...*, pág. 391.

(15) Nota a la resolución del Consejo de Estado francés de 7 de abril de 1916.

(16) Como A. POSADA señala en el estudio preliminar que acompaña la traducción castellana de la obra que, en mi opinión, es fundamental, *Las transformaciones del Derecho Público*, Madrid, 1926.

(17) *Traité de Droit Constitutionnel*, II, París, 1928, pág. 63.

(18) La misma preocupación se encuentra presente en la construcción de FORSTHOFF sobre la procura existencial (*Daseinvorsorge*), tal y como explícitamente destaca el propio autor en *Tratado de Derecho Administrativo* (trad. esp.), Madrid, 1958, págs. 95 y 116.

Se trata, pues, de construir una justificación de la intervención pública en ámbitos que hasta el momento le eran ajenos (19) (20).

Esta justificación es válida tanto para la asunción directa de una actividad (educación, asistencia social...), pero sin que la misma implique un monopolio (21), como para una intervención de contenido un tanto distinto y consistente en regular y controlar una actividad gestionada por los particulares, bien que asegurada por la Administración en la medida en que, precisamente, tal actividad se ha convertido en obligatoria en virtud de una decisión de los poderes públicos. Obviamente, antes de la decisión relativa a la transformación de una actividad en servicio público, antes de la institución o establecimiento de un servicio público, éste no existe como tal y no cabe la obligación. Es decir, una actividad en relación a la cual la Administración se sitúa en una posición distinta de la propia de la policía. La idea es ciertamente imprecisa, pero es necesario tener presente que nos situamos en el terreno de las justificaciones de la intervención pública. La noción de servicio público irrumpe con fuerza en la doctrina para dar cuenta de la actividad de la Administración. Como recuerda LACHAUME, en el contexto administrativo en el que se elabora la construcción de DUGUIT, el elemento orgánico (el gestor del s.p.) y el elemento material (la finalidad perseguida) se confunden, el gestor del servicio era en principio una persona pública cuya actividad natural era justamente la asunción de las necesidades de interés general (22). La teoría jurídica se construye desde y para la Administración, pero de una Administración que, parangonando una definición utilizada por la Constitución española de 1978, está al servicio del interés general, de los ciudadanos titulares de derechos y libertades fundamentales (22 bis).

(19) Hay que tener en cuenta el hecho de que la noción de servicio público opera, consiguientemente, en un doble plano. Por una parte, desde un punto de vista objetivo —en el que son las características de la actividad lo determinante— y, por otra, una vez la decisión ha sido adoptada, siendo el régimen jurídico y el vínculo con la Administración lo que se destaca.

(20) Esta función explica seguramente el predicamento de las tesis de VILLAR PALASI, acerca del servicio público como título habilitante de potestades. En mi opinión, la difusión de esta teoría ha ido pareja a la pérdida de significación del contenido de la actividad o vertiente objetiva o material del servicio público, lo que ha conducido a una cierta desvirtuación de la peculiaridad de la actividad pública y, consecuentemente, una aproximación a la actividad de policía o intervención sobre las actividades privadas. La consecuencia última de esta tendencia es lo que en ciertos sectores doctrinales se ha convenido en denominar *concepción objetiva del servicio público*, que toma única y exclusivamente en consideración el dato del régimen jurídico sin examinar si hay o no un encargo, una encomienda de la actividad que realizan los particulares por parte de la Administración.

(21) Ver DUGUIT, *op. cit.*, pág. 63.

(22) *Grands services publics*, Masson, 1989, pág. 19.

(22 bis) En efecto, no puede descontextualizarse el desarrollo de la teoría del servicio público y el éxito de esta noción del proceso de profundización de la democracia, que deri-

Desde mi punto de vista, estas mismas preocupaciones se encuentran presentes en el estado actual del proyecto europeo, si bien la complejidad de nuestras sociedades y las transformaciones tecnológicas y económicas recientes muestran cómo es realmente difícil establecer *a priori* cuáles deben ser las tareas susceptibles de ser consideradas, en tanto que propias del Estado, actividades que *por naturaleza* deben ser necesariamente gestionadas por el Estado. Además, parece difícil operar con una sola justificación, siendo más bien necesario indagar de modo más preciso y adecuado en la realidad del sector contemplado. Incluso si se parte de la idea de que el Estado debe establecer las garantías en relación a los servicios para el desarrollo de la persona en comunidad.

Como es bien sabido, la teoría del servicio público ha tenido desarrollos ulteriores y una cierta concreción desde el punto de vista jurídico, que considero útil recordar en el contexto del debate actual, ya que permite ilustrar y clarificar los distintos elementos de la controversia actual. En mi opinión, la exposición de la noción de servicio público propia del Derecho administrativo francés es especialmente necesaria puesto que evidencia cómo un elemento tan característico como el que podríamos denominar *requisito de la titularidad*, que un sector de nuestra doctrina ha creído *importar* del Derecho francés, es totalmente desconocido en la legislación, jurisprudencia y doctrina de un país en el que recientemente incluso se ha acuñado la expresión *servicio público a la francesa* para referirse a lo que se considera un signo de identidad de un determinado modelo social (23). Lo que se pretende expresar con la noción de *titularidad* es tan ajeno al Derecho francés que no tiene incluso traducción posible (23 bis). Este ejemplo ilustra muy bien los problemas que plantea

va de la extensión del voto. Vid. una referencia explícita y expresa en A. POSADA, «La democracia y el servicio público en el régimen municipal», recopilado ahora en *Escritos municipalistas y de la Vida Local*, Madrid, 1979, págs. 197 y ss. Téngase en cuenta que el propio DUGUIT, al relacionar uno y otro proceso, planteaba dos cuestiones de candente actualidad. Esto es, en primer lugar, una relación entre política y técnica como una tensión para neutralizar el exceso de poder de los gobernantes, propugnando la *descentralización funcional*. La segunda cuestión está también en el corazón del debate actual sobre los límites del Estado social, ya que planteaba en aquel momento como problema próximo las objeciones de los ciudadanos-votantes ante el aumento de cargas impositivas derivado del incremento de servicios públicos. Vid. *Las transformaciones del Derecho público* (trad. en castellano y estudio preliminar de A. POSADA), Madrid, 1926.

(23) De un modelo social no dominado por la lógica del mercado. La bibliografía al respecto es ingente. Vid., por todos, R. DENOIX DE SAINT MARC. (dir.), *Le service public. Rapport au Premier Ministre*, París, 1996.

(23 bis) Una primera crítica a la noción de «titularidad» como criterio definidor del servicio público y la exposición de las bases conceptuales, que no legales, de la misma en E. MALARET I GARCIA, «El servicio público; especial consideración del servicio público del gas» (texto mecanografiado), Barcelona, diciembre de 1990. En este trabajo se proponía recurrir a la noción de responsabilidad para describir la posición de la Administración Pú-

a veces la traducción literal de conceptos y categorías propios de un Derecho a otro sin realizar el esfuerzo de concordancia con el sistema jurídico y, sobre todo, con el Derecho positivo del ordenamiento receptor. Asimismo, no puede en ningún momento olvidarse que cuando se indica que una actividad es *propia* de la Administración, lo que se quiere señalar es la característica, que es típica pero en ningún momento se infiere del uso de la expresión *propia*, que la misma sea propiedad y en consecuencia esté vetada a otros sujetos, o que éstos requieran la habilitación de la Administración pública para actuar en dicho ámbito. Esta última circunstancia sólo cabe en los supuestos excepcionales en que el legislador ha establecido un monopolio.

En este mismo orden de consideraciones metodológicas y terminológicas, es preciso recordar que en el orden jurídico francés se distingue muy cuidadosamente entre Escuela del servicio público, teoría del servicio público y noción de servicio público. La última, a pesar de la dificultades que presenta su identificación, tiene unos rasgos caracterizadores aceptados comúnmente por la doctrina, de lo que constituye un buen ejemplo la jurisprudencia del *Conseil d'Etat*. Ello nos permite señalar, por ejemplo, que cuando JÈZE utiliza la expresión *concepción subjetiva del servicio público* lo hace para poner de relieve que necesariamente es precisa una decisión de los gobernantes para establecer un servicio público. Ello se contrapone a la *concepción objetiva* de HAURIUO, esto es, que hay actividades que *por naturaleza* son propias de la Administración pública. Como es fácil de percibir, con la primera aproximación se reconoce la discrecionalidad del legislador o de la Administración pública en la creación de servicios públicos. La única condición para la legitimidad de la decisión en el último supuesto será la existencia de competencia administrativa suficiente y, evidentemente, el interés general.

blica en relación a los servicios públicos, siguiendo la propuesta inicial de DE LA CUÉTARA en *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983. La noción de responsabilidad tenía como única finalidad reagrupar el haz de potestades inherentes a la Administración Pública en el supuesto de gestión indirecta del servicio. En la actualidad considero de escasa relevancia descriptiva y prescriptiva la noción de responsabilidad puesto que no añade nada a la misma noción de servicio público. Considero que la idea clave está en, una vez descartada la asimilación entre monopolio y servicio público, como el propio derecho positivo indicaba (antiguo art. 64 de la Ley de Contratos del Estado de 1963), insistir en el dato que se trata de una «actividad que la Administración respectiva asume como propia de la misma» (art. 156.2 LCAP) y que en tanto que tal puede gestionar directamente o *encomendar* a terceros su efectiva prestación. Por ello, sólo será servicio público una actividad realizada por particulares cuando exista efectivamente la encomienda o encargo. A título de ejemplo, no toda la enseñanza privada es servicio público, sólo lo es la «concertada».

- A) *La destilación de la noción francesa de servicio público. Una aproximación necesariamente funcional: misiones que se orientan a la satisfacción directa de los ciudadanos y actividades en provecho de la colectividad y que tienen como finalidad asegurar la cohesión social y territorial*

Al contrario de lo que podría imaginarse a partir de una primera aproximación a un Derecho fundamentalmente construido en torno a la idea del servicio público, los juristas franceses se manifiestan en general de acuerdo en relación a la ausencia de un significado preciso en lo que se refiere a dicha expresión (24). La noción de servicio público, de este modo, es «difficile à saisir» (25), es compleja, polisémica, polivalente; multifuncional, en definitiva (26).

La noción de servicio público engloba diversas actividades, tratándose de una realidad fluida, y es que, posiblemente, tal y como ha destacado TRUCHET, «l'absence de définition précise d'un concept est souvent le signe d'une matière en evolution» (27).

Es importante recordar, puesto que puede ser clarificador, que existe acuerdo doctrinal sobre el hecho de que la expresión es utilizada cuando menos en dos sentidos (28). De entrada, un sentido orgánico: engloba las estructuras del aparato administrativo del Estado o de los entes locales. Paralelamente a este punto de vista, existe una aproximación material: el servicio público no se define ya a partir de una persona, sino en función de un criterio material. El análisis se lleva, pues, a cabo en relación a una *misión —esto es, una actividad— de interés general dependiente, de modo más o menos intenso, de una persona pública*. Este punto de vista prevalece en la concepción contemporánea. No obstante, lo que es especialmente necesario destacar es el hecho de que, a menudo, los dos puntos de vista no son coincidentes, dado que *ciertas misiones de servicio público son gestionadas por organismos privados* (29). La gestión pública o privada de-

(24) Ver una compilación de los calificativos utilizados en A. S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, París, 1991, pág. 10.

(25) A. S. MESCHERIAKOFF, *Droit....*, op. cit., pág. 9.

(26) J. CHEVALLIER, *Le service public*, op. cit., págs. 3-4.

(27) *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, París, 1977, pág. 264.

(28) Ver, por todos, R. CHAPUS, *Droit administratif*, I, París, 1994.

(29) Nótese que estas distinciones no son equivalentes de lo que nuestra doctrina denominaba *concepción subjetiva* (que únicamente consideraba el dato de la titularidad), que se contraponía a la *concepción objetiva* (en la que se toma en consideración sólo el régimen jurídico formal). Como he indicado antes, ambas me parecen imprecisas, no permiten describir la realidad del quehacer de nuestras Administraciones Públicas y, sobre todo, no parecen adecuadas al derecho positivo vigente, esto es, señaladamente la LCAP y la LBRL.

penden, en principio, de una decisión discrecional de la Administración. Decisión la cual, obviamente, se encuentra sometida a control jurisdiccional.

Desde mi punto de vista, la comprensión de la situación actual debe partir de la puesta en evidencia de estos últimos aspectos. El punto de vista de la *misión* o función da especialmente de sí, dado que muestra cómo, desde los orígenes, *la distinción regulador/operador* (30) no es solamente posible, sino que, según es bien conocido, se trata de una hipótesis no sólo teóricamente planteada, sino que en la práctica era ya conocida, si bien es cierto que la terminología utilizada era distinta (31).

De este modo, el servicio público resulta ser una actividad en relación a la cual la Administración pública juega un papel fundamental. Tal y como DUGUIT señaló en su momento, se ubica en el marco del servicio público «*toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants*». No obstante, dicho papel fundamental no es el de gestionar directamente la actividad de que se trate, proveer directamente la prestación correspondiente, sino el de establecer el marco y los instrumentos que permitirán garantizar, asegurar que el servicio es prestado a los ciudadanos de acuerdo con los parámetros establecidos por la Administración. Es la Administración quien tiene el poder de establecer el contenido, el precio, la extensión, la calidad, la frecuencia de la prestación suministrada a los ciudadanos (32). Es, pues, la Administración quien fija las condiciones, pero sobre todo quien tiene el poder necesario para garantizar el respeto de las mismas. Existe, por consiguiente, *un ligamen particular entre quien presta directamente el servicio y la Adminis-*

(30) Recordemos los poderes de los que dispone la Administración cuando ha confiado a un organismo privado la ejecución efectiva de un servicio público: poder de control, de dirección y de sanción. En virtud de tales prerrogativas, aquélla podrá obligar a adaptar la gestión a las variaciones que exige el interés general, pudiendo modificar unilateralmente las cláusulas del correspondiente contrato, etc.

(31) Como es bien sabido, a partir de mediados del siglo XIX, los ferrocarriles, el gas, la electricidad, la distribución de agua, el teléfono, etc., eran objeto de concesión a personas privadas que aseguraban su gestión cotidiana bajo el control de la Administración concedente.

(32) El contenido de los pliegos de cláusulas que acompañan necesariamente ciertas concesiones o ciertas autorizaciones responde necesariamente a esta función. Vid. E. MALARET I GARCIA, «Los servicios telefónicos en el marco de la nueva ordenación de las telecomunicaciones. El servicio público entre Estado y mercado en la Comunidad Europea» (texto mecanografiado), Barcelona, febrero de 1995.

Como es bien conocido, el derecho positivo español contempla distintas modalidades de gestión indirecta de servicios públicos (arts. 157 LCAP y 85.4 LBRL); este reconocimiento explícito se refiere a modalidades instrumentadas contractualmente. En mi opinión, es concebible que en determinados supuestos, en base a la legislación sectorial, la «encomienda» a un particular de la gestión de un servicio público se instrumente por la técnica autorizatoria acompañada de condiciones.

tración que le ha encomendado dicha tarea, y que, en consecuencia, le impone ciertas obligaciones (33).

El servicio público depende, pues, de una persona pública. En efecto, existe necesariamente una vinculación entre la Administración y tal actividad cuando la misma es gestionada por personas privadas. Son los poderes públicos quienes tienen el poder de organización, incluso en aquellos casos en los que se toma la decisión de no asumir, en adelante, directamente la gestión. La noción de poder de organización permite considerar una heterogeneidad de decisiones: creación del servicio, determinación de las reglas de base de su funcionamiento, supresión...

Si, como hemos visto, el servicio público es esencialmente una actividad caracterizada en función del fin perseguido, las bases para la limitación de la intervención estatal son fáciles de establecer. Posiblemente, no sea éste el punto de vista más extendido en el ámbito del Derecho público francés (34) (35), aunque no podemos olvidar que el Consejo de Estado se opuso en su momento a determinadas municipalizaciones en nombre de la libertad del comercio y de la industria (36); pero, dado que se presupone que la ecuación servicio público/gestión pública no es siempre cierta, la jurisprudencia citada no puede ser utilizada si no es en tanto que ilustración de la idea de limitación (37). Es precisamente el interés público, el fin perseguido, lo que ha permitido afirmar al servicio público frente a las libertades individuales. Esta misma finalidad constituye igualmente el límite de la acción pública, dado que por definición todos los poderes públicos se encuentran limitados y subordinados al interés general.

A fin de avanzar en esta operación de clarificación, es necesario

(33) Hay que destacar que dos condiciones son exigidas para estar en presencia de una empresa que pueda acogerse al artículo 90.2 TUE: la proximidad de su vinculación con la Administración pública y el interés de la actividad que le ha sido encomendada para la satisfacción de una necesidad importante de la colectividad.

(34) Más bien al contrario, es posible encontrar afirmaciones taxativas en el sentido de la inexistencia de límite objetivo alguno a la creación de un servicio público, pudiendo ser erigida en tanto que servicio público cualquier actividad social. Ver, por ejemplo, en este sentido, J. CHEVALLIER, *Le service public*, op. cit., pág. 98. Esta orientación explica las recientes críticas recibidas: ver, principalmente, D. TRUCHET, *Nouvelles récentes d'un illustre vielliard. Label de service public et statut de service public*, «AJDA», 1982, págs. 427 y ss., así como P. DELVOLVÉ, *Service public et libertés publiques*, «R. fr. D. A.», 1985, págs. 1 y ss.

(35) A. S. MESCHERIAKOFF destaca cómo *por el momento* ni el Consejo Constitucional ni el Consejo de Estado franceses han explicitado prohibiciones a la creación de determinados servicios públicos en base a la Constitución. Ver *op. cit.*, pág. 109. No obstante, las conclusiones del Informe del Consejo de Estado francés ya citado parecen orientarse hacia la dirección de establecer límites al poder de situar todo tipo de actividades *bajo el signo del servicio público*: ver *op. cit.*, pág. 126. Ello puede constituir un síntoma de un cierto cambio de perspectiva, dada la condición de juez administrativo del Consejo de Estado.

(36) Ver F. DREYFUS, *op. cit.*, págs. 73 y ss.

(37) El mismo punto de vista puede encontrarse en A. S. MESCHERIAKOFF, *op. cit.*, págs. 109-110.

añadir que el signo que caracteriza toda misión de servicio público es el hecho de tratarse de una actividad el contenido de la cual consiste en el suministro de prestaciones en favor de los usuarios, sean éstos particulares o empresas (38). Estas prestaciones pueden presentar formas muy distintas, sobre todo si se tiene en cuenta que no siempre tienen un carácter divisible (39). *Estas prestaciones tienen en cuenta al usuario no en tanto que individuo, sino en tanto que ciudadano, en tanto que miembro de una colectividad.*

Estas prestaciones adoptan formas muy diversas, dado que evolucionan en función de las demandas sociales y al ritmo de las transformaciones técnicas. El servicio público es, pues, una cierta forma de acción administrativa, un cierto tipo de actividad con un contenido concreto tendente al suministro de prestaciones. Esta finalidad precisa permite establecer la diferencia en relación a otros modos de reglamentación.

Dos cuestiones se plantean a continuación: *a)* ¿qué prestaciones y quién decide acerca de las mismas?, y *b)* ¿se encuentran las mismas sometidas a un régimen jurídico particular?, y, en caso afirmativo, ¿cuáles son sus rasgos característicos?

Los interrogantes planteados nos llevan a problemas que se encuentran en el centro del debate actual. Vamos ahora a detenernos en ellos.

Como DUGUIT escribió, se encuentra vinculada al servicio público «*toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé, et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante*» (1928) (40).

Si sustituimos la expresión *interdependencia social* por la más contemporánea de *cohesión social*, podremos perfectamente identifi-

(38) Esta identificación no es siempre admitida por la doctrina francesa (tal y como lo muestra la idea de servicios regalianos), aunque, a mi entender, tiene un carácter clave en el contexto del debate actual.

(39) Tal y como lo demuestran claramente la recogida de basuras domésticas, el alumbrado público o el suministro ininterrumpido de energía eléctrica por todo el territorio. Por el contrario, un sector de la doctrina española, siguiendo a ALESSI, considera el dato del carácter *uti singuli* de las prestaciones como un requisito imprescindible para caracterizar el servicio público; vid. una exposición reciente en E. CARBONELL, *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Madrid, 1993.

(40) Esta concepción ha sido calificada recientemente como objetiva en la medida en que los servicios públicos responden a una necesidad objetivamente considerada, por oposición a la idea de que el Estado puede apreciar libremente la existencia de exigencias de interés general, pudiendo dar lugar a la creación de un servicio público; ver P. ESPLUGAS, *Conseil Constitutionnel et service public*, 1994, pág. 36.

car las razones que actualmente justifican la atribución a ciertas actividades, de la condición jurídica de servicios públicos (41).

Como hasta nuestros días el Derecho administrativo francés, habiendo abandonado la idea de los servicios públicos *por naturaleza*, parece orientado a admitir una total libertad en manos de los gobernantes (42), el problema de la caracterización de las prestaciones no se plantea, si bien puede encontrarse una reflexión en esta dirección en el marco de la emergencia de la preocupación por la cohesión social y la lucha contra la fragmentación, del mismo modo que en el marco del debate en torno a la centralidad de la noción de red (43). Hay que destacar que la idea de red es contemplada en un sentido amplio, tal y como la referencia constante a la ordenación del territorio muestra claramente, de modo que la solidaridad presenta igualmente una perspectiva espacial.

La idea dominante es la del *interés general*; es el denominador común, el elemento constante (44). El interés general viene principalmente conformado por *las necesidades colectivas* de la población. Necesidades de la población que integran necesariamente el interés in-

(41) La adopción de esta expresión no es una mera licencia, dado que, como es sobradamente conocido, el pensamiento de L. DUGUIT se inscribe en la tradición solidarista.

(42) Téngase en cuenta la significación política de la cuestión ahora analizada, puesto que ello permite comprender cómo desde los inicios, incluso en la misma obra de DUGUIT, se entiende que la asunción de servicios públicos, esto es, la creación de las estructuras pertinentes, es una decisión controlable en último término mediante el sufragio universal, ya sea en las elecciones generales, ya sea en las locales. Evidentemente, la adopción de la decisión supone ya la juridificación de la temática y permite entonces la plenitud del control jurisdiccional. Este componente discrecional de la decisión (decisión que puede corresponder al legislador estatal o al Pleno del municipio si el servicio no es obligatorio) explica, en mi opinión, parte del *embarazo* de la doctrina en la asunción de la noción de servicio público. La fuerza de esta concepción *subjetiva*, utilizando la terminología de JÉZE, se evidencia en dos aspectos estrechamente ligados a la cuestión principal suscitada. *La jurisprudencia francesa admite la condición de servicio público incluso no existiendo decisión explícita y formal*. Esta línea de interpretación se desarrolla en el ámbito de *los servicios públicos gestionados por organismos privados*, dado que si se trata de una persona pública operará la presunción de servicio público; este punto de vista es el fruto de la aplicación de la denominada teoría de los *indicios*, según la cual el juez, en caso de silencio por parte de la norma, identifica en la actividad de un organismo privado la misión de servicio público a partir del momento en que concurren tres condiciones: al ente le ha sido encargada una misión de interés general, dispone de prerrogativas de poder público y se encuentra sometido en la gestión de su misión al control de la Administración. La encomienda de la función, el encargo, puede introducirse mediante un acto unilateral —autorización condicionada— o mediante uno de los diversos tipos de contratos de gestión de los servicios públicos.

(43) Los servicios con estructura de red son aquellos que cubren todo el territorio nacional y que, en consecuencia, aparecen como factores de vertebración territorial, lo que constituye una faceta distinta de cohesión social. La importancia de la idea de red reside en que con la misma se evidencia que la actividad considerada responde a criterios no mercantiles o de mercado; ver distintas intervenciones en el número de la «Revue des Affaires Européennes», julio de 1994, titulado *Les services publics en Europe. Entre monopole et concurrence*.

(44) J. F. LACHAUME, *Grands services publics*, París, 1989, pág. 27.

dividual de cada usuario (45), pero que van más lejos del mismo. Estas necesidades públicas (46), estas necesidades sociales, esta utilidad pública (47), la importancia de la actividad para la colectividad explican, en suma, la relación especial con la Administración pública que ha creado el organismo que realiza la misión o que ha investido a los particulares para la realización de la misma.

En este orden de consideraciones, la respuesta a la pregunta de quién decide es obvia: los gobernantes. Es decir, autoridades políticas que disponen de legitimidad democrática. La determinación de la implicación del interés general corresponde o bien al Parlamento (48) o bien a las Administraciones Públicas (49).

La creación y la organización de los servicios públicos corresponde, pues, a aquellas instancias políticas que tienen el poder de determinar y concretar el interés general (49 bis). Incluso en el caso de que no sea la Administración quien gestiona el servicio, ésta mantendrá todos aquellos poderes que le permitirán garantizar la adecuación al interés general de la misión confiada —poderes de dirección, control y sanción—.

B) *Un régimen jurídico particular: un régimen que debe satisfacer los principios de igualdad, de continuidad y de adaptabilidad*

Tal y como se ha dicho ya, las actividades que constituyen misiones de servicio público tienen unas características específicas. La particularidad de la actividad, de su objeto, su vinculación al interés

(45) Ver. J. F. LACHAUME, *Grands...*, op. cit., pág. 38.

(46) La definición propuesta por HAURIUO introducía explícitamente esta idea, si bien es necesario señalar que, para este autor, el *servicio prestado al público* debía ser satisfecho por una organización pública. Ver *Précis de droit administratif et de droit public*, 1933.

(47) Esta noción tiende actualmente en Europa a difundirse, quizá porque aparece desprovista de connotaciones demasiado ligadas al Derecho administrativo francés. No obstante, se puede recordar que la misma aparecía ya en las conclusiones del Comisario del Gobierno en la sentencia *Société des Etablissements Vézia*, de 20 de diciembre de 1935.

Hay que destacar, por otra parte, que la noción de *public utilities*, propia de la tradición inglesa o norteamericana, no es equivalente a la noción francesa de servicio público, dado que la misma se encuentra estrechamente vinculada a la idea de monopolio.

(48) Los grandes servicios del Estado son creados por ley.

(49) La creación de servicios locales corresponde al pleno municipal o a otras autoridades análogas.

(49 bis) Como el derecho positivo local español evidencia, el presupuesto necesario para la creación de un servicio público es la competencia sobre la materia en cuestión. Vid. ahora el artículo 85.1 LBRL y un texto anterior de discutida vigencia pero clave para una correcta importancia del tema de los servicios públicos, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 1955 (arts. 30 y ss.). Sobre la relación entre competencia y determinación del interés general, presupuestos necesarios para la creación de un servicio público, vid. E. MALARET, «Bases para un régimen general de los servicios públicos locales» (texto mecanografiado), Barcelona, febrero 1997.

general exige reglas jurídicas especiales, un régimen jurídico adecuado. La cuestión que se plantea es la de precisar cuáles son los elementos característicos de este régimen y, sobre todo, cuál es el alcance de su particularidad. Desde mi punto de vista, tanto las transformaciones del Derecho privado como las del Derecho público convergen en un punto de encuentro que se sitúa, precisamente, en el ámbito de la gestión de los servicios públicos.

Los servicios públicos se encuentran sometidos, en grados variables, a un régimen jurídico exorbitante, pero entendido como un régimen que impone unas reglas distintas del Derecho propio de las actividades de los particulares. La ecuación servicio público/Derecho administrativo no siempre es cierta; se trata solamente de una hipótesis. Ello es así igualmente cuando el servicio público es directamente gestionado por parte de una persona pública, si bien la naturaleza del servicio —comercial o industrial— otorga un lugar más o menos importante al Derecho privado. Es precisamente en estos sectores donde las fronteras se encuentran en pleno movimiento. Cuando el servicio ha sido confiado a una persona privada, ésta debe disponer de una autonomía real en la gestión cotidiana del servicio público, lo que comporta un amplio recurso al Derecho privado y a la competencia del juez de tal ámbito.

La extensión del ámbito del Derecho administrativo depende del modo de gestión del servicio, de la opción escogida. En relación al problema del modo de gestión y el papel del Derecho administrativo, podemos destacar cómo, en el ámbito de los servicios de naturaleza económica, puede detectarse una tendencia al cambio de estatuto, de tal modo que estamos asistiendo a la transformación de entes públicos en sociedades mercantiles. Este nuevo estatuto presenta ventajas desde el punto de vista de la flexibilidad en la gestión, en especial en lo que respecta a recursos humanos y financieros. Paralelamente, en el ámbito de los servicios sociales o asistenciales se produce un cierta desvinculación de la Administración (50).

Una vez realizada esta consideración de conjunto, hay que llevar a cabo una serie de precisiones sobre el alcance real de lo que se considera habitualmente como régimen exorbitante.

Tal y como ha recordado recientemente el Consejo de Estado francés, el servicio público *no debe asociarse de modo necesario con*

(50) Hay que destacar que la noción de servicios sociales en tanto que categoría jurídica con entidad propia no es admitida en el ámbito del Derecho administrativo francés. Contrariamente, tal concepto se encuentra presente, si bien que de modo camuflado, bajo las nociones de servicios administrativos y/o servicios constitucionales.

un monopolio de hecho o de derecho (51). No obstante, incluso en aquellos casos en los que no detentan una garantía de exclusiva, los servicios públicos no se encuentran por ello en una situación verdaderamente competencial. Las situaciones susceptibles de ser contempladas son muy heterogéneas, dependiendo de la naturaleza de la prestación suministrada.

En todo caso, puede señalarse que el monopolio se encuentra en general presente solamente en los servicios en los que las inversiones necesarias para las infraestructuras son significativas y, al mismo tiempo, se pretende que la *financiación* de los mismos no repercuta exclusivamente en el presupuesto público; o en aquellos en los que la financiación de las prestaciones suministradas en determinadas condiciones puede ser asegurada mediante un sistema de tarifas presidido por mecanismos de perecuación. La necesidad de asegurar el equilibrio financiero es una de las consideraciones fundamentales a la hora de justificar un monopolio.

La anterior consideración permite señalar ya que el ámbito tradicional de los monopolios ha sido el de los servicios públicos industriales. Es decir, los servicios públicos económicos, por oposición a los servicios públicos sociales (enseñanza, sanidad, seguridad social, cultura...), los cuales, por su parte, van a ser tradicionalmente gestionados de modo paralelo a los particulares.

La existencia de un monopolio y su propia extensión (52) responden a consideraciones de orden económico, si bien éstas son subsidiarias de los objetivos vinculados al interés general. La justificación de base del monopolio es una razón de naturaleza no económica. Es la misión que justifica el régimen derogatorio de las reglas del mercado (53) y es la necesidad de financiar el desempeño del cometido

(51) *Service public, services...*, op. cit., pág. 53. Como el propio DUGUIT ya había señalado, al precisar que algunas de las actividades que tienen la consideración de servicio público cuando las gestiona la Administración, son por el contrario actividades que pueden ser libremente ejercidas por los particulares; dos ejemplos reseñados son ilustrativos: enseñanza y sanidad. Estos dos sectores son precisamente el ámbito de diseño en la doctrina actual española, puesto que para la tesis que equipara servicio público y monopolio, la prestación por la Administración de estos servicios se encontraría sin título habilitante, quizás en el limbo.

(52) El problema de las actividades conexas y complementarias se planteó ya desde los primeros momentos. El Consejo de Estado francés las ha admitido a condición de que constituyan el complemento necesario de la misión autorizada. Ver M. LONG *et altri*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1993 (10.^a ed.), págs. 264 y ss.

(53) Considero que estas distinciones son importantes, y que es necesario precisar la justificación principal, ya que *la razón de naturaleza económica será sólo legítima si se encuentra directamente vinculada al objetivo de interés general*. Creo que este análisis puede ser trasladado al ámbito del Derecho comunitario. Por consiguiente, considero que ciertas interpretaciones acerca del alcance de la sentencia *Corbeau* son poco precisas. Ver, por ejemplo, A. WACHSMAN/F. BERROD, *Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau*, «R. trim. D. E.», 1994, I, pág. 42.

asignado la que conducirá al monopolio, especialmente cuando se requieran grandes inversiones iniciales (54).

Como puede fácilmente observarse, todo este conjunto de consideraciones responde a cuestiones de *oportunidad*. Es decir, que se trata de una elección guiada por razones metalegales que serán, pues, solamente objeto de un control jurisdiccional limitado. Un control jurisdiccional que es también, actualmente, el del juez comunitario. Evidentemente, en aquellos sectores en los que existe una reglamentación de principios a nivel comunitario, la discrecionalidad se encuentra limitada o incluso, en ciertos ámbitos, ha desaparecido (55).

La visión dicotómica monopolio/libre competencia debe ser matizada teniendo en cuenta numerosas situaciones y distintas combinaciones.

Del mismo modo que, como se ha visto, no existe una coincidencia entre servicio público y empresa pública, no existe igualmente una correlación necesaria entre servicio público y función pública (56). Las hipótesis que pueden plantearse son muy variadas.

Tal y como ha sido destacado, un servicio público suministra una prestación, siendo llamado usuario quien la recibe, término este último que permite abordar con mucha más precisión que la noción de ciudadano el estatuto y los derechos de dicho sujeto. El usuario es aquel para el que el servicio ha sido creado y funciona. Se trata ahora de ver cómo el Derecho administrativo francés responde a esta idea de base. El análisis minucioso del estatuto del usuario no nos interesa ahora, puesto que se pretende solamente mostrar la importancia de los *principios fundamentales* del servicio público en la medida en que caracterizan la actividad considerada. Tienen un alcance jurídico y operan en tanto que *fundamento de los derechos de los usuarios* y, en consecuencia, determinan *obligaciones particulares* a cargo de los agentes prestadores (57).

(54) En relación a la legitimidad no ya del principio en sí, sino también de la extensión del mismo, son muy útiles las consideraciones del Abogado general en la Sentencia *Corbeau*, TJCE, de 19 de mayo de 1993. Nótese que el origen de las municipalizaciones y de la mayoría de monopolios públicos estatales reside en dos circunstancias o hechos: *a)* la insuficiencia de inversión privada y la consiguiente ineficiencia del servicio prestado por personas privadas, sobre todo en aras de acometer una red que cubra todo el territorio y, consecuentemente, el mercado nacional; es la tesis de los fallos del mercado; *b)* la existencia de monopolios de hecho en manos privadas; la teoría económica del monopolio natural explicaba por qué, aun sin base o fundamento legal, determinados sectores estaban o tendían al monopolio en todos los países.

(55) Como, por ejemplo, en el ámbito de las empresas de red de utilidad pública (transportes ferroviario y aéreo, correos, telecomunicaciones y, muy pronto, el gas y la electricidad).

(56) Ver *Service public, services...*, op. cit., pág. 53.

(57) Nótese que precisamente la necesidad de construir una *obligación de hacer* está en el origen de la teoría del servicio público, superando la visión del Estado abstencionista propia del liberalismo del siglo XIX; vid., una vez más, DUGUIT y POSADA, *ob. cit.*

Estos principios se encuentran tan estrechamente vinculados a la idea misma de servicio público que uno de los autores de la *escuela del servicio público* —L. ROLLAND— los denominó *leyes naturales* del servicio público (58). El calificativo es significativo, puesto que evidencia que la lógica de funcionamiento de estas actividades es específica, derivando directamente del interés general.

Las reglas comunes al conjunto de los servicios públicos generalmente aceptadas por la doctrina están constituidas por la trinidad *continuidad, igualdad y adaptación constante* —o mutabilidad y adaptación al progreso técnico— (59). Es decir, las misiones de interés general deben ser garantizadas sin interrupción, en el conjunto del territorio de que se trate, al conjunto de los ciudadanos y a tarifas uniformes y en condiciones de cantidad y calidad reglamentadas por la Administración pública. No obstante, si bien es cierto que tales reglas se imponen en el marco de todos los servicios públicos, también lo es que la intensidad de su aplicación no es necesariamente uniforme. Lo que es, a mi entender, fundamental es el hecho de que se trata de *fuentes de obligaciones jurídicas y que corresponde al juez administrativo* fiscalizar su respeto (60).

Sin embargo, la objeción que actualmente tiene mayor fuerza es la de su ambigüedad, *su déficit de concreción* (61). Este problema se acentúa con el hecho de que son susceptibles de ser fuente, a la vez, de derechos y obligaciones tanto en relación a los usuarios como al organismo encargado de la gestión del servicio público de que se trate (62). Las obligaciones que gravan a la Administración y al gestor del servicio público son la contrapartida directa de los derechos de los que los usuarios se pueden prevalecer. Nos limitamos a recordar, en este sentido, que la posición de los usuarios es más fuerte cuando el servicio ha sido ya creado. Cuando el servicio existe, la Adminis-

(58) De este modo, todavía en la actualidad se utiliza la expresión *leyes de ROLLAND* para referirse a los mismos. Ver, por todos, J. F. LACHAUME, *op. cit.*, pág. 224.

(59) El principio de mutabilidad exige la adaptación constante de los servicios públicos a los cambios de circunstancias y de condiciones sociales y técnicas. La Administración pública está obligada a modificar la organización o las características de la prestación suministrada para adaptarla al progreso.

(60) Quien podrá sancionar los incumplimientos tanto en el plano de la legalidad como en el de la responsabilidad.

(61) Ver, por ejemplo, A. S. MESCHERIAKOFF, *op. cit.*, pág. 136.

(62) De este modo, si se toma el ejemplo de la supresión de determinados servicios ferroviarios por motivos presupuestarios, ello puede favorecer al conjunto de los usuarios —el interés general—, e incluso al conjunto de los ciudadanos en tanto que contribuyentes, mientras que determinados usuarios se verán perjudicados.

No obstante, aunque este ejemplo sea útil, son precisamente circunstancias relativas a factores sociales tales como la ordenación del territorio —es decir, el interés general— las que permiten la imposición de obligaciones (llamadas *de servicio público ex art. 77 TUE*) necesarias para el mantenimiento de conexiones comunicando determinadas zonas que el transportista no prestaría si sólo tuviera en cuenta sus intereses comerciales.

tración y/o el gestor del servicio deben tomar aquellas medidas que permitan asegurar un acceso igual y normal del usuario, del mismo modo que un funcionamiento normal.

C) *Consideración final*

A título de conclusión rápida podemos señalar que la noción de servicio público permitió rediseñar el sentido y la imagen del Estado, modificar el sentido de la relación Estado/sociedad en un contexto de liberalismo económico, en un momento en el que se asistía ya al movimiento del *socialismo municipal* (63).

Después de la segunda guerra mundial se asiste a la nacionalización de los grandes servicios económicos y a la aparición de los grandes monopolios relativos a los servicios industriales. Esta línea de actuación fue en cierto modo, si bien que no exclusivamente, justificada a través del *argumento* del servicio público —superpuesto a la teoría económica del monopolio natural—, de tal modo que la sola alusión al interés general fue suficiente para atraer al dominio estatal importantes actividades, algunas de las cuales dependían hasta el momento de las autoridades locales.

Lo que destaca de lo anterior, así como de la construcción jurídica articulada en torno a ello, la noción de servicio público, es la preeminencia o preponderancia de una lógica que privilegia el interés general y el aparato administrativo a su servicio en detrimento de los intereses de los usuarios, incluso en el caso de que sus necesidades se encuentren en la base de la creación y el desarrollo de los servicios públicos.

La construcción del servicio público parte de la óptica de la Administración, de lo que la misma puede o debe hacer para cumplir, en principio, con el interés general. No obstante, aquélla tiene en cuenta, a mi entender, de modo poco satisfactorio las necesidades precisas y concretas de los usuarios, sobre todo cuando éstas se encuentran conectadas a exigencias de calidad y diversidad.

Posiblemente, desde este punto de vista, la debilidad de la construcción del servicio público es sólo el reflejo de un fenómeno presente en otros sistemas jurídicos, esto es, la incapacidad de construir instrumentos y técnicas de cara a garantizar las prestaciones en favor de los ciudadanos. El Derecho público ha sido construido para limitar la acción de los poderes públicos en la esfera de los ciudada-

(63) Ver, por todos, F. DREYFUS, *op. cit.*, pág. 18, y POSADA, en distintos trabajos recogidos ahora en *Escritos municipalistas...*, *op. cit.*

nos, respondiendo con dificultades a los requerimientos prestacionales, sobre todo cuando no se trata tanto de la producción de actos administrativos cuanto de una actividad material que requiere recursos humanos y financieros considerables (64).

III. REALIDADES Y CONCEPTOS PARECIDOS EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS: SERVICIOS PÚBLICOS, ACTIVIDADES DE UTILIDAD PÚBLICA, FUNCIONES PÚBLICAS

A) *La actividad de prestación o de servicio público en el Derecho administrativo español* (65)

Se ha intentado presentar una noción de servicio público esencial o sustancial, es decir, desprovista de lo que se podría calificar como de accidental o accesorio. Desde mi punto de vista, esta misma noción se encuentra presente en el Derecho administrativo español e italiano. Lo que varía es el énfasis que se pone en determinados aspectos. De este modo, estos ordenamientos jurídicos presentan bastantes elementos en común en sus respectivas concepción y *recepción* de la teoría del servicio público (66).

No obstante, al lado de una cierta preeminencia del *servicio público en sentido estricto*, podemos encontrar la noción funcional —que se basa en la naturaleza de la actividad—, aunque limitada al ámbito de las prestaciones directas a los ciudadanos. En este supuesto la realidad normativa opera al margen de cualquier conceptualización doctrinal, dándose la peculiar situación de que nadie discuta su

(64) De ahí viene la paradoja que denuncia CHEVALLIER en relación al servicio público, concebido para eliminar las desigualdades sociales, que más que reducirlas, a veces las amplía. Ver *Science Administrative*, París, 1986, pág. 530.

(65) Ver E. MALARET, *Les services publics dans le droit administratif espagnol*, «AJDA», 1997 (número especial). La bibliografía sobre esta temática es bastante amplia; ver un estado de la cuestión en J. M. GIMENO FELIÚ, *Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea*, «RAAP», 1994, 5.

(66) En el Derecho administrativo español, la noción de servicio público se expande por medio de la difusión de una determinada doctrina italiana, ZANOBINI y ALESSI fundamentalmente, durante los años cincuenta y sesenta, esto es, en un determinado contexto político y social. La doctrina opera según el siguiente esquema. En primer lugar, distingue la noción de función pública de la noción de servicio público; seguidamente, se afirma que para que pueda hablarse de servicio público *en sentido estricto* es necesario que la Administración no sólo asuma en tanto que actividad propia el servicio en cuestión, sino que es necesario que aquélla realice esta operación en tanto que *titular* —expresión que, a mi entender, tiene un alcance jurídico confuso, dado que se puede ser titular de situaciones jurídicas muy variadas—. En realidad, en el marco de esta noción se contemplan solamente como servicio público las actividades gestionadas en régimen de monopolio, a menudo por parte de particulares y en virtud de previa concesión.

Para la contraposición de ZANOBINI con otros de sus contemporáneos, ver D. SORACE, *Il giovane CAMMEO e i servizi pubblici*, «Quaderni Fiorentini», 1992, 22, págs. 511 y ss.

legitimidad en el otorgamiento de prestaciones esenciales. Al mismo tiempo, cabe señalar que las organizaciones que llevan a cabo misiones que satisfacen necesidades más amplias que las de los usuarios no se incluyen tradicionalmente en el ámbito de los servicios públicos en *sentido estricto*, salvo en aquellos casos en los que la actividad es gestionada monopolísticamente (67) (68).

Pero incluso cuando la noción de servicio público se contempla desde una perspectiva más amplia que la del monopolio, la delimitación de la misma se presenta de modo distinto. De este modo, dado que se parte de la idea y de una cierta práctica de que la Administración no suministra siempre la prestación por sí misma, la concepción orgánica francesa no ha sido acogida. En esta dirección puede recordarse cómo en la etapa de la Dictadura de Primo de Rivera la declaración de servicio público relativa a servicios como el gas, la electricidad, el agua, el teléfono, no supuso necesariamente una gestión por la propia Administración. Lo mismo ocurrió con el monopolio de tabacos, a diferencia de los países de nuestro entorno (68 bis).

En este último supuesto, cuando no hay gestión directa, resulta necesario establecer la diferencia entre la actividad de reglamentación y la de regulación en relación a un servicio público, apareciéndonos esta última en tanto que actividad que presenta circunstancias particulares (69). En este marco, en mi opinión, la intensidad del control o la existencia de una simple autorización no podrían ser consideradas suficientes. A mi entender, es necesario que la Administración haya encomendado al particular una cierta tarea, y que, correlativamente, ésta se sitúe en una posición que le permita garantizar

(67) En estos casos, el servicio público recupera la función originaria de legitimar ciertas intervenciones del Estado que se presentan como injerencias en el ámbito tradicional de los particulares.

(68) Hay que destacar que la naturaleza del sujeto que gestiona el monopolio presenta históricamente ciertas diferencias en la realidad de los dos países referidos. En Italia, la situación más generalizada en los distintos sectores económicos es la de una fuerte presencia o monopolio en manos de empresas públicas. Por el contrario, en España, la concesión a empresas privadas ha sido una opción ciertamente significativa.

(68 bis) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO / J. SALAS, *El monopolio de Tabacos*, Madrid, 1965. Sobre el sector eléctrico, vid. J. SALAS, *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, 1977, y sobre los teléfonos, vid., por todos, E. MALARET, «Servicios públicos y Unión Europea: los servicios públicos telefónicos en el marco de la liberación de las telecomunicaciones, la reducción del ámbito del monopolio paso previo de su desaparición», en E. MALARET (dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid, 1997.

(69) De este modo, en la medida en que servicio público no es equivalente a gestión pública, se trata ésta solamente de una de las posibles opciones; no siendo la situación normal en ciertos sectores económicos, la noción se diluye. En efecto, el problema se plantea en el momento de caracterizar la situación de los privados que actúan en ámbitos que no han sido objeto de una calificación expresa por parte del legislador, y que se encuentran sometidos a un régimen jurídico que presenta grandes coincidencias con el de las actividades expresa o tácitamente erigidas por parte del legislador en tanto que servicios públicos.

que la misión será llevada a cabo de acuerdo a las condiciones preestablecidas; por ello puede y tiene sentido utilizar o recurrir a la noción de responsabilidad para caracterizar la posición de la Administración pública, si bien, como se ha indicado antes, la operatividad de esta noción es muy limitada. La Administración se sitúa en una postura decisiva en relación a la actividad desarrollada (70), adquiriendo una responsabilidad en lo que concierne a la tarea operacional o a la actividad llevada a cabo por el operador. Esta delegación o encomienda puede realizarse mediante un acto unilateral o un contrato (71). La existencia de esta vinculación entre la actividad y el papel de la Administración pública permite calificar dicha noción como *subjetiva* (72), aunque sea necesario unir otro calificativo (73) que, a mi entender, no puede ser otro que el de *funcional*. Ello nos permite poner en evidencia, de un lado, que la actividad no se considera de modo abstracto sino en tanto que cumple una función social, y, por otra parte, que el régimen jurídico debe ser igualmente analizado desde la perspectiva de la función para la cual ha sido configurado, esto es, la garantía del cumplimiento de la misión (73 bis). Es por ello y en este sentido que se puede afirmar que la Administración tiene la responsabilidad de garantizar el suministro de la prestación.

Esta noción subjetiva y funcional se encuentra presente en el Derecho positivo español, puesto que identifica una cierta actividad de la Administración, la que tiene como contenido el suministro de prestaciones. La misión de servicio público tiene, pues, una finalidad característica, lo que permitiría, en principio, diferenciarla en relación con otros modelos de acción de los poderes públicos, especialmente la policía.

Con la noción de servicio público se describe una actividad de la Ad-

(70) Ver, en la doctrina italiana, en la misma dirección, D. SORACE, «Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azione», en AA.VV., *Atti del Convegno le società miste per i servizi locali*, Messina, 22 y 23 de noviembre de 1996.

(71) Ver E. MALARET, «La recepción de la noción de servicio público por la dogmática española», en AA.VV., *El servicio público entre Estado y mercado: los servicios telefónicos en el marco de la nueva ordenación de las telecomunicaciones*, Barcelona, 1995. La instrumentación de la delegación de servicio público mediante acto unilateral se contempla en la Ley catalana 2/1997, sobre servicios funerarios, y en el proyecto de ley general de telecomunicaciones.

(72) Por contraste con una concepción doctrinal que se denomina *objetiva* y que considera suficiente la existencia de un régimen de control y dirección de la actividad —gestionada por los particulares— especialmente intenso.

(73) Para establecer la diferencia en relación a la noción tradicional, que es calificada de noción subjetiva, puesto que *la Administración es la titular de la actividad*, ostentando un monopolio de derecho.

(73 bis) Vid. E. MALARET, «El servicio público; especial consideración del servicio del gas», *op. cit.*

ministración que tiene como objeto el suministro de prestaciones (74). Se trata, pues, fundamentalmente de una actividad material y técnica, que, precisamente en cuanto tal, puede ser asegurada en parte por los privados. Dado que la creación de un servicio público supone una cierta modulación de la libertad de empresa, al menos desde el punto de vista del ejercicio de esta libertad (75), la última cuestión que se plantea es la de establecer, en ausencia de calificación normativa, cuándo una actividad llevada a cabo por la Administración tiene la condición de servicio público o, por contra, se trata de una actividad económica *simple*. Las consecuencias de esta determinación son significativas desde el punto de vista de las exigencias de la competencia (76). El respeto a las reglas de la competencia deriva de la libertad de empresa constitucionalmente consagrada (art. 38) (77).

La heterogeneidad de los problemas suscitados y la complejidad de los mismos explican la existencia de divergencias doctrinales al respecto (78).

No obstante, lo que ahora nos interesa es ver si la noción aludida tiene una función de legitimación de la acción administrativa, de una acción de los poderes públicos que tiene por misión la satisfacción de prestaciones; y, sobre todo, si el servicio público es fuente de derechos en favor de los ciudadanos. Desde esta perspectiva resulta necesario precisar que en el ordenamiento jurídico español la noción de servicio público no ocupa un lugar central (78 bis); ello, a mi entender, explica que el régimen jurídico de la actividad prestacional se halle todavía lleno de incertidumbres, si bien es cierto que los principios de igualdad y continuidad han empezado ya a hacerse un lugar. Es en este contexto en el que el análisis de la noción de Estado social se impone.

(74) Ver R. PARADA, *Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1996 (7.ª ed.), pág. 474, así como F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1992 (10.ª ed.), pág. 321.

(75) Conviene recordar que sólo cuando existe un estatuto monopolístico, una asunción en exclusiva de la actividad, existe un cuestionamiento o supresión de la libertad de empresa.

(76) El artículo 86 del TUE atribuye a esta cuestión una dimensión europea.

(77) E. MALARET, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, 1991, p. 105.

(78) Ver E. MALARET, *Les services publics dans le droit administratif espagnol*, op. cit.

(78 bis) Ver E. MALARET, *Les services publics dans le droit administratif espagnol*, op. cit.

B) *El fundamento constitucional de la acción positiva de los poderes públicos: la noción de Estado social y la dimensión objetiva de los derechos constitucionales*

La legitimación de la acción de los poderes públicos deriva directamente de la Constitución. La noción de Estado social se encuentra directamente inscrita en la Constitución de 1978. Es uno de los elementos que caracterizan precisamente el Estado, dado que el artículo 1.1 de la Constitución lo define en tanto que social, democrático y de derecho. La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consideran que esta regla tiene un gran valor, puesto que tiene el rango de principio constitucional, directamente aplicable en el marco de la interpretación de la totalidad del ordenamiento jurídico (79). Ello tendrá sus consecuencias en el ámbito de la determinación del contenido y la significación de los derechos individuales. De este modo, se ponen las bases de una interpretación menos *individualista*, comprensiva de la idea de igualdad social.

No obstante, su importancia reside sobre todo en el hecho de que la misma implica un *mandato de acción positiva* (80). Este deber de actuar, que debe ser concretado por el legislador, se ve fuertemente reforzado por los *principios rectores de la política social y económica*, consagrados en el Título Primero CE, relativo a los derechos y deberes fundamentales. Es necesario destacar que, en este marco, ciertas disposiciones proclaman derechos, entre los cuales se puede encontrar el derecho a la protección de la salud, el derecho a una vivienda digna y adecuada, o el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.

Como es bien conocido, el alcance de estos derechos se encuentra limitado por el hecho de que no pueden beneficiarse de la protección jurisdiccional reforzada que supone el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y por el hecho de que no se puede deducir directamente su contenido de la Constitución, al excluir ésta, de modo expreso, su protección jurisdiccional directa. No obstante, lo anterior no significa que se encuentren desprovistos de contenido normativo. El texto constitucional establece directamente que tienen un valor hermenéutico preciso, debiendo el conjunto de la actividad del legislador, así como la práctica jurisdiccional, ser conformes a los mismos. Esta regla debe ser interpretada en el marco de un contexto

(79) Vid., por todos, A. GARRORENA, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984.

(80) Ver A. NAVARRO, *El marco constitucional de los derechos sociales en el ordenamiento español*, «Diritto pubblico», 1997, 2, págs. 483 y ss.

jurídico como el español, que conoce la institución del control de la constitucionalidad de las leyes (directo e indirecto).

Sobre la base de la noción de Estado social se considera, pues, que *el Estado tiene una responsabilidad en la conformación del orden social y económico*. Ello determina el reconocimiento de la insuficiencia de la autorregulación en relación al mercado y, consiguientemente, la aceptación de que en ciertos campos la libre competencia tiene un juego limitado.

La noción de Estado social permitirá, de este modo, justificar la reglamentación de las actividades económicas. No obstante, es necesario destacar que se trata de una justificación de orden general que parte de la idea de que no existe una línea de demarcación neta entre Estado y sociedad. Esta línea de argumentación será completada en función de los casos acudiendo a otras normas constitucionales más concretas, ya se trate de los límites de los derechos considerados directamente en el propio texto constitucional o bien de los *principios rectores de la política social y económica* (81), o incluso la función objetiva de los derechos fundamentales. De este modo, la jurisprudencia constitucional alude a menudo a la importancia de los valores constitucionales que en tanto que fundamento de la acción pública suponen la obligación de otorgar protección en relación a determinados bienes jurídicos (82).

La noción de Estado social supone la existencia de un principio constitucional que se impone en cuanto tal a todos los poderes públicos, y principalmente al legislador. Este alcance se refleja a continuación en dos normas fundamentales. En efecto, de acuerdo con la Constitución, la función social del derecho de propiedad establece el contenido del mismo, siendo esta misión encomendada al legislador. Por otra parte, los poderes públicos protegen y garantizan la libertad de empresa, de acuerdo con las exigencias de la economía general. El papel de la ley es el de establecer la *concordancia práctica* entre los diferentes derechos en presencia. En esta tarea necesaria de articula-

(81) Es necesario destacar que, junto a los derechos (incluso aquellos que tienen un contenido débil) ya citados, este capítulo incluye disposiciones que prevén que, para hacer efectivo el derecho a la vivienda, los poderes públicos regularán la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, o que los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo la salud, la seguridad y los intereses económicos legítimos de los mismos.

(82) Idea más *flexible* que la de derecho subjetivo, pero que sirve de *cobertura* de la actividad del legislador. En efecto, en un ámbito significativo como el de la televisión, el Tribunal Constitucional ha considerado como no contrario a la libertad de expresión el monopolio —inicialmente público y posteriormente abierto a una competencia limitada a tres televisiones privadas—, puesto que permitía garantizar el derecho a recibir una información veraz. Vid., por todos, J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid, 1994. ♦

ción, el principio de proporcionalidad suministra el parámetro para construir los límites que encauzan la función del legislador (83).

La constitucionalización de normas que establecen fines para la acción pública, mandatos de acción positiva, del mismo modo que normas que *habilitan* directamente la intervención pública (84), *relativiza* en el ordenamiento jurídico español el alcance de la noción de servicio público. No es, pues, necesario acudir al servicio público para encontrar un instrumento de legitimación de la acción de los poderes públicos. Sin embargo, si la noción de servicio público no cumple esta función, es igualmente cierto que la Constitución configura derechos de prestación —sobre todo de naturaleza social— que legitiman la demanda de creación de servicios públicos. A mi entender, lo que es importante destacar al respecto es que en estos ámbitos, especialmente educación, sanidad, seguridad social y servicios sociales en relación a la tercera edad, la creación de servicios públicos es directamente impuesta por la Constitución. La existencia de determinados servicios públicos deriva, pues, directamente de la Constitución, encontrándose limitada la competencia del legislador.

Una vez señalado lo anterior, nada impide que la gestión sea llevada a cabo por particulares, que la Administración encomiende el suministro de la prestación a una organización privada. A mi entender, salvo en materia de enseñanza y de seguridad social (85), no existen límites en lo relativo a las posibilidades de delegación. Por contra, en los ámbitos acabados de señalar la Constitución exige una red pública que puede coexistir o funcionar en paralelo con la actividad privada, que no puede ser impedida (86).

Los *principios rectores de la política social y económica* consagran derechos sociales el contenido y alcance de los cuales deben ser de-

(83) No podemos evitar recordar la importancia creciente del control de constitucionalidad. La introducción de este control cambia la perspectiva en la cual se sitúa el legislador y obliga a construir de modo distinto la cuestión siempre abierta del papel del Estado en la actividad económica y social.

(84) E. MALARET, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, op. cit., y E. ALBERTÍ I ROVIRA, *Autonomía política y unidad económica*, Madrid, 1995.

(85) El derecho a la educación es un derecho fundamental, el cual tiene, pues, un contenido esencial constitucionalmente establecido que, en cuanto tal, puede ser objeto de la protección del Tribunal Constitucional. La Constitución determina, igualmente, que la enseñanza básica tiene carácter obligatorio y gratuito, pudiendo el legislador, en consecuencia, fijar el alcance de la misma.

(86) Desde mi punto de vista, tal es la consecuencia que deriva de dos disposiciones constitucionales: por un lado, la referencia expresa a la libertad de creación de centros de enseñanza —explícitamente prevista, si bien se encontraba ya implícita en el marco de la libertad de enseñanza— y, por otra parte, la obligación de garantizar el derecho de todos los ciudadanos a la educación, no sólo a través de la programación, sino también mediante la creación de *centros de enseñanza* (art. 27, párrafos 1, 5 y 6, CE). Únicamente la enseñanza pública garantiza una prestación neutral, sin «ideario o carácter propio del centro», que es, por el contrario, inherente a la libertad de enseñanza.

terminados por el legislador. Lo que es importante destacar es que a través de estas normas establecedoras de criterios materiales el legislador ostenta un poder que, si bien es todavía discrecional, ha visto reducido el ámbito de libre decisión (87).

Paralelamente, la garantía de las libertades fundamentales puede, en ciertos ámbitos, exigir al legislador la configuración de derechos sociales y económicos destinados a asegurar la efectividad de estas libertades; como ocurre señaladamente en relación al derecho a la educación y el derecho a recibir una información veraz (87 bis). En efecto, el Estado social de derecho supone una dimensión constitucional y objetiva de los derechos fundamentales. Estos constituyen los elementos principales de un orden objetivo de valores que el Estado debe asegurar. El papel del Estado en tanto que legislador se ve así transformado. No debe construir los mecanismos de defensa de situaciones individuales, ya que éstos se encuentran ya previstos en la Constitución, sino más bien asegurar las condiciones para que el ejercicio de los derechos sea efectivo.

La base más sólida de los derechos de los ciudadanos se encuentra en la Constitución, la cual contempla un amplio abanico de derechos de prestación, si bien que en ocasiones de modo indirecto o implícito. La tarea del legislador es precisamente la de establecer los procedimientos y las garantías concretos y necesarios para hacerlos efectivos.

Finalmente, hay que hacer notar una constante en el ámbito que nos ocupa, esto es, la presencia de nuevo de conceptos siempre difíciles de aprehender.

C) *Una aproximación sumaria a los derechos a la obtención de las prestaciones públicas en el Derecho alemán: una reflexión paralela al estado de la cuestión en nuestro Derecho*

El Derecho público alemán ha experimentado la constitucionalización de normas que establecen fines de la acción pública, del mismo modo que normas *habilitantes* de la intervención pública, mandatos de acción positiva (88).

(87) Vid., por todos, L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 87.

(87 bis) Vid., por todos, C. CHINCHILLA, «El servicio público: ¿amenaza o garantía de los derechos fundamentales?», en *Libro Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Madrid, 1991.

(88) Ver E. W. BOCKENFORDE, *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Baden-Baden, 1993, y un análisis de esta temática en relación a la Constitución española en E. ALBERTÍ, *op. cit.*

La teoría de los derechos fundamentales en el Estado social (89) significa que los mismos aparecen en tanto que fundamento de pretensiones frente al Estado que tienen por objeto el suministro de prestaciones (90). Esta teoría pretende responder a la dicotomía tradicional libertad jurídica/libertad real.

Dada la estructura compleja de las normas constitucionales que consagran este tipo de derechos, se ha propuesto la distinción entre la interpretación social de los derechos de libertad (de igualdad), que incide generalmente en derechos reconocidos en la Ley Fundamental, y la de los derechos sociales a prestaciones explícitamente reconocidas en ciertas Constituciones de los Estados (91).

El problema que se plantea radica en el hecho de que para la realización de tales prestaciones (por ejemplo, previsión social, educación, vivienda...) es necesario utilizar considerables medios financieros. Dada la imposibilidad de solventar tales problemas a través de la aplicación judicial del derecho, se estima que el papel de dichos derechos fundamentales es el de determinar misiones constitucionales. Vinculan al legislador y al poder ejecutivo en tanto que principios.

Finalmente, y dentro del orden de consideraciones objeto de este trabajo, creo interesante llamar la atención sobre la noción de función pública o social que puede ser encontrada en el ordenamiento jurídico alemán, aplicada a la caracterización del papel que juega la televisión (91 bis). Dos observaciones: *a)* se trata de una noción material —el elemento significativo es la contribución a la formación de la voluntad colectiva—; *b)* en consecuencia, no se exige monopolio público, tratándose solamente de una posibilidad. No obstante, dadas las características de la misión, deben ser respetadas determinadas limitaciones desde el punto de vista de la organización. Como puede observarse, se trata de una misión de interés general, de modo que debe ser aplicado un régimen especial. El recurso a la noción de *función pública* legitima un régimen jurídico peculiar (92).

Esta misión de interés general que cumple la televisión pública impone un determinado régimen jurídico. De este modo, debe en-

(89) La noción de Estado social se encuentra directamente acogida en diferentes artículos de la L. F.

(90) Ver E. W. BÖCKENFORDE, *Escritos sobre Derechos fundamentales*, op. cit., pág. 64.

(91) R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. esp.), Madrid, 1993, págs. 420 y 483.

(91 bis) Debe advertirse que, a pesar de utilizar la misma expresión, «función pública», que en nuestro derecho se abre camino de la mano de una cierta doctrina italiana, su contenido es distinto puesto que no conlleva la idea de autoridad propia a la noción española.

(92) Vid., por todos, W. HOFFMANN-REIM/W. SHULZ, «La televisión pública en Alemania», en J. J. GONZÁLEZ-ENCINAR (dir.), *La televisión pública en la Unión Europea*, Madrid, 1996, págs. 56 y ss.

contrarse organizada y gestionada desde un punto de vista técnico de forma tal que pueda suministrar una prestación general al conjunto de los ciudadanos, ya que tiene la obligación de servir a toda la población (93), le corresponde un servicio esencial. Esta prestación no debe tener un carácter mínimo y, sobre todo, no se encuentra limitada a los intersticios que pudiera dejar la televisión privada. Ello permite una financiación vía publicidad —es decir, un sistema en el que el mercado no se encuentra excluido—. No se puede configurar en términos de necesario respeto a las reglas de la libre competencia; en la medida en que la televisión no es una actividad económica, sino que se funda en otros principios, responde a otro orden de valores.

IV. UN NUEVO CONTEXTO, LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

A) *Las transformaciones del Derecho originario: de la Comunidad Económica Europea a la Unión Europea*

La perspectiva de la integración europea en su estado de evolución actual obliga a interrogarse sobre la función de los servicios públicos en el desarrollo de una Unión Europea que se ha puesto como uno de sus objetivos estratégico-institucionales el «promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria».

Como es bien conocido, el proceso de integración europea se ha producido a través de un proceso gradual de integración económica desarrollado partiendo de la idea rectora que la formación de un mercado común constituía el fundamento necesario de una integración política (94) (95).

En la estrategia gradualista con la que fue concebida la Comuni-

(93) Ver, en el mismo sentido, la decisión de la Comisión Europea 92/403, de 11 de junio de 1993, *UER/Système de l'Eurovision*, y más recientemente, el Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, anexo al proyecto de modificación del Tratado de la Unión Europea adoptado en Amsterdam.

(94) De una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» (art. A TUE).

(95) Una integración política «que supere el estado-nación pero que no suponga la creación de un Estado-nación a escala europea, sea federal o confederal, sino algo nuevo», según los expresivos términos de J. MERTENS DE WILMARS, antiguo presidente del TJCE, en el prólogo al sugestivo libro de A. J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, París, 1991, pág. 17.

dad Europea el mercado, un mercado «común» (96) y luego «interior» (97), tiene un papel fundamental y central en la regulación de la construcción europea. Esta opción parece permitir la «despolitización» del proceso frente a un modelo de regulación estatal clásico en el que las divergencias nacionales e ideológicas se hubieran presentado con toda su nitidez. En esta dinámica, las reglas a adoptar, las normas a formular serán meras exigencias «técnicas» para garantizar las libertades y la competencia (98). Por ello, sus actores privilegiados en el panorama institucional comunitario serán la Comisión (99) y el Tribunal de Justicia (100), instancias que se presentan como desvinculadas de los órganos políticos nacionales (101).

Pero el paso de un mercado «común» a un mercado «interior» ha significado también una renovación y un reforzamiento del objetivo principal de la Comunidad Europea. Este mercado no se concibe sólo como un área de libre cambio, incapaz como tal de dar respuesta a los fines enunciados en el propio TCE. «Mediante el establecimiento del mercado común y de una unión europea y monetaria y mediante la realización de las políticas y acciones comunes» deberá promoverse «un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, ... la elevación del nivel y de la calidad de vida, la *cohesión económica y social y la soli-*

(96) Vid. artículos 2 y 8 TCEE en su redacción inicial.

(97) Vid. artículo 8A, adicionado por el artículo 13 del Acta Unica Europea y cuyo alcance se explicita en la correspondiente Declaración anexa. Actualmente es el artículo 7A, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el TUE.

(98) Por ello, no debe sorprender que en el marco del renovado impulso a la integración que ha supuesto la adopción del Tratado de la Unión Europea, y más especialmente el objetivo de unión monetaria en él consagrado, se proceda a una minuciosa y pormenorizada determinación de las reglas relativas a la política presupuestaria y monetaria de los gobiernos de los Estados miembros (arts. 104 a 109 especialmente), que sorprende especialmente si se compara con lo poco que se ha avanzado en los aspectos orgánicos de la Comunidad y, sobre todo, en relación al problema que plantea la situación conocida como «déficit democrático». En mi opinión, el contenido del Protocolo segundo «sobre los estatutos del sistema europeo de bancos centrales y el banco central europeo» y, sobre todo, el papel que en este sistema se asigna a lo que se conviene en calificar como «independencia» de estos organismos responden perfectamente a esta estrategia de «neutralización» de ámbitos que tradicionalmente correspondían a la esfera de la política.

(99) Parece ilustrativo del cambio o viraje que se está produciendo en la concepción de las instituciones el que el Presidente de la Comisión, Senter, afirmara en el discurso presentado ante el Parlamento, en el proceso que convendríamos en denominar de investidura, que la próxima Comisión tendría un carácter «político» («El País», 18 de enero de 1995).

(100) Vid., en este sentido y en relación al rol del TJCE, H. RASMUNSEN, *Le pouvoir de décision politique du juge européen et ses limites*, «R. Fr. A. P.», 1992, 63, págs. 413 y ss.

(101) Vid. en el apartado 1 del artículo 157 la exigencia de «independencia» en relación al estatuto personal de los miembros de la Comisión, y en el apartado 2 de este mismo precepto otra vez la misma idea en relación a su actividad con el añadido del mandato relativo a la prohibición de solicitar o recibir instrucciones de los gobiernos nacionales. Evidentemente y por razones inherentes a la función encomendada, esta misma exigencia de independencia se traslada a los miembros del Tribunal de Justicia (arts. 166 y 167).

daridad entre los Estados miembros» (art. 2). La introducción del objetivo de integración y cohesión económica y social implica la toma en consideración de una nueva dimensión que obliga a adoptar políticas y medidas que contribuyan a la creación de un espacio europeo cohesionado e igualitario (102). El artículo B del TUE retoma explícitamente esta dimensión.

Si, como es bien sabido, a partir de la aprobación del Acta Unica Europea, la noción de Constitución europea empieza a ser utilizada por el TJCE (103), parece, pues, que puede entonces afirmarse que toda la arquitectura de la Constitución económica europea debe, pues, establecerse sobre estas nuevas bases.

En precisamente en este contexto de transformación de la naturaleza de la Comunidad Europea en el que cobra especial significación la introducción de la noción de *ciudadanía* europea (art. 8 TUE). Esta noción, pieza basilar de los regímenes democráticos, es precisamente fundamental para la toma de conciencia propia y la adquisición de legitimidad de la Unión (104).

La noción de ciudadano no puede concebirse actualmente única y exclusivamente en el contexto cerrado de los Estados-nación. La introducción de la noción de ciudadano en el TUE evidencia el nuevo *status*, la nueva relación entre la UE y la población. Si la «ciudadanía es ante todo un estado de conciencia y de intelección de la cual sólo una parte es traducible en términos de derecho positivo» (105), no parece entonces difícil establecer precisamente en términos de ciudadanía la relación de pertenencia de los nacionales de los Estados miembros con este nuevo sujeto, la Unión Europea, que no necesariamente debe tener la condición de un Estado, pero sí que constituya una comunidad cultural y política.

La lógica de este proceso de unión ha conducido a una ampliación de los cometidos y poderes asignados a las instancias comunitarias.

En esta nueva perspectiva y puesto que la determinación de la misión de servicio público es esencialmente una determinación política, las preocupaciones e ideas que estuvieron en el origen de la no-

(102) Vid. E. ALBERTÍ I ROVIRA, *Autonomía política y unidad económica*, op. cit., pág. 44.

(103) Vid. M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *La noción de Constitución Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «REDC», 1994, págs. 241 y ss.

(104) Como es bien conocido, anteriormente el TCEE contemplaba a los individuos no como ciudadanos, sino en tanto que factores de producción; de ahí las cuatro libertades económicas. Vid., por todos, D. LÓPEZ GARRIDO, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, 1996.

(105) J. H. H. WEILER, *Les droits des citoyens européens*, «R. Marché Unique Européen», 1996, 3.

ción de servicio público reaparecen en el contexto renovado de un derecho comunitario que tiende cada vez más a presentarse como un derecho común (106).

En efecto, en esta misma dirección se ha afirmado rotundamente por la Comisión que la noción de ciudadanía europea debe desarrollarse basándose en un modelo europeo de sociedad que comprende el respeto de los derechos fundamentales reconocidos por todos y un compromiso de solidaridad entre sus miembros; modelo de sociedad edificado sobre un conjunto de valores comunes entre los que figura el acceso de los ciudadanos a servicios universales o servicios de interés general que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato (107).

Acorde con esta función de los servicios de interés general, la Comisión había propuesto introducir en el Tratado una referencia expresa a los mismos en clave positiva, de modo que constituyesen un ámbito de acción de la Comunidad (108).

La opción tomada en el proyecto de Tratado de Amsterdam refuerza y enfatiza la relevancia de los servicios de interés general en el proyecto europeo. Así, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 90 TCE, «a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros velarán porque dichos servicios actúen con arreglo a los principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido». La significación de este precepto es mayor si se considera que se inserta en el título del Tratado relativo a los principios, justo antes de la configuración de la ciudadanía europea.

B) *El derecho derivado: desmonopolización y reglamentación atendiendo a las exigencias del interés general y de servicios accesibles a todos los ciudadanos*

Así, si en un primer momento la actitud de la Comisión y del TJCE parecía única y exclusivamente orientada a hacer prevalecer las

(106) Sobre las relaciones entre los derechos nacionales y el derecho comunitario, vid. las distintas aportaciones del número monográfico de la revista «Droits», 1991, 14; el trabajo ya clásico de J. RIVERO, «Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif», en CAPPELLETTI (coord.), *New perspectives for a common law in Europe*, Florencia, 1979, págs. 389 y ss., y en el panorama español, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, 1989.

(107) Dictamen «Reforzar la Unión política y preparar la ampliación» (28-2-1996).

(108) «Los servicios de interés general en Europa», Comunicación de la Comisión (11-2-1996).

reglas de la competencia (109), decisiones más recientes muestran una posición más atemperada.

En este orden de consideraciones, no puede olvidarse que algunas recientes sentencias del TJCE (110) y el proceso de «comunitarización» de las políticas relativas a los grandes servicios industriales —transportes, gas, electricidad y, señaladamente, telecomunicaciones— han contribuido de manera decidida a colocar la temática de los servicios públicos en el centro del debate (111). Prueba de ello es la difusión que han tenido dos recientes sentencias del TJCE, *Corbeau* (112) y *Commune d'Almelo* (113).

Precisamente es en el ámbito de los preceptos del TCE relativos a uno de estos sectores donde puede encontrarse una referencia directa a la noción de servicio público. La referencia a las *obligaciones inherentes a la noción de servicio público* está expresamente contemplada en el marco de la política de transportes (art. 77 TCE).

No es posible retomar ahora, aunque sea de manera muy sintética, la exposición del estado actual del derecho comunitario en este ámbito (114), pero sí que pueden efectuarse algunas precisiones.

En primer lugar, cabe recordar el carácter eminentemente casuístico de las decisiones del TJCE (115); en base a esta jurisprudencia no puede ser objeto de regulación la organización de los distintos

(109) Vid., por todos, N. BELLOUBET-FRIER, *Service public et droit communautaire*, «AJDA», 20 abril 1994, págs. 270 y ss.

(110) Sentencias de 30 de abril de 1974, *Sacchi* (aunque lejana en el tiempo, ha despertado recientemente un renovado interés al aparecer como la sentencia originaria de una determinada línea jurisprudencial); 4 de mayo de 1988, *Bobson*; 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*; 18 de junio de 1991, *ERT*; 23 de abril de 1991, *Höfner*; 10 de diciembre de 1991, *Porto di Genova*; 13 de diciembre de 1991, *RTT/GB-INNO-BM*; 19 de mayo de 1993, *Corbeau*; 27 de abril de 1994, *Commune d'Almelo*; 17 de febrero de 1993, *Poucet*, y, más recientemente, 17 de junio de 1997, *Sodemare*. Las dos últimas son especialmente interesantes puesto que se parte del dato de la ausencia de fin lucrativo y la correlativa finalidad de solidaridad para concluir que no se trata de empresas y que, por consiguiente, no entran en el ámbito de aplicación del artículo 90 TCE.

(111) Vid. especialmente los distintos trabajos publicados en el número monográfico de la «Revue des Affaires Européennes», 1994, 2, en la que merece destacarse la contribución de C. MARTINAND, *Le service public en France et en Europe. Un double effort de reconstruction indispensable*, págs. 80 y ss.

(112) Vid. especialmente las conclusiones del abogado general Tesouro.

(113) Vid., entre otros, F. HAMON, *Note arrêt TJCE 19 mai 1993 «Corbeau»*, «AJDA», 1993, págs. 865 y ss.; A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)*, «REDA», 1994, 84.

(114) Vid., por todos, J. Y. CHEROT, *L'article 90, paragraphe 2, du Traité de Rome et les entreprises de réseau*, «AJDA», 1996, y R. KOVAR, *op. cit.* En fase de corrección de pruebas se ha publicado la monografía en cuatro volúmenes de S. MUÑOZ MACHADO en la que se da cuenta de esta evolución; vid. *Servicio público y Mercado*, Madrid, 1997.

(115) Un análisis de las sentencias y el examen de los hechos que las originaron muestra cómo la aproximación del TJCE ha sido muy prudente. Como ha señalado CHEROT, «el derecho comunitario no ha hecho más que cuestionar situaciones poco justificables»; vid. *op. cit.*

servicios públicos de naturaleza económica. Por ello la fuente más sólida del derecho aplicable a los mismos se encuentra en el derecho derivado. Este ha sido adoptado con la finalidad de proceder a una armonización de las reglas necesarias, puesto que se parte de la consideración que la apertura a la competencia debe realizarse de acuerdo con unas determinadas condiciones que garanticen la satisfacción del interés general y permitan satisfacer las necesidades de los usuarios (116).

En este sentido, puede recordarse cómo el artículo 90.2 reconoce *la prevalencia del interés general sobre las reglas de la competencia*, pero posibilitando un control comunitario —de la Comisión y del Tribunal— sobre las reglamentaciones y decisiones nacionales. Lo que sucede es que esta prevalencia del interés general de los servicios públicos se configura como excepción, como derogación, y por ello parece que difícilmente puede entonces concebirse como equilibrio entre servicio público y competencia. Esto es, el derecho aplicable no es única y exclusivamente el derecho nacional. Sin que ello signifique en ningún momento que sólo el derecho comunitario pueda establecer servicios públicos de naturaleza económica, o, siguiendo la terminología del derecho comunitario, servicios de interés económico general, que precisamente en tanto que reúnen dicha cualidad tienen naturaleza comercial o mercantil; éstos reúnen la condición de empresa y son, en consecuencia, susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia. El principio de subsidiariedad impide una solución en este sentido. Pero no puede olvidarse que así como muchos servicios públicos nacieron con vocación local y posteriormente las necesidades de cobertura de todo el mercado nacional propiciaron su transformación en servicios nacionales, así también ahora los servicios con estructura de red tienen una propensión natural a comunitarizarse.

Junto a misiones de interés general como la protección del medio ambiente, la ordenación equilibrada del territorio, la seguridad en el aprovisionamiento de recursos energéticos o la obligación de satisfacer determinadas actividades sobre partes del territorio que no serían comercialmente rentables (las denominadas obligaciones de servicio público del derecho comunitario de los transportes), existen también supuestos en que la tarea de interés general se vincula al carácter universal de la actividad. Esto es, un servicio que debe ser prestado a todos los que lo soliciten en el conjunto del territorio a un precio asequible y de acuerdo con una calidad determinada (117).

(116) Vid. Comunicación de la Comisión, *Los servicios de interés general en Europa*, Bruselas, 11-9-1996.

(117) Vid. especialmente Decisión del Consejo de 7 de febrero de 1994 sobre los prin-

Es por todo ello que creo que puede afirmarse que la noción de servicio universal refuerza y concreta la noción de servicio público (118). Cuestión distinta es la que es objeto de controversia en la actualidad en la doctrina francesa, esto es, si la noción comunitaria de servicio universal debe ser entendida única y exclusivamente como servicio de base o servicio mínimo, lo que conduciría a una nivelación u homologación a la baja (119). En efecto, se trata de una actividad esencial sometida a un régimen jurídico particular que puede caracterizarse de acuerdo con los principios de universalidad, igualdad, continuidad y calidad. Como puede apreciarse, la calidad se incorpora al tríptico clásico. Es precisamente éste el reto actual puesto que la pluralidad de situaciones culturales y sociales presentes en nuestras sociedades introduce, precisamente vinculada a la exigencia de calidad, una demanda de diversidad en las prestaciones que, en mi opinión, constituye el desafío más severo al Estado social que conocemos; heterogeneidad en las prestaciones e introducción de condiciones económicas distintas obligarán a replantear el alcance del principio de igualdad constitucional y a profundizar sobre el significado de la equidad (arts. 9.3 y 14 CE). Por ello es de prestación obligatoria para el proveedor que no puede denegar el acceso a la misma (120). Lo que supone correlativamente el reconocimiento de un derecho subjetivo al acceso y disfrute de acuerdo con los estándares reglamentariamente determinados. Derechos y obligaciones que tienen una configuración legal y un juez

cipios del servicio universal en materia de telecomunicaciones («DOCE» de 16 de febrero de 1994). Con carácter general, Comunicación de la Comisión, *Los servicios...*

(118) En esta misma dirección es preciso recordar que el TJCE opera con la noción comunitaria de servicios de interés económico general (art. 90 TUE), que presenta un claro paralelismo con la noción de servicio público —económico— que se postula en este trabajo. Pero para que la empresa en cuestión pueda ser objeto de una derogación de las reglas de la competencia se requiere que el juego de la competencia sea un obstáculo para el funcionamiento y desarrollo de la misión y es la empresa de servicio público quien tiene la carga de la prueba. En mi opinión, es fundamental para la correcta impostación del debate presente en los sistemas jurídicos de nuestro entorno retener que la clave del problema reside en el dato normativo que suministra el precepto en cuestión: es una norma que contempla una excepción, una derogación a una regla general y, en consecuencia, siempre debe ser interpretada de manera restrictiva.

(119) Vid., por todos, M. DEBÈNE y O. RAYMUNDIE, *Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification?*, «AJDA», 1996, págs. 188 y ss.

(120) Una vez más vemos cómo lo que caracteriza una actividad como servicio público, evidentemente sólo a partir del momento en que efectivamente así se ha configurado, es la obligación de hacer, de realizar una determinada conducta. Consecuentemente, si un poder público ha asumido la responsabilidad de crear un servicio público, no cabe que posteriormente se desentienda de su gestión; aunque haya confiado la producción del mismo a un particular, tiene la obligación de verificar la adecuación del funcionamiento del servicio al interés general que fundamentó su creación, puesto que es la Administración pública la que aparece frente al usuario como garante de la efectividad de la provisión, con independencia del sujeto productor, que es una cuestión instrumental.

garante de su efectividad y de la resolución de las controversias que se originen en torno a su existencia misma o a su extensión. Si bien cabe señalar una tendencia reciente en los sistemas jurídicos de nuestro entorno consistente en la creación de órganos *ad hoc*, dotados de mayores medios y con procedimientos más ágiles que los propios del juez.

A MODO DE CONCLUSIONES

Como hemos visto, las nociones de servicio público, Estado social, Administración prestacional, nacen para caracterizar el papel de una Administración activa en la misión de asegurar el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona. Esta intervención se lleva a cabo en un determinado ámbito territorial —el delimitado por las fronteras—, y, en este territorio, una cierta homogeneidad de trato, una igualdad, se imponen desde el momento en que se puede detectar una tendencia hacia la homogeneización de las condiciones de vida, incluso en aquellos casos en los que el poder político se encuentra territorialmente distribuido.

La construcción de la Unión Europea, la apertura de nuestras economías y la globalización de los intercambios suponen nuevos retos. Sobre todo cuando el espacio territorial de intervención no es ya evidente y cuando las exigencias de los ciudadanos, de los miembros de la colectividad, no se encuentran ya exclusivamente focalizadas en cuestiones de cantidad, sino también en la esfera de la calidad —la cual se nos aparece a menudo difícil de medir—.

El desarrollo de la técnica de las *cartas de servicios* constituye la expresión de la preocupación creciente por la determinación precisa de las prestaciones (estándares de calidad y de tiempo), así como para la efectividad de los derechos de los usuarios. Se trata de documentos de un alcance jurídico bastante heterogéneo que contemplan en todo caso, normalmente, métodos específicos de solución de conflictos entre usuarios y prestadores del servicio, los cuales evidencian la insuficiencia de los sistemas tradicionales.

En este nuevo contexto, todos los servicios públicos se sitúan en un entorno de competencia, si bien el lugar ocupado por la competencia varía en función de la naturaleza de la actividad. No obstante, no podemos olvidar que incluso en el ámbito de servicios que no tienen naturaleza económica (cultura, educación, sanidad...), técnicas y *mecanismos típicamente de mercado* (uso de precios, dispersión de los centros de decisión, subcontratación limitada, introducción de

competencia parcial...) han sido puestos en práctica por motivos de eficiencia, capacidad y equidad.

Es precisamente en esta *atmósfera* en la que es necesario situar el proceso de definición del alcance preciso de actividades incluíbles en la esfera de los servicios públicos. De ahí la importancia de las características de las prestaciones —esenciales frente a complementarias— y de sus destinatarios —necesidades especiales frente a necesidades generales—. De este modo, en ciertos ámbitos sólo algunas obligaciones específicas y no toda la actividad llevada a cabo por un sujeto tendrán la condición de servicio público.

Es precisamente en este contexto en el que *la función de regulación o de organización* (o de provisión, en terminología de origen económico), propia de los poderes públicos, dado que implica el ejercicio de prerrogativas de poder público, tiende a ser disociada respecto de *la función de suministro de las prestaciones* (o producción, si recurrimos a la misma terminología), la cual puede ser gestionada ya sea por parte de organizaciones públicas dotadas de autonomía de gestión, ya sea por empresas u organizaciones sin ánimo de lucro.

Los servicios públicos se sitúan en una zona gris, entre el Estado y el mercado. La aproximación a partir de los límites del mercado no es novedosa, aunque, a pesar de ello, difícilmente puede ser abandonada. En el origen de todo servicio público se encuentra una necesidad esencial o colectiva, en relación a la cual la comunidad reconoce la incapacidad de la iniciativa privada para satisfacerla de modo razonable.

Este modo de abordar el tema no puede dejar de tener en cuenta un elemento fundamental: la particularidad de las prestaciones suministradas. Será, por consiguiente, necesario encontrar el elemento que caracteriza las prestaciones, que les otorga este *plus* que las hace dignas de una atención particular por parte de los poderes públicos. Los juristas son a menudo torpes en este ámbito dado que, tal y como se ha visto anteriormente en relación al tema de la función legitimadora del servicio público, las fronteras entre la esfera del derecho y la de la ideología o de la concepción de las relaciones entre el Estado y la sociedad son rápidamente rebasadas. Esta impericia quizá pueda explicarse por el hecho de que durante un largo período de tiempo —al menos a partir de la segunda guerra mundial— se ha trabajado en base a ideas durante largo tiempo compartidas, que no obligaban a plantearse este tipo de problemas.

En todo caso, se trata de prestaciones que pueden dar satisfacción a necesidades tanto individuales como colectivas, no satisfechas

aceptablemente por medio del mercado y, sobre todo, colmadas en base a determinados parámetros —vinculados a la idea de calidad de vida necesaria para el desarrollo de la personalidad—. Se trata de necesidades sentidas no sólo en tanto que *esenciales* desde un punto de vista individual, sino también en tanto que elementos de vertebración social, de las necesidades de la colectividad. La noción de persona, aunque sobre todo la de *ciudadano*, permite precisamente superar la noción de individuo —en el sentido atomizante del término— para mostrar la inserción del sujeto en el tejido social. La libertad del individuo dependerá de la existencia y la continuidad de la *sociedad bien ordenada*, por utilizar una noción próxima al pensamiento de J. RAWLS.

Todo ello nos lleva, pues, al reencuentro de las ideas de cohesión social, de consenso social (121), de solidaridad, lo que supone la preocupación por la fragmentación.

Como el mercado no satisface de modo conveniente las prestaciones, los poderes públicos aseguran, a través de diversos procedimientos, la realización de las actividades contempladas.

La evolución del interés general en el tiempo hace nacer, vivir y morir los servicios públicos, incluso si a veces los servicios perseveran en su existencia y muestran una tendencia a sobrevivir a las necesidades que los han engendrado.

(121) Ver J. DELORS, «Avant-propos», en *Le service public européen*, «Revue des Affaires Européennes», 1994, 2, págs. 3-4.

