

SOBRE EL GATOPARDISMO DEL SERVICIO PÚBLICO: O LA INEVITABLE PRESENCIA DEL “ESTADO MÁS QUE MÍNIMO”.

Alex Valladares Pérez*.

1.- Generalidades.

Sabido es que en determinados momentos históricos se han producido ciertos cambios que han afectado la forma y la comprensión de las relaciones entre el Estado y la sociedad, haciendo que ese vínculo sea más negativo o defensivo o más bien más activo y fecundo. Y esos cambios complejos, que poseen elementos ideológicos y políticos, impactan sobre el contenido y el alcance de las instituciones jurídicas y de la manera en que éstas se plasman en el mundo práctico.

La escuela del Servicio Público constituyó también –y constituye hoy como veremos– una de aquellas instancias que importaron un vuelco de paradigma¹ y que sirvieron –y se construyeron precisamente– para dar cobertura legal a la nueva exploración que emprendía el Estado en tierras sociales e individuales ignotas. El servicio público fue un instrumento diseñado y orientado para dotar de mayores competencias a la Administración con el fin de desarrollar actividades en las que tradicionalmente no había participado (*publicación*). Ese cambio de paradigma, obedece a los problemas sociales de fines de siglo XIX y principios del siglo XX, provenientes del industrialismo, los que ponían de manifiesto la ineficacia de la mano invisible smithiana para lograr un mejoramiento general, y a la poderosa influencia del positivismo científico de Comte, que obligaba a asumir la problemática social y jurídica desde una perspectiva realista y solidaria y no desde una óptica metafísica e individualista como lo hacía el pensamiento liberal ilustrado codificado. “La nueva perspectiva –dice el profesor Pantoja Bauzá refiriéndose al origen del servicio público– estructurada sobre una sensibilidad

* Ayudante de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Agradezco los comentarios, que a una versión preliminar, realizó el Prof. Luis Cordero V, de manera que los errores que pudiesen existir son de exclusiva responsabilidad nuestra.

¹ Cfr. Kuhn, Thomas, *Estructura de las Revoluciones Científicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

diferente a la del iluminismo racionalista e integrada al cuadro referencial de la interacción entre los conceptos de solidaridad y obligación, de derechos-función y de servicio público, había cambiado la órbita civilizadora y abandonado la perspectiva que reconstruía el mundo jurídico desde la individualidad, basada en la voluntad y en la soberanía nacional, en el derecho subjetivo y en la potestad jurídica”². En otras palabras, el abandono del individualismo de la Declaración de Derechos del Hombre así como de la metafísica subyacente en la codificación napoleónica, ambas manifestaciones de un iluminismo agotado –útil al fin inmediato de terminar con el absolutismo pero ineficaz para enfrentar los problemas sociales concretos que el nuevo realismo positivista exigía solucionar- dio paso a una comprensión del fenómeno jurídico-social que tenía en su centro la solidaridad y la actividad estatal prestacional, herramienta nuclear para la corrección de las patologías sociales derivadas del paroxismo liberal clásico.

Continúa el profesor Pantoja Bauzá –parafraseando a León Duguit- diciendo que los problemas y desafíos de principios del siglo XX eran completamente distintos a los de la centuria anterior. “En el interior de cada Estado se ha producido una transformación económica de vastas proporciones; por todas partes y en casi todos los órdenes de la actividad, una economía nacional ha venido a reemplazar a la economía doméstica, resultando de ahí que los hombres de un mismo grupo social han llegado a ser más dependientes unos de otros, y esto para las necesidades más elementales, para las necesidades de cada momento. (...) el siglo XX es un mundo de la solidaridad social (...) de la interdependencia social”³. En este nuevo escenario, el individualismo base del pensamiento liberal pierde terreno; ya no es posible la satisfacción de las necesidades con el trabajo propio de cada cual, la interdependencia social exige actuaciones positivas de cobertura mínima de esas necesidades. La división del trabajo será el eje evolutivo social que hará girar la brújula de los tiempos.

Entonces, “así como en el derecho privado –dice Duguit- deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el derecho público no se funda

² Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1994, p.98.

³ *Id.*, p. 94. Había observado Valentín Letelier -dice el profesor Pantoja- que lo único que se necesita para que el poderoso abuse del débil es “*libertad*”; en otras palabras, la garantía de que el Estado no intervendrá para modificar las condiciones del abuso.

en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos.”

Para el decano de Burdeos el derecho público en su integridad se transforma en el conjunto de reglas –ya no que reglan las relaciones jurídicas del imperativismo de Bentham y Austin; relación entre soberano y súbditos- sino que determinan la organización y funcionamiento regular e ininterrumpido de los *servicios públicos*, las actividades que tienden a satisfacer las necesidades generales de la población, en cuanto esas necesidades son requerimientos de orden elemental que la ciudadanía no puede satisfacer por sí misma.

Estas exigencias derivadas de los profundos cambios sociales de finales de siglo y los albores de la nueva centuria, forzaron a los teóricos del derecho público a torcer la mirada en favor de una óptica más realista y menos especulativa que la exhibida por el modelo liberal. La jurisprudencia también hizo lo suyo. Una serie de sentencias del Consejo de Estado francés así como del Tribunal de Conflictos, desde las clásicas *arret Blanco* y *arret Pelletier* de 1873 -que suelen asociarse más frecuentemente con la responsabilidad extracontractual del Estado y con problemas de competencia-, comenzaron a consolidar la tendencia de percibir al Estado como un cuerpo integrado por “servicios públicos”. Con posterioridad la dogmática comenzó la construcción argumental de una doctrina que, con la sombra de una crisis permanente, continúa vigente durante todo el siglo XX⁴.

Comenzó entonces una época en que el Estado va a sumir las principales funciones económicas y sociales. En Chile, a partir de la Constitución de 1925 empezaron a crearse los grandes servicios sociales y a modernizarse la Administración Pública, y luego, con Aguirre Cerda, a fines de la década del 30, el Estado empezó a participar más activamente en el campo socioeconómico. Estas tendencias de contenido social terminaron por encontrar consagración institucional jurídico-política. En esa misma época y de ahí en adelante, como ocurría en otros lares, se tejía un complejo entramado de normas de carácter económico que pretendían dar

⁴ Vid. Pantoja Bauzá, Rolando, *Función Administrativa y Derecho Administrativo en el Derecho Chileno*, en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, vol. 66, 2004, pp. 291-305.

cobertura a las *inmisiones* del Estado –en un contexto liberal- en materias económicas, lo que dará origen histórico a lo que se conoce como Orden Público Económico⁵.

Sin embargo, a pesar de la amplitud y profundidad con que el Servicio Público penetró en la cultura jurídica, debió convivir permanentemente con la sombra de su “crisis”. A pesar de esa crisis *inmanente* de que adolece, es posible identificar a lo menos dos momentos particularmente importantes que merecen el título de tales. La primera crisis del concepto de Servicio Público se produce con ocasión de la Gran Depresión, el advenimiento de las ideas keynesianas y el *Welfare State*, cuando estas circunstancias obligan al Estado no sólo a enristrar la titularidad sino que a asumir materialmente la gestión y la prestación material de los servicios públicos de carácter económico (empresas públicas) derivadas de las nacionalizaciones, gestión que hasta entonces se encontraban en manos privadas. Luego, la escisión del puente entre servicio público y régimen público, derivada de la realización de determinadas actividades materiales por el Estado pero bajo la veste de personificaciones instrumentales de Derecho Privado, abriría las puertas a esta primera crisis del concepto⁶.

La segunda crisis viene dada por la aparición de la idea del mercado como eje ordenador de la economía, como nuevo paradigma del bienestar social, o, como ha dicho Tomás Ramón Fernández, por “*la entronización en el altar de las ideas políticas de un nuevo ídolo: la competencia*”. Principalmente, las críticas provienen del campo de los estudiosos de la economía, quienes observaban las ineficiencias y los efectos negativos del Estado sobredimensionado construido a partir de la idea de servicio público, y postulaban una reconducción a unos límites más acordes con sus fines últimos y a las capacidades reales de la Administración (Estado mínimo). Frente al “ogro filantrópico” se desató una oleada crítica ideológica neoliberal que termina por confrontar el servicio público con las libertades públicas, considerando que ellas son mejor atendidas por otros medios (los del mercado) que producen una combinación óptima de libertades y eficiencia económica. El aterrizaje político de estas ideas se produjo primeramente con los gobiernos de Reagan y Thatcher a comienzos del último tercio del siglo XX.

⁵ Vid. Masbernat, Patricio y Hurtado, José Tomás, *Crítica al Concepto de Orden Público Económico*, en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, vol. 66, 2004, pp. 202 y ss.

⁶ Roldán Martín, Áurea, *Los Nuevos Contornos del Servicio Público*, en Derecho Administrativo-Económico, Cuadernos de Derecho Judicial XII-2000, Madrid, 2000, p. 22.

En frente de la vieja *publicatio* de algunos servicios, explicada a partir del progreso científico y tecnológico y la insuficiencia del capital privado para la financiación de la prestación, surge ahora, a partir de ese mismo progreso técnico y, en particular, de la globalización de la economía en cuyo seno se gestan grandes empresas con potencial económico superior incluso al de los Estados, un estado de cosas que pone en entredicho, desde un punto de vista fáctico, el cariz tradicional de los servicios públicos⁷.

Podría agregarse, sin pretender ser exhaustivo, un último momento de crisis del servicio público, el cual por lo demás ha dado lugar a una ingente producción intelectual en el ámbito académico poniendo de relieve encontradas perspectivas acerca de su utilidad y destino. Se trata de la aparición del Derecho Comunitario Europeo; del mercado común europeo y la búsqueda de un sistema jurídico y económico uniforme para Europa. En el viejo continente, como se sabe, conviven diversas culturas jurídicas, las que tradicional e históricamente han asumido la tarea prestacional o de cobertura de servicios básicos para sus nacionales de manera disímil; a partir de diversos modelos jurídicos, diferentes instrumentos de intervención y diferentes *ethos* políticos⁸.

En este orden de ideas, en el ámbito del Derecho Comunitario se optó deliberadamente por excluir la terminología del Servicio Público. Ello se explica por esta disparidad entre los sistemas jurídicos de los estados miembros en lo que respecta a las técnicas empleadas para satisfacer las prestaciones esenciales con carácter general, regular y continuo. Esta disparidad comprende al Servicio Público con *publicatio* y régimen exorbitante del Derecho Francés y las *public utilities* garantizadas por vía de regulación de la actividad de los sujetos privados prestadores de la actividad propias del derecho anglosajón. Se prefirió entonces una expresión ecléctica: “servicios de interés económico general”^{9 10}.

⁷ Vid. en general, Sendín García, Miguel Ángel, *Hacia un Servicio Público Europeo: El Nuevo Derecho de los Servicios Públicos*, Editorial Comares, 1ª edición, Granada, 2003.

⁸ Vid. Merryman, John Henry, *Sistemas legales en América Latina y Europa Tradición y Modernidad*, traducción de Eduardo L. Suárez., Editorial Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión en Chile, 1995.

⁹ Roldán Martín, *op. cit.*, p. 31. A ello habría que agregar –según el texto– el impacto que ha causado en el terreno de los servicios públicos la pretensión de crear un mercado, primero común y luego único que se eleva a la categoría de unión económica y monetaria, basado en la libre competencia. En ese contexto, el artículo 86 inciso Segundo del Tratado Constitutivo de la Unión Europea dispuso que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.”

La liberalización, es decir la irrupción en el horizonte de lo público de la opción primera por la competencia para la realización de las tareas prestatarias, ha puesto en el banquillo a la noción de servicio público de la manera que tradicionalmente se la ha concebido colocándolo en una situación crítica. Muñoz Machado ha dicho que “muchas empresas públicas recibían en Europa ayuda financiera privilegiada, fuera de las reglas del mercado, para atender las misiones de servicio público que tenían confiadas. Muchos servicios públicos tradicionales se mantenían en funcionamiento, a pesar de que no eran rentables, porque encubrían desempleo o permitían la atención de algunas necesidades de desarrollo regional o problemas de carácter social. Buena parte de los servicios públicos se extendían por zonas del territorio y alcanzaban a poblaciones que no eran interesantes desde el punto de vista económico porque no tienen la misma rentabilidad que cuando se prestan en zonas fácilmente accesibles y pobladas, etc. La regla comunitaria respecto de todas estas empresas es la que establece el art. 90.2, que sólo permite la no aplicación de las reglas de competencia a las empresas que prestan servicios económicos de interés general en los casos en que dicha excepción sea imprescindible para el adecuado cumplimiento de su misión. Pero la posición de privilegio o prerrogativa, la no aplicación del régimen común de la competencia, se contempla como una excepción. *La regla es el sometimiento de todas las empresas que prestan servicios públicos a los principios del mercado.*”¹¹

Se ha desencadenado un proceso de liberalización que ha afectado la organización institucional de los servicios públicos de los Estados. Fernández, Tomás Ramón, *Empresa Pública y Servicio Público: el final de una época*, en Revista Española de Derecho Administrativo N° 89, 1996, pp. 41-47, opina que el impacto del Tratado de la Unión Europea ha sido mayor en el plano ideológico que en el monetario. Piensa que éste tratado “barre” con la empresa pública, con la existencia de un sector público fuerte y con la intervención pública en la economía. En el mismo sentido Muñoz Machado, *vid. infra*. En definitiva –concluye el texto que estamos citando–, aunque en el Derecho Comunitario de la Competencia se dirige a controlar la actuación ad extra de las empresas públicas (y privadas) en la Unión Europea, hay que reconocer que ha llegado a condicionar las propias potestades de la Administración en cuanto a la organización de los servicios públicos de los Estados miembros al limitar sus posibilidades de mantener empresas públicas que los desarrollaran en régimen de monopolio. Pp. 32 y 33.

¹⁰ En general, y salvo ligeros matices, es indiferente hablar de servicio de interés económico general y de servicio de interés general. Las pequeñas diferencias pueden expresarse así: Servicio de Interés General es la actividad de servicio, comercial o no, calificada de interés general por la autoridad pública competente y sujeta por ello a obligaciones específicas de servicio público. En cambio, Servicio de Interés Económico General es actividad de servicio comercial que cumple con un objetivo de interés general y está sometida por ello, a obligaciones específicas de servicio público. *Vid.* Herreros López, Juan Manuel, *Las Transformaciones del Servicio Público*, en Actualidad Administrativa Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Administrativo N° 39, semana del 20 al 26 de octubre de 2003.

¹¹ Muñoz Machado, Santiago, *Servicio Público y Mercado I Los Fundamentos*, Editorial Civitas, 1998, pp. 22-24. (La cursiva es nuestra)

La desaparición –o mejor dicho la no inclusión- de la expresión de Servicio Público en el ámbito comunitario no podía, no obstante, hacer arribar a un punto tal que importara un retroceso en el nivel material de satisfacción de los ciudadanos derivado de las repercusiones libertarias en el ámbito organizativo de los servicios públicos y un vacío absoluto en el que se desarrollaran los operadores del mercado libre de servicios de interés económico general. En lugar de servicios públicos de titularidad estatal el nuevo modelo de la intervención pública consistirá en que los estados imponen a las empresas que operan en sectores liberalizados determinadas “obligaciones” o “cargas de servicio público”, que aseguren la prestación en todo caso y la calidad del servicio allí donde el mercado no funcionen bien. Entonces, en la regulación de los servicios económicos de interés general, se puede diferenciar entre las prestaciones susceptibles de ser realizadas satisfactoriamente en régimen de mercado y aquellas no susceptibles de prestación competitiva. Tratándose de éstas, debido a que el mercado no genera las condiciones necesarias para que sean satisfechas, el Estado deberá imponer la prestación obligatoria al privado que la realiza, contemplando, normalmente, algún tipo de compensación por las desventajas derivadas de esta circunstancia.

Existen además, dice Roldán Martín, otros servicios obligatorios como “obligaciones de servicio público”. Las obligaciones de servicio público, algunas de las cuales se imponen bajo la cobertura de una norma o de un acto administrativo, sirven para suplir o corregir las ineficiencias del mercado (y ciertamente, para “encubrir” la pseudo-retirada del servicio público y asegurar que su ausencia no irrogará un mayor daño social). Asimismo, la normativa sectorial de las propias instituciones comunitarias se orientan en pro del reconocimiento de la necesidad de “cumplir y hacer cumplir los fines irrenunciables que inspiraron la acción de servicio público –en un sentido funcional o material- de los Estados miembros de la Unión”¹². En este sentido ha habido pronunciamientos del Tribunal Comunitario “en una línea jurisprudencial que algunos entienden supone una aceptación de la lógica del servicio público y de las funciones de interés general que aquel realiza frente al imperio del mercado. No obstante, no faltan autores (...) que consideran que la categoría de los servicios de interés económico general (y sus eventuales cargas de servicio público) no es deudora dogmáticamente de la categoría de servicio público ni consecuencia de una evolución natural de la misma. Al contrario –dice el texto citando a Troncoso Reigada-, esta categoría nace como ruptura frente

¹² Roldán Martín, *op.cit.*, p.36.

al servicio público tradicional tanto en el plano jurídico como en el plano ideológico. Y ello resulta a su juicio en el orden jurídico del hecho de que el nuevo concepto parte del reconocimiento del derecho de propiedad y de la libertad de empresa *ab origine* –por contraposición a la titularidad pública de la actividad inherente al servicio público- y en el plano ideológico de la constatación de que el mismo concepto de servicio público que sirvió para justificar la intervención directa y agresiva del Estado en el sistema económico no puede fomentar dogmáticamente su retirada hacia funciones de ordenación exterior (aunque reconozca al servicio público los beneficios que reportó frente al liberalismo decimonónico).¹³

Como decíamos, algunos autores han querido ver la muerte del servicio público, dado el nuevo panorama. En una economía mundializada, las grandes empresas sustituirán a Estado en algunas de sus funciones primordiales¹⁴. Así Ariño Ortiz y Villar Ezcurra han dicho que hay quienes pretenden “embalsamar” a una institución que no guarda relación con los hechos, que hoy, más que las ideologías, son los rectores de la vida pública. Asimismo Troncoso Reigada, la ha acusado de incompatible –en tanto categoría normativa- con la realidad legal y económica (no se debe meter el vino nuevo de la liberalización comunitaria de los mercados –dice- en los odres viejos de la categoría de servicio público.). El servicio público sería innecesario en el nuevo mundo liberalizado, y sus funciones pueden ser cumplidas por otras vías como derechos fundamentales la dirección política y función de policía. Pierre Devolvé, a su turno, ha afirmado que amenaza las libertades públicas: si el servicio público justifica la intervención estatal, entonces, los límites inciertos del servicio público, abren la puerta para una amplia restricción de libertades¹⁵. En este sentido, “[s]e puede afirmar –dice Rodríguez-Arana- que la constitución del concepto de servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más. La tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado-Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacía la técnica autorizatoria y la

¹³ *Id.*, pp. 37 y 38.

¹⁴ Muñoz Machado, *op.cit.*, p.25.

¹⁵ *Cfr.* Ariño Ortiz, Gaspar, *Significado Actual de la noción del Servicio Público*, en *El Nuevo Servicio Público*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997; Troncoso Reigada, A., *Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: el caso del Servicio Público*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19 N°57, septiembre-diciembre 1999; Devolvé, Pierre, *Service Public et libertés publiques*, en *Revue française de Droit Administratif* 1(1), jnv.-févr. 1985, citado en Roldán Martín, *op.cit.* Además, *vid.* Villar Ezcurra, José Luis, *Derecho Administrativo Especial Administración Pública y Actividad de los Particulares*, 1ª ed., Editorial Civitas, 1999; y Rodríguez-Arana, Jaime, *Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo*, en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, vol. 66, 2004, pp. 275-290.

institución concesional, como exponentes del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social.”¹⁶

En frente, Muñoz Machado ha sostenido que la muerte del servicio público es una “muerte imaginaria”¹⁷. Que el concepto de servicio público es lábil, elástico y mudable. La doble concepción del servicio público, desde un punto de vista orgánico-subjetivo y la concepción material funcional han permitido la existencia de formas de organización muy variadas, sin poner en duda la calidad de “servicios públicos”. Tales variedades de organización han incidido en la “intensidad” de la publicación y han llevado a sostener la existencia de una escala de *publicatio* (la telefonía o correos no sólo era una actividad publicada sino además gestionada por la Administración directamente; en carreteras y los suministros de agua y gas se utilizó la técnica concesional, y en la enseñanza y la salud, la actividad pública directa ha concurrido con la privada). Asimismo, aparecen hoy en la articulación de los “servicios económicos de interés general” una combinación de categorías clásicas y otras algo más recientes, en el contexto de la intercambiabilidad de las técnicas de intervención públicas, que hacen aparecer elementos explícitos de los servicios públicos, como las obligaciones o cargas de servicio público (generalidad, regularidad, no discriminación, continuidad, calidad, etc.)

Por otra parte, la idea de la oposición de los servicios públicos a las libertades públicas, no pareciera en realidad ser tal. Más bien, parece que los servicios públicos proporcionan una base real y efectiva sobre la que puede erigirse el sistema completo de libertades, en cuanto contribuyen a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, lo cual a lo menos desde un punto de vista liberal igualitario está plenamente justificado. Desde esta perspectiva, y más allá de las lúcidas observaciones de Amartya K. Sen a esta línea de la filosofía política¹⁸, los

¹⁶ Rodríguez-Arana, *op. cit.*

¹⁷ *Cfr.* Muñoz Machado, *op. cit.*

¹⁸ *Vid.* Sen, Amartya K., *Desarrollo y Libertad*, Editorial Planeta, Barcelona, 2000. También, Gargarella, Roberto, *Las Teorías de la Justicia después de Rawls*, Editorial Paidós, 1999, en particular pp. 76 y ss. En el capítulo III de *Desarrollo y Libertad*, Sen se dedica a tratar la cuestión de dónde colocamos el acento en materia valorativa enfrente de problemas de justicia distributiva. Para ello, lo que hace es identificar como aspecto fundamental aquello que denomina “*bases de información*”. Según Sen, buena parte de los resultados que obtengamos en nuestros análisis y valoraciones de los problemas de teoría de la justicia dependerá de aquella información que consideremos finalmente como relevante. Empero, agrega Sen, no sólo la información que incluyamos en el análisis es decisora, sino que, de igual forma lo es aquella que excluimos de nuestra mesa de trabajo. Lo que Sen quiere poner de manifiesto es una sencilla pero sólida idea: cuando decidimos trabajar con cierto tipo de información proscribiendo las demás alternativas (en principio igualmente válidas) resulta tan revelador aquello que afectivamente elegimos como aquello que dejamos pasar. Esto obviamente revela nuestra tendencia o nuestras preferencias en cuanto a lo que reputamos importante para tomar nuestras decisiones. Y eso deja ver -

inevitablemente - algo de nosotros mismos. Asimismo, a partir de la observación de las *bases de información* que exhiben las diversas formas de concebir las valoraciones sociales sobre la que se construyen los análisis de justicia, podemos extraer las consecuencias y características más relevantes de ellas.

Tal como hace Rawls al comenzar su conocida *Teoría de la Justicia*, Sen dedica unas palabras al análisis de las implicancias de la perspectiva utilitarista. Ciertamente el enfoque utilitarista, es decir la asignación de valor exclusivamente a aquello que es capaz de producir placer o satisfacción y con vocación agregativa, tiene ciertas fortalezas y adolece de inconvenientes. Entre los inconvenientes cabe destacar la insensibilidad hacia la subjetividad, es decir, el utilitarismo supone que puede compensarse válidamente la felicidad de unos y el sufrimiento de otros, lo que tiene a la base una nula comprensión del subjetivismo, de las libertades y de los derechos [Esa insensibilidad hacia la subjetividad, esa nula comprensión de la inconmensurabilidad de los seres humanos de la perspectiva utilitarista, también se constata, desde un enfoque más bien literario, en Nussbaum, Martha, *Justicia Poética*, traducción de Carlos Gardani, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1997]. Como ha puesto de manifiesto Dworkin, para el utilitarismo es perfectamente aceptable esclavizar a un porcentaje de la población si con ello se incrementa la “felicidad” agregada. (Contra los argumentos del utilitarismo encontramos sólidas defensas en la teoría moral kantiana y en sus tributarios como el mismo Dworkin o Rawls.) Pero también tiene algunas fortalezas. Sen propone las siguientes: primero, la importancia de tener a la vista los resultados de las instituciones a la hora de juzgarlas y, segundo, las necesidad de prestar atención al bienestar de las personas afectadas cuando se juzgan los resultados y las mismas instituciones. La atención en los resultados puede ser considerada una virtud, puesto que permite valoración efectiva sobre las instituciones sociales y de paso hace que dejemos de fijar la vista únicamente en las características formales o normativas de ellas para examinar el cómo es que influyen en el mundo factual y cómo es que plasman sus efectos en el “mundo de la vida”. En otras palabras, el utilitarismo nos sugiere que en frente de una serie de posibles cursos de acción optemos por aquel que mejore la situación de una mayor cantidad de sujetos, atendidos sus intereses individuales (ello no obsta a su carácter finalmente agregativo).

Sen no menciona otras virtudes. Podrían agregarse otras que no tienen que ver con los resultados, sino con los presupuestos o bases teóricas del utilitarismo. Por ejemplo el hecho de la *neutralidad* utilitarista enfrente de las diversas concepciones o preferencias que manifiesten los individuos (en principio cualquier preferencia es equivalente, en valor, a cualquier otra), lo que constituye un sólido y aceptado principio democrático. Por lo mismo, se erige como consecuencia que todas las preferencias que son capaces de exhibir los ciudadanos “pesan lo mismo”. El utilitarismo no prejuzga las preferencias, las valora de acuerdo a los resultados o beneficios sociales que son capaces de generar. Además el utilitarismo pretende mostrarse ciego no sólo a las preferencias sino que también a quienes las profesan. Por lo tanto el utilitarismo tiene un fuerte carácter igualitario (*prima facie*). El hecho de que el utilitarismo no prejuzga, para algunos liberales como Dworkin, resulta ser el dato probablemente más relevante del utilitarismo.

Sin embargo, el utilitarismo ha sido fuertemente criticado. No es del caso señalar las críticas al utilitarismo en este texto. Sólo a modo de ejemplo cito un par de las observaciones de Rawls en la *Teoría de la Justicia*: primero, no es efectivo que ciertos cálculos que asoman como válidos en problemas individuales sean extrapolables a los conflictos sociales; segundo, dice Rawls que no es cierto que el bienestar sea el aspecto de la condición humana que requiere atención normativa, ya que ello supone tomar como relevantes los “gustos caros” y los “gustos ofensivos”, es decir las preferencias meramente de opulencia o lujo (que tiene que ver con lo que Sen llamaba la atención acerca de la formación psicológica condicionada de las preferencias –un pobre siempre se conforma con menos-) por una parte y con las preferencias que las personas manifiestan respecto de otros (como el racismo) por otra. Es obvio que la neutralidad utilitarista no podría proscribir a priori estas preferencias y debería estimar el racismo como una preferencia tan valiosa como la necesidad de comer.

A su turno, Sen critica la postura del liberalismo conservador (libertarismo) representado por Robert Nozick, así como el liberalismo igualitario de John Rawls y Ronald Dworkin. Al libertarismo, le critica su nula sensibilidad por las consecuencias y una defensa irrestricta de los derechos de libertad y propiedad que poseen una coraza de inviolabilidad absoluta. Al liberalismo igualitario, su concentración en los “recursos” (Dworkin) o “bienes primarios” (Rawls), como base de construcción de condiciones de justicia. Para Sen, una propuesta genuinamente igualitaria no debe concentrarse en los bienes primarios o los recursos. Tampoco en los resultados, como sugiere el utilitarismo. Conforme a Sen, lo que debería tomarse en consideración es algo posterior a la tenencia de tales recursos o bienes, pero anterior a la obtención de la utilidad. La igualdad debe encontrarse en un centro entre estos dos momentos, en lo que llama “*conversión*”, es decir en la posibilidad efectiva que un individuo tiene de transformar o “convertir” esos recursos en libertades. En palabras de Sen: el espacio adecuado de

servicios públicos proveen a los ciudadanos de “recursos” en el lenguaje de Dworkin o de “bienes primarios” en términos de Rawls. A través de los servicios públicos entonces se cumple con proveer de condiciones mínimas en la que los ciudadanos pueden diseñar y realizar

valoración está en “las libertades fundamentales – las capacidades- para elegir la vida que tenemos razones para valorar”. Si el fin es centrar la atención en las oportunidades reales que los individuos tienen para alcanzar sus objetivos, hay que tener en cuenta no sólo los bienes o recursos con que cuentan, sino también las “características personales relevantes que determinan la *conversión* de los bienes primarios en la capacidad de las personas para alcanzar sus fines”. (En este sentido parece acercarse a las ideas defendidas por el comunitarismo en cuanto a que se presenta como relevante la pertenencia histórico-cultural donde las preferencias son criadas y desarrolladas, y por lo tanto no es indiferente los valores sociales a los que aspiramos en la comunidad, en tanto allí se plasman los elementos generadores de las condiciones vitales determinantes de nuestras opiniones o preferencias relevantes.)

Con esta observación queda claro que un conjunto de bienes primarios, o como el mismo llama, una “cesta de bienes”, idéntico en calidad y cantidad, pueden significar cosas muy distintas para dos personas diferentes. Este es un punto que, al parecer, pasan por alto los autores igualitaristas y bienestaristas. Por ello Sen afirma que dado que la conversión de los bienes o recursos en *capacidad* para conseguir distintas *funciones*, puede variar de una persona a otra, la igualdad en la posesión de bienes primarios o de recursos puede traer aparejada serias desigualdades en las libertades reales que las personas pueden exhibir.

El hecho de que el igualitarismo se centre en la asignación inicial de recursos y no de cabida a la forma y modo en que las personas hacen unos de ellos para la consecución de un modelo que tienen razones para valorar, constituye para Sen un imperdonable vacío, del que, curiosamente, no padece el utilitarismo puesto que sí se muestra preocupado por el estado final de las personas; se preocupa de qué es lo que provocan los bienes sobre los individuos (sin embargo el utilitarismo se centra en una “reacción mental” del individuo que toma una decisión, por lo que adolece de cierto defecto: las expectativas de satisfacción o preferencia de los individuos son “ajustables”. De allí que el hecho de que una persona haya aprendido a vivir con la adversidad, y a sonreír con ella, no debería invalidar su pretensión de ser compensada.) [Gargarella, *op. cit.* pp.76 y ss.]

Este “olvido” del igualitarismo probablemente tiene que ver con su deuda kantiana, en la pretensión de hacer responsables a los individuos únicamente por sus “actos” –por las decisiones que toman- y no por las “condiciones” en que son arrojados, sin culpa alguna, en la vida.

Hay dos conceptos centrales en Sen que no podemos dejar de mencionar en estas palabras. Primero, el de “*funciones*” (o “desempeños”), que refleja la diversidad de cosas que una persona puede valorar hacer o no hacer. Esta idea es amplia y compleja; encierra un conjunto de cosas cuyo número y naturaleza es difícilmente determinable. Segundo, y tal vez más importante, la idea de “*capacidades*” la cual conjuga las distintas funciones que una persona puede alcanzar o las combinaciones de funciones que una persona puede conseguir. Por lo tanto, dice Sen, “la capacidad es un tipo de libertad: la libertad fundamental para conseguir distintas combinaciones de funciones”.

Esta visión puede centrarse valorativamente en dos momentos: en las funciones realizadas (el acto) o en el conjunto de capacidades (la potencia). Ambos nos proveen de diferente información afirma Sen y ambas han sido utilizadas como horizonte de apreciación.

De acuerdo a Sen, entonces, distintos individuos en distintos escenarios vitales, históricos y culturales alcanzan distintos niveles de desarrollo de las *capacidades* y valoran, asimismo, de manera distinta cada uno de las posibles funciones. De ahí la importancia de las condiciones en que los individuos finalmente son capaces de evaluar y diseñar sus planes de vida, sobre la base de la libertad fundamental o la capacidad del individuo para hacer cosas que una persona tiene razones para valorar. Son precisamente estas condiciones en las que se desenvuelven los sujetos con sus decisiones o preferencias la preocupación central de Sen.

En fin, las críticas al modelo bienestarista y al igualitarista son lúcidas y acertadas. Mientras el utilitarismo defiende una estructura valorativa demasiado subjetiva –dependiente de las veleidades de la “reacción mental”-, el igualitarismo puede pecar de exhibir una métrica igualitaria demasiado objetiva, insensibles ambas a las reales condiciones de vida las personas. De ahí la importancia de las propuestas de Sen. Al parecer, por decirlo de alguna manera, viene a poner las cosas en su justo medio y en la necesaria perspectiva humana del desarrollo económico.

los planes de vida propio y sobre los que pueden deliberar, con los instrumentos de la participación democrática, en la decisiones que nos afectan a todos.

Ahora bien, suponiendo -dice Muñoz Machado- que la liberalización y la privatización alcancen los extremos máximos que los ideólogos del Estado mínimo pretenden, sería injustificada la conclusión de que la reforma incluye como precio la muerte de los servicios públicos¹⁹. Quienes lo sostienen apoyan la valoración sobre la posición de los servicios públicos en un “análisis erróneo de los cambios que se están produciendo y en una desmesurada exageración”. Primero porque los únicos servicios públicos atacados por las reglas del mercado y puestos en cuestión son los de carácter económico; no los que requieren el empleo de autoridad ni los de carácter social. Y segundo, porque quienes afirman que el servicio público desaparecerá no aclaran a qué servicios públicos se están refiriendo. Como sabemos, existen servicios públicos prestados en régimen de monopolio y otros no; otros cuya titularidad y gestión está radicada en la Administración y otros en que la gestión ha sido privatizada; hay servicios públicos prestados bajo un régimen de derecho privado y otros de derecho público, etc. La idea de servicio público, además de mantener su tradicional labilidad conceptual, es hoy en día demasiado amplia como para aceptar su uso indistinto máxime si se trata de pronosticar su desaparición²⁰. En consecuencia, suponiendo –como decía Muñoz Machado- que la liberalización y la privatización alcancen los extremos máximos que los ideólogos del Estado mínimo pretenden, lo que habría que cambiar del régimen de servicio público es el “enfoque” desde el cual los servicios se organizan; un enfoque de economía privatizada más cercano a los *public utilities*, y no asistir un funeral ficticio.

Además, y para terminar con las referencias al derecho comunitario, Muñoz Machado ha dicho que “la Comunidad se ha rendido inmediatamente a este enfrentamiento” y la jurisprudencia comunitaria inicial que había propiciado la aplicación irrestricta de los artículos 85 y siguientes del Tratado de la Comunidad, los cuales exigen actuar en lógicas de competencia, rápidamente ha morigerado esa primigenia orientación y ha racionalizado sus decisiones sobre la base de comprensión social y evolutiva del fenómeno y las exigencias ciudadana de la comunidad. Primero, hay una fuerza innegable en las convicciones ideológicas

¹⁹ Muñoz Machado, *op. cit.*, p.27.

²⁰ *Ibid.*

de los estados miembros de la comunidad: el Estado prestador de servicios es un activo cultural al que no se piensa renunciar. Segundo, se ha llegado a concluir que las regulaciones de las normas comunitarias no son incompatibles con los servicios públicos, reclaman una adecuación a un entorno concurrencial de las reglas de organización y funcionamiento de los servicios públicos pero no su desaparición. Ello pues se mantiene una línea de conexión: el establecimiento de obligaciones en el marco de las prestaciones privatizadas o liberalizadas se enmarcan en un concepto contiguo al de servicio público: el “servicio universal”. Por último, las intenciones plasmadas en la elaboración de un proyecto de Carta de Servicios Públicos, que más bien gira en torno a los servicios de carácter industrial, así como en las pretensiones de modificación de los artículos 90 y la inclusión de un artículo 94 A al Tratado, se basan en la idea de que el mercado no es un mecanismo de distribución indiferente a los objetivos de solidaridad, cohesión o equidad, así como es indispensable la corrección de los efectos inicuos derivados del funcionamiento libre del juego del mercado, en aras de los intereses generales y el bienestar social²¹.

2.- Cuestiones conceptuales: algunas palabras.

En cuanto a las siempre necesarias determinaciones jurídico-conceptuales puede decirse que la de Servicio Público es una noción que se encuentra lejos de ser unívoca. Herreros López ha dicho –sobre la base de un análisis normativo- que existen a lo menos tres nociones de servicio público²². Puede, en primer lugar, decirse que existe un concepto omnicomprendido de Servicio Público, el cual se identificaría con toda forma de actuación pública. Este concepto, sin embargo, debe ser rechazado²³. Existen muchas tareas estatales que no tienen el carácter prestacional que poseen los servicios públicos. Piénsese en las llamadas “funciones públicas” –defensa, justicia, policía, relaciones exteriores-. Ellas, a diferencia de los servicios públicos, son actividades intrínsecas a la misma idea de Estado en cuanto organización política. Son poderes soberanos que sólo el Estado puede ejercer de forma imperativa e inexcusable (en lenguaje comunitario estas funciones se llaman “funciones de

²¹ *Id.*, pp. 35 y ss.

²² Herreros López, *op. cit.* Además de la equivocidad conceptual dogmática, el término servicio público adolece de “falta de un concepto unitario legal”. *Vid.* Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 485-488.

²³ En este sentido Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Parte General, Editorial Tecnos, Madrid, undécima edición, 2001, pp. 386 y ss.

regalía”). Otras actividades, como las que realiza el Estado actuando como agente de mercado, como en las operaciones comerciales o industriales, tampoco aparece el carácter prestacional propio del servicio público. Adicionalmente, falta en ellas el elemento subjetivo concurrente: la figura del *usuario*, en cuanto destinatario directo e inmediato de dichos servicios, y falta además un elemento objetivo normativo, y es que en las actividades que el Estado ejerce bajo la forma de una actividad comercial o industrial -económica- lo realiza al amparo de un estatuto de derecho privado, en contraste con el régimen de derecho público que rige la actuación de los servicios públicos.

En segundo lugar es posible identificar un concepto de servicio público en sentido amplio, objetivo, impropio o virtual. Este concepto se identifica con cualquier actividad prestacional del Estado que se oriente a satisfacer necesidades sociales, como por ejemplo las actividades de educación, salud o seguridad social. Aquí la idea finalista de Duguit permanece intacta. Éste es el concepto que, hoy por hoy, acumula la mayor cantidad de adherencias dogmáticas, como una forma de superar o complementar el concepto estricto y subjetivo, que veremos luego. Sin embargo, a pesar de suscitar las mayores simpatías no logra consenso en cuanto a su configuración y fundamentación jurídicas²⁴. Sea cual fuere esa fundamentación,

²⁴ Para ver estas cuestiones más en detalle, *vid.* Herreros López, *op. cit.* En este sentido, existen a lo menos tres teorías: “Algunos autores han considerado que la posibilidad de reservar al sector público servicios esenciales – art.128.2 CE- no impide la declaración de servicios públicos prestados en régimen de libre concurrencia por empresas públicas y/o privadas. Esta posibilidad no tiene una previsión constitucional expresa, por lo que tales servicios se constituirían al amparo de la capacidad general que la Carta Magna otorga a los poderes públicos para intervenir en la actividad económica y en el mercado. El pluralismo político-económico que subyace en nuestro Texto Constitucional podría ser el argumento legitimador para admitir, según otros, la posibilidad de diferentes modelos de servicio público.

Diferentes son los propósitos perseguidos por quienes sustentan esta teoría. En algunos autores subyace la idea de potenciar las posibilidades de intervención del Estado, de forma que éste puede reglamentar, ordenar y controlar determinadas actividades de interés general, sin necesidad de reservarse su titularidad. En otros, en cambio, se adivina un interés por disminuir el poder interventor del Estado, persiguiendo desplazar al concepto clásico de servicio público, al que se tacha de afectar derechos y libertades, por una modalidad centrada únicamente en la regulación y el control de ciertas actividades.

Otros autores han defendido una teoría similar a la anterior pero sin necesidad de abandonar los términos del art. 128.2 CE. Este precepto no sólo no impediría que los servicios esenciales reservados al sector público puedan ser gestionados por particulares –gestión indirecta-, sino que tampoco obstaculizaría que la reserva sea incompatible con la concurrencia de otros servicios iguales de titularidad privada. Es decir, en el art. 128.2 CE no obligaría necesariamente a reservas en exclusivas a favor de los poderes públicos. Parece claro que desde estas posiciones se pretende un ensanchamiento del concepto de servicio público, de modo que el mismo se pueda acomodar a los principios comunitarios del libre mercado y la competencia.

Una tercera postura, planteada desde posiciones más liberales, reclama un carácter excepcionalísimo para el art. 128.2 CE. Se alega que el servicio público subjetivo resulta incompatible no sólo con el mercado y la competencia, sino también con el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. La *publicatio* supone un monopolio de *iure* y de facto incompatible con el ejercicio de los derechos y libertades inherentes a la actividad

ésta idea ha ganado terreno en derecho español bajo la denominación de “servicio de interés general” en claro paralelismo con el “servicio de interés económico general” del Tratado de la Unión Europea. “Este servicio ha de ser declarado por el Estado a través de un acto formal que en ningún caso implica una *publicatio* de la titularidad. La prestación del servicio se realiza en régimen de libre concurrencia, aunque es habitual supeditarla a la obtención de un título habilitante –autorización administrativa–, y al cumplimiento de ciertas obligaciones referentes al ámbito geográfico de la prestación, calidad del servicio, tarifas, etc. Por último, el Estado puede arrogarse poderes de control y sanción respecto del cumplimiento de las obligaciones de esta índole previstas en cada caso. En suma, el servicio público objetivo puede, en la práctica, estar sometido a un régimen casi tan intenso como el de los tradicionales servicios públicos reservados al Estado (subjettivos o estricto)”²⁵ y con un régimen autorizatorio bastante parecido a una concesión.

En tercer lugar, hay un concepto de servicio público de carácter subjettivo o estricto. Esta idea tradicionalmente ha construido el concepto desde la reserva estatal de actividades consideradas esenciales para la sociedad. Se identifica al servicio público, desde esta perspectiva, con toda aquella actividad esencial para la sociedad que haya sido reservada mediante ley a la exclusiva titularidad pública (*publicatio*), “ya sea con carácter originario o ‘publicando’ una propiedad privada, sin agotar con ello todas las posibilidades de intervención pública para garantizar necesidades de índole social”²⁶.

Una definición aproximada de servicio público en este sentido es la sugerida por Ariño Ortiz que dice: “*Servicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social.*”²⁷

‘publicada’; incluso más, aun cuando el monopolio fuera sólo de *iure*, por admitirse la gestión indirecta, también se afectan derechos y libertades ya que su ejercicio sólo es posible tras una previa concesión administrativa, algo igualmente incompatible con el reconocimiento de derechos considerados innatos a la persona. Partiendo de estos presupuestos, se aboga por un concepto amplio y objetivo de servicio público que excluya la reserva al Estado de su titularidad. Lo importante no es quién ostenta esa titularidad, que perfectamente puede ser privada, sino el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que se asignen. La actuación del Estado debe reducirse, a lo sumo, a establecer esas obligaciones y a controlar su correcto cumplimiento”.

²⁵ Herreros López, *op. cit.*

²⁶ *Id.*

²⁷ Ariño Ortiz, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 495 y ss.

Con todo, la misma falta de univocidad conceptual del servicio público se traslada a su régimen jurídico haciendo que no exista uno perfectamente uniforme para todos. Sin embargo, ello no es óbice para que la doctrina identifique un estatuto jurídico básico sobre el que cada servicio debe adaptar su regulación; siguiendo variantes y modulaciones dependiendo del sector de que se trate. Veremos sucintamente las notas definitorias del concepto y las bases de su régimen jurídico.

1.- Se trata de una actividad administrativa de prestación (no es de policía ni de fomento —en las que la Administración queda fuera de la gestión- ni empresarial), la que puede, como ya hemos dicho, ser asumida directamente o por interpósita persona, mediante la técnica concesional.

2.- Con exclusividad regalística²⁸, es decir la Administración detenta la titularidad exclusiva (monopolio *de iure*) sobre la función o actividad de que se trate (se trata de un monopolio en la titularidad; si la gestión se realiza por privados, entonces el monopolio puede ser aceptado por razones técnico-económicas, pero se trata de un monopolio más bien *de facto*: monopolio natural o economía de escala), o bien, salvando el intenso debate doctrinal, entendiéndola como “referibilidad” a la Administración. En otras palabras, queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de acción libre de los particulares. Así por ejemplo sucedía con la actividad de la televisión bajo la Constitución de 1925 y con la actividad portuaria.²⁹

²⁸ Es cuestión debatida el carácter monopolístico del servicio público en términos generales, es decir como una característica general de sistema de los servicios públicos o bien como nota característica de sólo algunos de ellos (sanidad o enseñanza, por ejemplo). *Vid. id.*, p. 497. En este último sentido Garrido Falla, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 335, 349 y 350. A favor, por el contrario, el propio Ariño Ortiz, porque “de lo contrario, el servicio público sería una cosa indefinible y, por lo tanto, un concepto inútil para el derecho”, *Principios...*, *op. cit.*, p. 499. “Lo que acontece- dice Ariño Ortiz- es que unas veces este título de intervención intensa que el Estado quiere conseguir lo apoya en una referencia subjetiva, es decir, en una titulación declarada en su favor, y otras veces el Estado justifica esa intervención en la importancia social de aquellas actividades que le autorizan a reglamentarlas intensamente sin necesidad de declararlas propias; declaración que además resultaría improcedente, ya que en algunos campos *el Estado sería incapaz* de afrontarla en toda su extensión; *políticamente no es posible*, en estos casos, la declaración pública y subjetiva de reserva de titularidad porque el Estado se sabe *a priori* incapaz de cubrir la totalidad de las necesidades o porque la sociedad no la consiente o la Constitución lo prohíbe. Tal es, por ejemplo, el caso de la enseñanza o de la totalidad de las atenciones sanitarias o de previsión. La declaración de servicio público y la previa concesión supondría u cierto freno de aquellas actividades, porque el particular en principio desconfía de aquellas relaciones que le sujetan a una supremacía especial del Estado. Y muchos de los grupos y organizaciones que actualmente prestan dichas actividades se inhibirían de las mismas si el Estado intentase someterles a una régimen de *publicatio* específico (de servicio público estricto).”

²⁹ Aróstica Maldonado, Iván, *Derecho Administrativo Económico*, ediciones de la Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001, pp. 31 y ss., en especial 59 y ss.

Ariño Ortiz sostiene esta posición diciendo que la *referibilidad*, es decir esa asunción de la actividad por parte del Estado, se hará por dos vías alternativas: por la referencia subjetiva, la *publicatio* (declaración formal de titularidad) que supone la reserva previa del sector y la necesidad de concesión; o –y póngase atención- por una intensa y detallada reglamentación de la misma que configure y obligue a desarrollar a la actividad en unos modelos predeterminados (*publicatio* en un sentido lato). Con ambas se logra un resultado análogo, que es la declaración de servicio público mediante un “*título de intervención particularmente intenso*”³⁰ justificado en que se trata de actividades indispensables para la vida social.

Nótese que este elemento también aparece en la formulación anglosajona de las *public utilities*, modelo teórico de intervención que se presenta más acorde con los principios liberales, el respeto a la iniciativa libre privada, así como de las tesis privatizadoras y liberales de las actividades económicas. El Tribunal Supremo norteamericano, en la sentencia *Smyth versus Ames*, por medio del juez Harlan sostuvo: “un ferrocarril es una vía pública y no lo es menos por el hecho de que sea gestionado por una empresa privada: ésta fue creada para fines públicos y está llevando a cabo *una función del Estado*”; y en el caso *Southwestern-Bell Telephone Co. Versus Missouri Public Service Comission*, los jueces Brandeis³¹ y Holmes afirman: “el inversor al embarcar su capital en una empresa de servicio público acepta que las tarifas al público deben ser razonables. Su compañía está *sustituyendo al Estado* en la ejecución de una función pública y se convierte así en un *public servant*.”³²

3.- De la exclusiva titularidad estatal se sigue una exigencia de previa obtención de título habilitante o concesión para entrar en el sector. De ahí que también el delegado de la Administración pueda ostentar algunas prerrogativas típicamente públicas. Esta cuestión la veremos brevemente más adelante. Lo que destaca, es que el régimen jurídico del servicio público se ha erigido sobre la forma contractual como técnica de gestión. Tanto la concesión – figura típica por excelencia- como otras formas menos extendidas, como el arrendamiento,

³⁰ La expresión es de Ariño Ortiz. Sin embargo sabemos que en rigor, en vez de “título de intervención” la expresión adecuada era “forma de intervención”. *Vid.*, Villar Ezcurra, *Derecho Administrativo Especial...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss., distingue entre *títulos de intervención, formas de intervención y técnicas de intervención*.

³¹ Los razonamientos del juez Brandeis han sido recordados varias veces en el libro de Cass Sunstein *República.com: Internet, democracia y libertad*, traducción de Paula García Segura, Editorial Paidós, Barcelona, 2003, para mostrar el concepto deliberativo de democracia –por oposición al meramente agregativo o instrumental- al que adscribe este autor y el que supone se encuentra a la base de la tradición norteamericana.

³² Ambas sentencias citadas en Ariño Ortiz, *Principios...*, *op. cit.*, p. 515.

concierto, gestión, interesada y empresa mixta, son *contratos administrativos* con todas los efectos que ello conlleva.

4.- Poderes internos de dirección, vigilancia y control sobre el servicio. La Administración mantiene poderes internos de dirección modalización y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y aún sobre la propia organización misma que la realiza. Y ello porque la Administración continúa siendo titular de la actividad y sigue teniendo la dirección y la responsabilidad de la prestación.

5.- Actividad indispensable. La actividad de servicio público, si bien no es consustancial al ser mismo del Estado, se aboca a actividades indispensables para la vida de la sociedad, que es lo que justifica su asunción por el Estado. Esta condición es la clave de la comprensión de muchas de las notas de su régimen jurídico, así como de la variabilidad de dichas actividades según las necesidades, los momentos históricos y los países.

6.- Prestación regular y continua. Es ésta una nota esencial del servicio público; la continuidad, la habitualidad, la profesionalidad y uniformidad. Sobre éstas se monta la estructura dogmática y normativa del régimen especial del servicio público. Ello se traduce en que los prestadores interpuestos no pueden suspender la actividad, ni reducirla ni alterar el plan establecido sin el consentimiento de la autoridad administrativa, aún cuando sobrevengan circunstancias imprevistas que la hagan más difícil o gravosa. Asimismo, debe observarse el principio de igualdad de atención a los usuarios, proveniente de la necesidad de no discriminar arbitrariamente a los administrados.

7.- Prestación al público. Significa que se trata de actividades dirigidas a al utilidad general del público, desde donde se deriva un derecho abstracto del usuario a la prestación exigible judicialmente.

8.- Régimen de Derecho Público. Se trata de un régimen jurídico especial, de protección de la prestación con prerrogativas especiales para la Administración, tanto en relación con los titulares de la gestión como en relación con los usuarios. Esta cuestión también es discutida, ya que en muchos casos los servicios se prestan por organizaciones y en formas jurídico privadas. Se entiende que el servicio público no prejuzga el carácter público o privado del régimen administrativo (Garrido Falla). Para Ariño Ortiz, sin embargo, aunque desde fuera la prestación

del servicio público pueda venir sometida al derecho privado, en su configuración interna; en el régimen jurídico fiscal, laboral, procesal, de protección de sus bienes, beneficios de expropiación, en los conflictos con los usuarios, etc. el régimen es siempre especial con una considerable serie de elementos de Derecho público.

Una cuestión particularmente relevante y característica del régimen jurídico de los servicios públicos es la llamada *deslegalización* del sector: “todo sector declarado servicio público se convierte en un campo deslegalizado en cuanto tal.”³³ Ello pone de manifiesto que en estos casos la Administración posee poderes de intervención, de ordenación o sanción, que van más allá de lo que la Constitución le permite para el resto de la economía. Se explica por el interés público y la titularidad estatal del sector. Lo que sucede es que el principio de legalidad así como la reserva legal morigeran su fuerza tratándose de servicios públicos. Se comprende que la necesidad de cobertura prestataria en condiciones continuas, regulares y observando estándares de calidad mínimos aceptables, exigen una actuación administrativa en el control y dirección de estas actividades que más la acerca a la idea de vinculación legal negativa que a la tradicional kelseniana; exigen una importante cuota de flexibilidad y adaptabilidad en frente de un objeto de atención que es particularmente complejo y mutable. La rígida estructura legal y la lentitud del su procedimiento generatriz así como las limitaciones cognoscitivas del legislador, hacen imperiosa la necesidad de integrar la técnica colaborativa de la potestad reglamentaria³⁴.

Así entonces, la Administración puede dictar actos u órdenes sin necesidad de una norma describa cada uno de los supuestos de aplicación, porque, como decíamos, lo característico es que en este orden de cosas, es la imprevisibilidad de las múltiples y variables situaciones que pueden darse, por lo que las cláusulas generales de apoderamiento y los conceptos jurídicos indeterminados son los instrumentos normativos que más se avienen con las necesidades de cobertura legal de las actividades administrativo regulatorias de los servicios públicos.

³³ *Id.*, p. 527 y ss.

³⁴ Ha sido debatida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, la amplitud de la potestad reglamentaria en frente de la reserva legal. Sobre el camino recorrido por la reserva de ley en la historia reciente de nuestro Tribunal Constitucional, *vid.* entre otros, Carmona Santander, Carlos, *Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento*, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 61, 1998; del mismo autor, *Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento*, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N°63, 2000, pp. 154-190; también, Zúñiga Urbina, Francisco, *Ley y Reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (del afrancesamiento a la germanización)*, en *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, varios autores (ed. Gastón Gómez Bernales), Cuadernos de Análisis Jurídico N° 41, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1999, pp. 211-236.

Por su parte, esta concepción estricta de servicio público ha venido a encontrar apoyo, dentro del sistema español, en el artículo 128 inciso 2º de la Constitución Española, el cual ha sido objeto de diversas interpretaciones. Este precepto señala: “*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.*”

Una vez aquí, reconocida la posibilidad de la reserva constitucional de bienes o servicios a la titularidad pública, la doctrina se ha dividido entre quienes aceptan que intervenga la iniciativa privada y quienes no. Hay quienes sostienen que la posibilidad de intervención privada en el campo de los servicios públicos está absolutamente vedada, pues la reserva en exclusiva de recursos o servicios esenciales implica necesariamente la titularidad y la gestión públicas. Entre ellos Fernández Farreres y Martín Rebollo. Otros, en cambio, admiten la posibilidad de la gestión privada o indirecta de los servicios previa concesión administrativa otorgada al particular. En este sentido se han pronunciado Garrido Falla, Chinchilla Marín, Muñoz Machado y Meilán Gil.

Martín Rebollo ha sintetizado ambas tesis. La “interpretación restrictiva” sitúa en este precepto los supuestos de “nacionalización en sentido estricto”, es decir cuando están unidas titularidad y gestión de los servicios esenciales en manos públicas, en tanto que en los servicios no esenciales –no cubiertos por el artículo 128 inciso 2º de la Constitución Española- sí cabría la gestión privada. La otra alternativa es pensar que los únicos servicios públicos que pueden reservarse al sector público son los esenciales, aunque esa reserva no excluya la gestión indirecta³⁵.

Por cierto que esta cuestión amplía su rango de complejidad en frente de las discordancias en torno al concepto de servicio público. “Mientras que para Garrido Falla sólo hay servicio público cuando la Administración tiene la titularidad exclusiva de la actividad (pudiendo los particulares actuar en el sector sólo a través de fórmulas contractuales interpuestas), Muñoz Machado estima que el artículo 128 inciso 2º de la Constitución Española afirma únicamente que el Estado podrá reservarse como titular en exclusiva los recursos o servicios que sean esenciales, pero que ello no ha de llevar a concluir que la Constitución dice

³⁵ Roldán Martín, *op. cit.*, p. 29.

que sólo caben los servicios públicos con titularidad exclusiva por parte de la Administración”³⁶.

Por otra parte, se presenta el problema de identificación entre servicio esencial y servicio público. Martín Rebollo, refiriéndose al artículo 128 inciso 2º de la Constitución Española, sostiene que “la reserva supondría la exclusión del mercado, pero la reserva tiene también como límite el carácter “esencial” del servicio de que se trate. No parece que quepa identificar –dice Martín Rebollo- “servicio público” y “servicio esencial” de modo que, desde este punto de vista, como no cabe afirmar que todos los anteriores servicios públicos sean servicios esenciales se está implícitamente diciendo que el límite a la libertad de empresa no son los servicios públicos sino sólo aquellos que puedan calificarse de esenciales.”³⁷

Por su parte Troncoso Reigada ha dicho que “realmente, la Constitución [española] no afirma claramente que el establecimiento de un servicio esencial equivalga a la declaración de una actividad como servicio público. O lo que es lo mismo, que la declaración de una actividad como servicio público lleve aparejada la atribución al Estado de su titularidad. Esto es consecuencia de la identificación entre servicio esencial y servicio público, ya que la Constitución prevé únicamente la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, pero no menciona los servicios públicos.” Con todo “esta identificación parece lo más coherente doctrinalmente por varias razones: por una parte, la previsión del artículo 128 inciso 2º de la Constitución Española encaja con la doctrina tradicional predominante sobre el concepto de servicio público; además, la previsión de servicios esenciales en régimen de monopolio se identifica con el régimen jurídico más típico del servicio público”³⁸. Esta visión ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional Español, entre otras en las sentencias 17/1990 de 7 de febrero y 127/194 de 5 de mayo³⁹.

Refiriéndose al carácter esencial del servicio al que alude el artículo 128 inciso 2º de la Constitución Española, Herreros López recuerda lo dicho por Chinchilla Marín, en el sentido de que en el marco de este artículo “recurso o servicio esencial es “sinónimo de utilidad

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Martín Rebollo, Luis, *Sociedad, Economía y Estado*, en Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Editorial Civitas, 1998, p. 643.

³⁸ Troncoso Reigada, A., *Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: el caso del Servicio Público*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 19, N° 57, septiembre-diciembre 1999, p. 87 y ss.

³⁹ Roldán Martín, *op. cit.*, pp. 29-30.

pública o utilidad general, esto es, prestaciones necesarias para la comunidad, y, más concretamente, para garantizar la cohesión social, o, dicho de otra manera, para asegurar, en términos de igualdad y efectividad, los valores que, según el artículo 10 CE, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, a saber: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad.”⁴⁰

3.- Servicio Público, Función Pública y Gestión Económica. Servicios públicos impropios. Delimitaciones conceptuales.

Desde un punto de vista positivo, se constata la falta de un concepto unitario legal de servicio público en la legislación. Como sabemos, nuestra Constitución no contempla la *publicatio* en su sentido más intenso (servicio público en sentido estricto); sólo contiene referencias que hacen pensar que el concepto de servicio público que detenta es el orgánico y, como sabemos, también existe una perspectiva funcional del concepto y, a mayor abundamiento, se introduce cierta ambigüedad con lo que manifiesta el artículo 13 de la LOCBGAE cuando incluye dentro de los sujetos obligados a las empresas que prestan servicios de *utilidad pública*.

Esta vaguedad jurídico conceptual –defecto que ha dado pie a una utilización puramente táctica o coyuntural del servicio público que ha sido utilizada para perseguir finalidades concretas, no interesadas en la construcción dogmática o de integración de la laguna legal⁴¹- ha sido una de las razones que explica la búsqueda del concepto estricto de servicio público.

La clásica concepción francesa del servicio público es amplia, expansiva, entiende que toda actividad desarrollada por la Administración tendiente a satisfacer de un modo positivo un interés o una necesidad pública es un servicio público. Esa inconveniente amplitud obligó a la doctrina, en un intento de precisar mejor su contenido técnico, a intentar delimitarlo de otras ideas afines: la función pública y la gestión económica.

La función pública es aquella que se desarrolla en la consecución de fines esenciales en la actividad propiamente soberana del Estado, la cual se manifiesta en normativa jurídica. Su titularidad es, en consecuencia, propia del Estado, como la actividad legislativa, judicial, de

⁴⁰ Chinchilla Marín, C., *Servicio Público: ¿crisis o renovación?*, en *Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*, E. Malaret García (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, N° 28, Madrid, 1997, p. 88.

⁴¹ Ariño Ortiz, *Principios...*, *op. cit.*, p. 488.

hacienda, de defensa, tributaria, y se realiza bajo el halo de un régimen jurídico único. El servicio público, en contraste, es aquella actividad estatal que se encamina, directa o indirectamente, a la consecución de fines de bienestar social no esenciales en el ser del Estado, pero sí indispensables para la vida social en un momento y lugar dados. Ésta consecución no se manifiesta en ejercicio de poderes soberanos, sino que por medio de una actividad prestacional positiva (prestaciones de tipo técnico), cuya titularidad si bien pertenecía a los particulares en el origen, la asume el Estado cuando se torna indispensable para la vida social. El servicio público no es una actividad coactivamente impuesta; no se impone al particular sino que se le ofrece. Asimismo, el régimen jurídico del servicio público no supone la actuación de funcionarios.

La segunda delimitación conceptual es la que atinge a la gestión económica. Aquí se comprenden “una serie de actividades de producción y dación de bienes al mercado que el Estado asumió desde comienzo de los años cuarenta a través del fenómeno de la empresa pública concurrencial”⁴². Con ella se procuraba la consecución de ciertos fines públicos o de utilidad general, y no puramente mercantiles, como podían ser las políticas de pleno empleo, de desarrollo regional o de abastecimiento.

La aparición de estas actividades generó el debate acerca de si debería ampliarse el concepto de servicio público hasta cubrirlas (Garrido Falla) o bien si éstas revestían una naturaleza distinta lo que exigía la generación de una nueva categoría jurídica (Villar Palasí). Lo cierto es que si bien tanto en el servicio público como en la gestión económica hay fines públicos involucrados, éstos son de especies diferentes. En la gestión económica, es decir en las actividades productivas, hay una finalidad de ordenación económica, de promoción económico-social de la nación considerada en su conjunto, y no de servicio público a los ciudadanos individualmente considerados.

Gaspar Ariño Ortiz anota las siguientes diferencias entre ambos: a la gestión económica le falta la exclusividad regalística de la actividad; le falta la regularidad y continuidad de la prestación, notas características del servicio público; falta el derecho abstracto del usuario a exigir la prestación judicialmente que está en el servicio público; falta el ejercicio de potestad que supone de ordinario el servicio público y el régimen de protección y prestación del derecho público (aunque pueden haber manifestaciones de imperio en la gestión económica pero con un fundamento diverso, no en la naturaleza de la actividad sino en la condición del

⁴² *Id.*, p. 493.

sujeto que asume la gestión económica); en definitiva tienen un régimen jurídico diverso, pues en el caso de la actividad de servicio público el régimen es siempre de derecho público aun cuando éste se preste por concesionario interpuesto, y en el caso de las actividades productivas el régimen es siempre de derecho privado, aun cuando, éstas sean asumidas o gestionadas directamente por entes públicos -por condición del sujeto- tienen una serie de privilegios o prerrogativas especiales (garantías del Estado, beneficio de la expropiación, exenciones arancelarias o fiscales).

Para delimitar conceptualmente al servicio público, resta aún mencionar a aquellas actividades que guardan también un haz de interés público y al mismo tiempo presentan ciertas desigualdades o asimetrías para los ciudadanos debido a lo cual se encuentran especialmente reguladas. Son los servicios públicos impropios, también llamados virtuales o bien actividades de interés público. Ellos tienen origen en la dogmática italiana. Su nota característica es que son actividades esencialmente privadas que se desarrollan en el marco de la libre iniciativa privada, respecto de las cuales no ha habido una declaración formal de servicio público (publicación), pero que en razón de un interés público se les somete a una reglamentación o regulación especial para la cautela o protección de ciertos bienes sociales, es decir, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial: *“el Estado conserva poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad”*⁴³. Así sucede como por ejemplo con la actividad farmacéutica, bancaria, sanitaria o asistenciales privadas, y otras que requieren para su operación de autorizaciones (no concesiones) y/o licencias.

El interés social que desde este punto de vista justifica la especial atención que manifiesta el poder público a través del sometimiento de la actividad a una vigilancia más intensa, desde la perspectiva económica justifica la intervención debido a la aparición de asimetrías de información. Esa pretensión correctiva de la función estatal en vistas de emular las condiciones teóricas del modelo de mercado perfecto, es, como hemos dicho, la justificación tradicional economicista de la intervención del Estado en ciertas áreas de la economía. Las asimetrías de información representan uno de los supuestos de hecho más potentes en la teoría de la regulación económica, pues constituyen probablemente, junto al poder de mercado, el problema más frecuente y de efectos más perniciosos al interior del sistema económico. Basta con mirar el nutrido entramado de normas que buscan aminorar el

⁴³ Ariño Ortiz, *Principios...*, *op. cit.*, p. 504.

nivel de desconocimiento en que se encuentran los consumidores frente de las empresas proveedoras de bienes o servicios.

Pues bien, en frente de estas actividades, hay dos alternativas: o se asimilan a los servicios públicos, y en consecuencia se interpreta el estatuto de ellos de una manera extensiva; o por el contrario se consideran actividades privadas sometidas a simples técnicas de policía administrativa algo más intensa.

Los elementos denotatorios de los servicios públicos impropios son:

- 1.- Se trata de actividades fundamentalmente privadas, no asumidas por el Estado;
- 2.- Empero, revisten interés general;
- 3.- Se trata de una actividad dirigida al público, es decir, “a la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y en condiciones de reclamarlo”⁴⁴;
- 4.- Estas actividades se realizan en régimen de autorización –no de concesión- si bien se configura para ellas un régimen jurídico especial. Aquí también la doctrina se encuentra dividida. Hay quienes consideran que se trata de servicios privados, pero que debido al interés que en ellos tiene la comunidad, la Administración los someta a una serie de controles que se inician con la exigencia de autorización, y se mantendrán a lo largo del desarrollo de la actividad mediante el sometimiento a las condiciones, términos y modos que ha dicha autorización se añaden o a una disposición de carácter reglamentario y quienes, en cambio, los conciben como verdaderos servicios públicos en vías de declaración. En definitiva, si bien no hay *publicatio* de la actividad –no hay concesión- tampoco la autorización es una mera remoción de límites, sino que ella crea entre la Administración y los particulares una relación permanente de sujeción con obligaciones de hacer asociadas. Se trata de una autorización que trasunta toda una situación jurídica general y objetiva configurada previamente por el ordenamiento en la que se inserta el autorizado⁴⁵.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Se han denominado: “autorizaciones constitutivas de relaciones jurídicas permanentes entre la Administración y los particulares”; “autorizaciones con funcionalidad operativa”; “autorizaciones constitutivas de situaciones jurídicas-seccionales”; “autorizaciones conformadoras”; “concesiones de gestión económica de interés público”. *Id.*, p. 506.

Si bien hay una cierta aproximación jurídica en cuanto al régimen que gobierna a los servicios públicos y a las actividades reglamentadas, disciplinadas o programadas (servicios públicos impropios), no obstante existen algunas diferencias fundamentales:

1.- En cuanto a la fuente y contenido del deber de prestación. En el caso de los servicios públicos el deber de prestación se encuentra en el contrato de concesión y en la potestad originaria y permanente sobre la actividad que la Administración conserva; en cambio en las actividades reglamentadas el deber de prestación se encuentra en la norma, y no en el acto autorizatorio.

2.- Alcance de la potestad modalizadora. En el caso de las actividades reglamentadas ésta es por completo inexistente; la Administración no puede introducir ninguna variación al contenido de la prestación. En cambio en los servicios públicos, el concesionario se encuentra obligado no sólo por lo que la norma diga –como en el caso anterior- sino que además a lo que la Administración ordene. Desde ese punto de vista el concesionario queda de algún modo incorporado a la organización administrativa.

3.- Potestad sancionatoria. En el caso de las actividades reglamentadas ésta exige una tipicidad y un nivel de detalle mayor o más estricto que en el caso del servicio público. En éste último, como hemos visto, se da una mayor elasticidad del principio de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones.

4.- Posibilidad de sustitución. En el caso del servicio público, cuando hay razones que así lo ordenen el Estado puede sustituir al concesionario de manera de garantizar la prestación. Ello no ocurre en el caso de las actividades reglamentadas.

5.- Renuncia. Las actividades reglamentadas son perfectamente renunciables en cualquier momento, lo que no ocurre con los servicios públicos.

6.- Por último, en las actividades reglamentadas las tarifas tienen siempre la naturaleza de precio; en cambio en los servicios públicos puede ser precio o tasa según la gestión.

4.- *Publicatio*, Grados, Gestión y Títulos habilitantes.

Como hemos visto, de la mano de la idea de servicio público, y siendo imposible preterirla, está la idea de publicación o *publicatio*. Ésta es el medio jurídico por el cual se configuró desde sus inicios el Servicio Público por la vía de colocar en manos públicas ciertas tareas que habían estado fuera de ellas. La publicación, desde cierta perspectiva, puede

comprometer ciertos derechos y principios constitucionales así como la economía de mercado, en la medida en que se supone que la acción del Estado es “necesariamente subsidiaria y extraordinaria” en un contexto de liberalización y competencia. Con todo, su uso implica una ponderación de intereses públicos (y principios constitucionales) en juego, ponderación que debe realizarse en el marco jurídico constitucional exigido, tanto desde la perspectiva de los fines materiales como de los procedimientos formales para su configuración, pues toda actuación pública debe orientarse a la consecución de los intereses generales. La Constitución chilena (cláusula constitucional de servicialidad) señala que el fin del Estado es propender al bien común (el que puede ser entendido como integrado por los “intereses generales”). El art. 1 inciso 4º dice: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Por medio de la deliberación democrática, corresponde al legislador determinar cuándo una actividad es de interés general y por lo tanto susceptible de ser publicada. Así lo señala expresamente el artículo 65 inciso 4º N° 2 de la Constitución: “Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 2º Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones y atribuciones;”. El recurso al concepto jurídico indeterminado de “interés general” o “bien común” por parte del legislador para justificar la publicación de determinadas áreas, se corresponde y debe ser cubierto por exigencias mínimas de razonabilidad (proporcionalidad, idoneidad) de manera de cumplir con la exigencia de la interdicción de la arbitrariedad en las decisiones públicas⁴⁶

El hecho de que sea la Administración la titular permanente de la actividad y la responsable de la actividad, aun cuando ésta se realice mediante la técnica de la concesión, hace que ella ostente sendos poderes de control, dirección (modalización) y vigilancia sobre el prestador directo⁴⁷. De ahí que entonces pueda, como se estudia en materia de Contratos

⁴⁶ Dice Herreros López –*op. cit.*– que, “aunque toda publicatio debe recaer sobre recursos o servicios esenciales, no todos los recursos o servicios esenciales deben ser objeto de publicatio”. Y, por otro lado, “si la titularidad y la gestión privada del servicio no son obstáculos para la correcta satisfacción de aquellas necesidades, tampoco existen razones para eliminar la libertad de empresa.” Ello pues el único criterio para la publicación de una actividad no puede ser la importancia y esencialidad del servicio en el orden de las necesidades sociales.

⁴⁷ Ariño Ortiz, *Principios...*, *op. cit.*, p. 519 y ss.

Administrativos, aplicar la posibilidad jurídica del *Ius Variandi*; es decir, tiene la capacidad de ordenar o alterar unilateralmente las condiciones de la prestación, en frente de lo cual el concesionario sólo tiene el derecho a invocar el equilibrio económico financiero, pues su relación de especial sujeción respecto de la Administración –ejerciendo funciones delegadas- lo coloca en una necesidad total y absoluta de subordinación.

Estas normas ordenadoras o poderes direccionales o modalizadores que ostenta la Administración no son sólo un poder reglamentario de carácter policial, sino un poder interno de dirección mediante instrucciones, circulares y órdenes concretas, de análoga naturaleza y extensión a las que exhibe sobre sus propios órganos y servicios⁴⁸. Adicionalmente, ostenta poderes de inspección y vigilancia, especialmente para garantizar calidad y seguridad de los bienes o servicios.

La evolución práctica del servicio público ha mostrado que pueden convivir -dice Roldán Martín- en un mismo sistema jurídico, diversas formas o “grados de *publicatio*” (citando a Latournerie) o una “escala de *publicatio*” (recordando a Souvirón)⁴⁹. Derivado del propio carácter flexible de la categoría de servicio público, gracias a la convivencia de las concepciones objetiva y subjetiva, y sin, por ello, ponerse en duda la naturaleza de tales, han aparecido formas de actuación e intervención administrativas muy variadas. De una parte, tanto la titularidad del servicio o actividad así como su gestión pueden estar en manos públicas. Se trata de forma más intensa de *publicatio*, donde absolutamente toda la actividad se encuentra bajo el poder público, en régimen de derecho público y en carácter de monopolio *de iure* y de facto. Esta forma de organización presentaron por ejemplo el servicio de correos (Correos de Chile) o la telefonía (Compañía de Teléfonos de Chile). De otra parte, la titularidad pública puede convivir con la gestión privada (privatización de la gestión del servicio público). En este caso el privado requerirá de una previa habilitación para poder prestar el servicio, lo cual se realiza mediante la técnica concesional o las autorizaciones administrativas. En este caso la titularidad del servicio sigue en manos del poder público, por lo que es éste el responsable último del mismo y conserva potestades de control sobre la gestión realizada por el particular, el cual la realiza bajo su cuenta y riesgo, asumiendo eventuales pérdidas y percibiendo tarifas. Por último, los servicios prestados por el Estado pueden concurrir con otros de similar naturaleza

⁴⁸ *Id.*, p. 521.

⁴⁹ Roldán Martín, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

proveídos por privados. En ellos la *publicatio* no ha afectado a la actividad en su conjunto (área específica de la actividad económica), por lo que la Administración ejerce actividades prestacionales directas las que conviven con la actividad privada en un mismo momento. Ello ocurre en materias de educación, por ejemplo.

Como decimos entonces, es común que en la prestación de servicios públicos la titularidad pública se encuentre separada de su gestión, quedando ésta en manos de particulares. En este caso se habla de gestión privada o indirecta. Esta modalidad de prestación ha sido defendida sobre la base de dos ideas: por una parte, porque permite la colaboración público privada, o en otras palabras, permite conjugar los intereses generales y la libertad de empresa, y por otra, porque permite reducir el gasto público al tiempo que incrementa el grado de eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios.

La gestión indirecta requiere previamente de la obtención de un título habilitante otorgado por la propia Administración. Tanto la posibilidad de la gestión privada de un servicio público como la obtención del título habilitante deben de estar previstas en la ley, o a lo menos, en lo que al título se refiere –desde otra perspectiva ideológica-, no debe estar proscrita por ella. Ahora bien, el surgimiento de la técnica concesional administrativa como título habilitante para la gestión indirecta de los servicios públicos, se enmarca en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, entre la titularidad y la gestión de la actividad, “toda vez que llegó un momento, en pleno Estado liberal, en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que, se pensaba entonces, debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.”⁵⁰

Si bien tanto la concesión como la autorización administrativa, en tanto títulos habilitantes otorgados por la Administración con el fin de que privados realicen funciones de servicio público, son relativamente indiferentes desde el punto de vista efectivo, suelen ir asociadas a dos formas distintas de comprensión del servicio público. Como dice Herreros López, “si la concesión administrativa es el título para la gestión privada de los servicios públicos subjetivos, la autorización administrativa lo es en el caso de los servicios públicos objetivos”. No obstante el legislador (y la Administración) en la práctica suele utilizarlas de manera indistinta, lo cual diluye estas escisiones. Sin embargo, puede decirse que la autorización administrativa tiene un efecto declarativo; se comprende que por su intermedio se

⁵⁰ Rodríguez-Arana, *op. cit.*, p. 276.

remueve un obstáculo que impedía la realización de una actividad por un particular al que le asiste el derecho *ex ante* para realizarla. Se trata de un ejercicio de verificación por medio del cual la Administración constata la idoneidad de un particular para la ejecución de determinadas tareas; idoneidad de carácter técnico, económico o de decisión, con lo que se restringe el acceso a un número limitado de operadores de manera tal de seleccionar a aquellos que cumplan con los requerimientos impuestos. La concesión administrativa en cambio, posee un efecto constitutivo, por el que se crea un nuevo derecho para el privado. En ambos casos se trata de una figura jurídica que habilita a un privado en el ejercicio de una actividad que, sin estar completamente reservada al Estado, satisface intereses generales. En ambos casos están presentes obligaciones para el gestor: básicamente obligaciones de servicio público y control del poder público.

Aunque ambas técnicas autorizatorias utilizadas por el poder público para legitimar la intervención privada en el ámbito de los servicios públicos siguen teniendo vigencia, y aunque los fundamentos de la *publicatio* en la versión de la solidaridad social (Duguit) o procura existencial (Forsthoff), la “expresión real” de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la *publicatio* (concesión) –salvo excepciones- sino la técnica autorizadora –*ordenatio*–, cuando no la simple certificación de la Administración de la idoneidad técnica del particular que presta el servicio⁵¹.

En cualquier caso, sea cual fuere la técnica autorizatoria, la habilitación es siempre temporal, sometida a una terminación cuando las necesidades del servicio así lo requieran. Ello se explica por el carácter de dominio público o de titularidad estatal de la actividad, por lo que constituye una competencia pública intransferible. Además es conveniente desde un punto de vista del mercado y la competencia; si no puede haber una competencia *en la prestación* si puede haber competencia *para la prestación*, mediante la convocatoria a nuevos potenciales gestores.

La primera forma de terminación es el plazo concesional fijado por la ley o bien contractualmente dentro de unos parámetros fijados por norma. Terminado el plazo, la actividad retorna a las manos de la Administración, quien la puede asumir directamente, encomendarla a un nuevo gestor o prorrogar al anterior (“reversión”)⁵². La segunda forma

⁵¹ *Id.*, p. 279.

⁵² Se discute en doctrina si la reversión tiene un carácter esencial en el régimen del servicio público; en otras palabras ¿puede haber servicios públicos no revertibles.? Para García de Enterría, por ejemplo, no es un elemento

tiene un carácter anticipado y se denomina “rescate”, mediante la cual la Administración puede unilateral y discrecionalmente poner fin al contrato antes del vencimiento de plazo (derecho potestativo de terminación) mediando la correspondiente indemnización. Finalmente, la “caducidad” es la extinción de la concesión como sanción por el incumplimiento grave de las obligaciones y deberes del concesionario.

Cabe agregar que la transferencia de la concesión o de sus instalaciones por parte del concesionario a otro particular debe contar siempre con la autorización previa de la Administración, la que es discrecional y postestativa. Ello pues tras la primitiva habilitación existe una conformidad legal, técnica y financiera del gestor con los requerimientos públicos debidamente considerados por la Administración para otorgarla, lo que explica la delegación de la gestión de una actividad de interés público en él y no en otro.

Por su parte, la gestión directa o las formas directas de prestación de los servicios públicos, puede ser llevada por órganos de la Administración (con sus funcionarios) o bien por organismos públicos (instrumentales) dotados de personalidad jurídica expresamente creados para ello. En el primer caso se aplica el derecho administrativo, en el segundo se pueden encontrar aplicaciones del derecho administrativo y de derecho privado. Todavía, puede realizarse mediante la creación de entes de naturaleza privada encargados de la gestión de los servicios públicos. Aquí el servicio se desarrolla bajo un estatuto de derecho privado, y además el ente gestor –de naturaleza privada aunque de capital público- no puede disponer de potestades públicas⁵³. Con todo, como ha dicho Santamaría Pastor “no hay ningún servicio público que pueda ni deba ser prestado con absoluta sumisión a normas de derecho público, sin mácula alguna de derecho privado; ni a la inversa. En todo servicio deben coexistir normas de derecho público y de derecho privado: el problema radica en qué proporción respectiva, y a qué extremos deben extenderse unas y otras.”⁵⁴

Por último, debe anotarse que aunque toda *publicatio* debe recaer sobre recursos o servicios esenciales, no todos los recursos o servicios esenciales deben ser objeto de *publicatio*, ello pues no puede ser el único criterio el de la esencialidad del servicio para determinar la

esencial ni de la naturaleza, sino accidental. *Vid., Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, 1974. Citado en Ariño Ortiz, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 534-537.

⁵³ Martín Rebollo, *op. cit.*, p. 632.

⁵⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, Segunda Edición, 2000, p. 325.

publicación. Si ello fuera así –dice González Encinar- debería primero publicarse el servicio de pan que el de correos.⁵⁵ Por último, “si la titularidad y gestión privadas del servicio no son obstáculos para la correcta satisfacción de aquellas necesidades, tampoco existen razones para eliminar la libertad de empresa”⁵⁶.

5.- Ajuste a un entorno de competencia.

Muchas de las lecturas a las que hemos accedido y que han sido citadas a lo largo de estas palabras⁵⁷ coinciden, más allá de las diferencias iniciales y/o dogmáticas acerca de los conceptos clásicos, en que la idea de Servicio Público no debe suprimirse de la cultura jurídica, sino que más bien debe ser reconducida a un entorno de competencia. Ese ha sido el efecto dialéctico producto de la interacción entre la liberalización generalizada del mercado y la necesidad de asegurar y mantener las prestaciones básicas y el bienestar que el modelo clásico del Servicio Público logró materializar. Para ello resaltan la tradicional labilidad del concepto y las ganancias materiales que ha importado en el nivel de satisfacción de los intereses ciudadanos. Asimismo ponen de manifiesto la separación entre el servicio público y la titularidad pública de la actividad, o en otras palabras, la pérdida de “consistencia del concepto orgánico y subjetivo de servicio público para ir identificándose más, poco a poco, con aquel tipo de actividad ejercida bien por el sector público, bien por el privado que queda sometido a una mayor intervención que el resto de las actividades económicas”⁵⁸.

Por ello es que ha acercado la idea de Servicio Público a la de *Public utilities* anglosajona⁵⁹. Como sabemos, la idea de los *Public Utilities* ha sido tradicionalmente cercana a una concepción más liberal del sistema jurídico, con una mayor participación privada en la

⁵⁵ Vid. Herreros López, *op. cit.*; González Encinar, J.J., *El Derecho de la Televisión*, en *El Régimen Jurídico de la Televisión*, 1995, p.15-16. Citado en Herreros López, y nota al pie número 36, *id.* También alude a Garrido Falla, Fernando, *El concepto de servicio público en derecho español*, en RAP N° 135, 1994, p. 19.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Vid. Martín Rebollo, *op. cit.*; Hernández López, *op. cit.*; Roldán Martín, *op. cit.*; Rodríguez-Arana, *op.cit.*; Muñoz Machado, *op. cit.*; Ariño Ortiz, *op. cit.*, entre otros.

⁵⁸ Martín Rebollo, *op. cit.* 643.

⁵⁹ La noción de *public utility* es difícil definición: es más restringido que el de empresa afectada al interés público (sólo una parte de las empresas reguladas pueden ser calificadas como tales); por su parte, la actividad debe presentar dos características: su carácter indispensable, en cuanto un sector importante de la población no puede eludir su prestación y que el suministrador se encuentre en una situación preponderante respecto al consumidor, por lo que éste necesita ser protegido mediante regulación. Hay quienes, todavía, agregan a estos elementos la gestión monopolística. Pero, a final de cuentas, todas estas notas son muy imprecisas. Vid. Sendín García, Miguel Ángel, *Regulación y Servicios Públicos*, Editorial Comares, 1ª edición, Granada, 2003, pp. 24 y ss.

gestión y prestación de los recursos y servicios, y ha permitido la convivencia entre el interés general y la iniciativa privada (es decir no ha proscrito la colaboración privada a la manera que lo hacía en principio la idea de Servicio Público la que se construía sobre un monopolio de la titularidad y la gestión de las actividades)⁶⁰. Ha sido esa una consecuencia, por lo demás, derivada de la influencia directa del Derecho Comunitario, el que sin prejuizar acerca de la propiedad en los estados miembros (si la titularidad es pública o no) exige que se presten los servicios en un entorno de competencia⁶¹.

Desde la perspectiva de los *public utilities* las regulaciones administrativas parten siempre de la libertad de comercio y del intento de proteger el acceso a los mercados y a la competencia, por lo tanto el servicio público (o los servicios de interés público) se construyen a partir del mercado concurrencial y no contra él⁶². Esta idea es de vieja data en el *Common Law*. Las primeras aplicaciones del Common Law a un concepto moderno de servicio público parten de un comentario redactado por M. Hale, en el que identifica ciertos tipos de comercio que son portadores de un interés general. Cuando las infraestructuras por sí mismas están en una posición privilegiada o cuando no hay nada más que una que pueda servir al conjunto del público, dejan de ser enteramente privadas pues son portadoras de un interés general; “en consecuencia, los propietarios no pueden exigir tasas arbitrarias o excesivas sino únicamente montantes razonables y moderados”⁶³. Es la sentencia *Munn v. Illinois* del año 1877 la que por primera vez recoge las ideas de *public utility* en la jurisprudencia en el siguiente sentido: “cuando una persona privada consagra su bien a un uso en el que el público tiene interés, confiere por este hecho al público un interés particular en la continuidad de su uso: En estas condiciones, debe someterse a un control público, por el bien común.” Desde esa jurisprudencia, se dejó establecido el derecho de los Estados a reglamentar las compañías de servicio público⁶⁴.

⁶⁰ *Vid. Merryman, op. cit.*

⁶¹ En general, *vid. Lasheras, Miguel Ángel, La Regulación Económica de los Servicios Públicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.

⁶² Las justificaciones para la regulación de las *utilities* son las mismas que veremos para la regulación de los servicios públicos, entendidos en un entorno competencial, desde la perspectiva de la economía neoclásica. *Vid. Sendín García, Regulación y Servicios Públicos, op. cit.* pp. 25 y ss.

⁶³ Muñoz Machado, *op.cit.*

⁶⁴ *Vid. Breyer, Stephen G.; Stewart, Richard B.; Sunstein, Cass R. & Spitzer, Matthew L., Administrative Law and Regulatory Policy Problems, Text, and Cases*, Fifth Edition, Aspen Law & Business.

Con todo, se han puesto de manifiesto algunos puntos conflictivos que conlleva el modelo de prestaciones públicas básicas proveídas por los mecanismos del mercado corregido por la intervención pública. Por una parte, el sistema de regulación –de las asignaciones prestacionales hechas con arreglo al “libre” juego del mercado- resulta más complejo que un sistema presidido por el intervencionismo de un agente estatal único. Deben resolverse cuestiones de obligaciones de servicio público, y en particular del servicio público universal. Es decir, debe resolverse quién debe prestar los servicios; deben establecerse mecanismos de financiación para compensar a los obligados a prestarlos y también los costos de la prestación sin la referencia al mercado. Asimismo, debe hacerse frente a los problemas derivados de los cambios normativos exigidos constantemente a partir de los cambios tecnológicos. Una vía, en la comunidad europea, ha sido el camino de la estandarización mediante reglamentaciones técnicas; es decir, la elaboración de técnicas, tanto por organismos públicos como privados. Por otra parte, además de la regulación normativa, resulta fundamental dotar a los organismos públicos de facultades de control, supervisión y arbitraje, para el adecuado funcionamiento de los servicios económicos de interés general.

6.- El gatopardismo del Servicio Público.

En estas condiciones, en circunstancias que han propiciado un nuevo cambio de paradigma de la intervención estatal en ámbitos económicos o de servicio público, el Derecho Administrativo ha retomado nuevos aires, distinto por cierto al siglo pasado, aires que exigen un cambio de cariz más que cosmético, una recomposición del mismo y de sus funciones clásicas, así como un cambio en el instrumentario y en los modelos de intervención pública. Requiere de una intervención más intensa y directa en aras de la consecución y construcción de técnicas jurídicas que garanticen el bienestar general de los ciudadanos; en otras palabras que haga posible el libre desarrollo de ellos y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todos. El Estado ya no es, en consecuencia, un mero prestador de servicios; el Estado es ante todo garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo que exhibe un conjunto de nuevas técnicas, un nuevo instrumentario, que le permiten cumplir adecuadamente con esa función. En ese sentido, Rodríguez-Arana ha afirmado la aparición del nuevo *Estado Garantizador* “y con él toda una serie de conceptos, categorías e instituciones que nace de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques hoy

reinantes en las Ciencias Sociales.”⁶⁵ Lo decisivo, entonces –dice Rodríguez-Arana-, no es quién presta el servicio, sino que éste promueva la *libertad solidaria* de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos; en otras palabras, lo relevante es que los servicios incidan favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los mismos⁶⁶.

Como consecuencia, el Servicio Público, producto ideológico de una particular forma de concebir la interacción Estado-Sociedad, pierde su sentido jurídico administrativo cuando desaparecen los pilares conceptuales básicos sobre los que éste se construyó y los presupuestos materiales que subyacen a la intervención pública. Esto se explica, como hemos venido diciendo, en el nuevo contexto de la opción por la competencia y la libertad en las prestaciones, unidas a ciertas cargas que garanticen especialmente obligaciones de servicio público. Es decir, el principio es la libertad, pero modalizada o contextualizada por la dimensión solidaria que le es inherente (en su dimensión de interés público que guarnece). La Administración Pública entonces, garantiza ahora la libertad en la prestación de los servicios básicos, con arreglo a su propia funcionalidad. Y las exigencias del principio de la “*libertad solidaria*” en la prestación de los servicios, se derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos⁶⁷.

En frente de las críticas de anacronismo y de ser contrario a las libertades públicas, de no guardar relación con la realidad jurídica y económica, la categoría de servicio público ha cambiado para permanecer: ha dejado atrás la faz de “ogro filantrópico” y se ha convertido en un espigado caballero de mejor semblante con nuevas y mejores armas. Se ha hecho nuevamente de su capacidad de mutar, de adecuarse; de su flexibilidad, elasticidad y su carácter evolutivo, para re-presentarse en el escenario de las necesidades públicas que ahora actúa y se mueve a los sonos dictados por el mercado. La idea de servicio público -la original duguitiana- permanece en la finalidad prestacional ínsita. Más allá de las mutaciones en las

⁶⁵ Rodríguez-Arana, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

⁶⁶ *Id.*, p. 282. Además, la breve explicación de la crítica de A. Sen al liberalismo igualitario en *supra* nota 18. Permítasenos sólo un paréntesis para rescatar una frase de Rodríguez-Arana que nos ha parecido totalmente pertinente, ahora que nos hemos acercado al Derecho Administrativo. Afirma que “el jurista no debe, no puede permanecer impávido ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.” p. 283.

⁶⁷ *Id.*, p. 279.

denominaciones, la naturaleza, las formas o el régimen jurídico, el Servicio Público recupera perfiles originarios para justificar y visualizar mejor la excepción al Derecho Privado que supone el Derecho Administrativo, lo que se explica por las finalidades públicas del último. Si hay intervención pública –regulando o prestando- es porque hay finalidades que superan lo meramente individual; finalidades de servicio público o de interés general. Como ha dicho Rodríguez-Arana, el mercado no es ni puede ser fuente de derecho, “es el contexto en el que debemos trabajar y e el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.”⁶⁸

Las pretensiones de lograr condiciones reales de bienestar mínimo para los ciudadanos supera en importancia al medio por vía del cual quiera lograrse ese objetivo (sea o no el mercado), por lo que la titularidad se torna secundaria y, en cambio, los objetivos sociales trazados por las políticas públicas en el elemento trascendental y definitorio⁶⁹. Esto ciertamente se acerca a como Tony Prosser, en Escocia, ha definido al “Public Service Law”: “*I define public service law –dice Prosser- as law designed to make basic public services available to all citizens without discrimination.*”⁷⁰ Ese es el cometido esencial, más allá de cualquier debate conceptual.

“Cambio para permanecer”, es lo que aconseja el joven Tancredo a su tío en la novela de Tomassi di Lampedusa. Y es lo que nos muestra el camino seguido por el Servicio Público.

⁶⁸ *Id.*, p. 290.

⁶⁹ *Id.*, pp. 644-645.

⁷⁰ Prosser, Tony, *Public Service Law: privatization's unexpected offspring*, 2001, pp. 63–64, disponible en <http://www.law.duke.edu/journals/63LCPProsser>.