

Servicios públicos y derechos fundamentales

rdai.com.br/ojs/index.php/rdai/article/view/83



Karlos Navarro Universidad de Salamanca (Salamanca, Salamanca, Espanha) ●

<https://orcid.org/0000-0002-8581-0787>

DOI: <https://doi.org/10.48143/rdai/05.kn>

Palavras-chave: servicio público, derecho humano, derecho fundamental, universalidad, igualdad, uniformidad, continuidad, nuevo servicio público

Resumo

El servicio público es una de las instituciones básicas del derecho administrativo. Sin embargo, no existe una definición estable de la misma. Por tal razón, el servicio público, al igual que la Administración, es fácil de describir, pero difícil de definir porque, al igual que ésta y que el ordenamiento jurídico que la rige, el Derecho Administrativo, es un producto histórico, que depende en buena parte de la idea que en cada momento se tenga del Estado, que es, a su vez, un elemento sometido a un continuo proceso de cambio y transformación. Todo ello provoca que el servicio público sea un elemento que va a variar al modificarse los fines que el Estado vaya asumiendo, en cada momento. Sin embargo, se han elaborado teorías o variables interpretativas y criterios de definición de la noción de Servicio Público, a través de la historia. El día de hoy, se reconoce, el servicio público, como un derecho humano, lo que ha justificado su universalidad, igualdad o uniformidad, regularidad y continuidad, en su prestación.

Downloads

Não há dados estatísticos.

Biografia do Autor

Karlos Navarro, Universidad de Salamanca (Salamanca, Salamanca, Espanha)

Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Director del Instituto Iberoamericano de Estudio e Investigación de Nicaragua

Referências

Eduardo Soto Parra define a los derechos constitucionales como la predeterminación constitucional de la conducta del Estado debida a un individuo en situación de exclusividad, se trata de una actividad humana, imperativamente protegida que genera

un interés propio, excluyente y de titularidad diferenciada y que habilita a exigir una prestación también diferenciada, edificado sobre el reconocimiento de un poder de un sujeto concreto frente a otro (que generalmente es el Estado o la administración), imponiéndole a estas obligaciones o deberes en su interés propio, que puede pedir hasta con tutela judicial. Soto Parra, Eduardo, "Derechos de los administrados ante los servicios públicos". Servicio público. Balance y perspectivas, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999.

La relación entre derechos humanos y garantías individuales, un interesante comentario lo realiza Héctor Fix-Fierro, al señalar que los derechos humanos son una categoría superior al de garantías individuales, y éstas constituyen el reconocimiento de un derecho humano por el Estado. Fix-Fierro, Héctor, "Comentario al artículo 10. constitucional", en Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, 4a. ed., México, H. Cámara de Diputados-LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p. 7.

J. L. VILLAR EZCURRA señala que "una de las cosas que más sorprende, uno de los extremos más curiosos del servicio público, en cuanto técnica administrativa y en cuanto una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, es que pese a ser uno de los núcleos alrededor del cual se ha construido la especialidad del Derecho Administrativo carezca de una definición total, pacífica, consentida por todos y que sea aplicable a cuantos supuestos aparecen en la dispersa legislación definidos como servicio público... Prácticamente, cada autor y a veces incluso cada editor en distintas épocas o en distintos libros, tiene su propia definición. Definiciones que son en gran parte incompatible en cuanto no son omnicomprendibles y sirven a los efectos que "a priori" se fija cada jurista, por lo que siendo congruente con este intento responden a una finalidad preconstituida... El servicio público, es, así, objeto de construcciones científicas "a priori". No se trata, por tanto, de una institución o de una técnica administrativa construida, sino por el contrario de una construcción permanente, inacabable nunca pacífica". Servicio público y técnicas de conexión. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980. Págs.71, 72 y 73.

M. A. SENDIN GARCÍA apunta que el servicio público "está sujeta a una continua reinterpretación que trata de adaptarla a las circunstancias propias de cada momento histórico. Esto no podía dejar de perjudicar a su validez científica, abocando irremisiblemente al fracaso de los denodados intentos doctrinales por llegar a una concepción unitaria del mismo, que han chocado siempre con ese pesado lastre. La segunda causa que dificulta la delimitación conceptual del servicio público es su estrecha relación con lo político, pues determinar que debe ser considerado en una sociedad concreta como tal es una decisión que posee una alta dosis de contenido político. El servicio público es, y probablemente será siempre, una figura polémica, ya que se encuentra a medio camino entre dos elementos de difícil convivencia: lo jurídico y lo político". Hacia un servicio público europeo. Editorial Comares. Granada, España. 2003. Pág. 5.

En opinión de J. C. CASSAGNE, "si bien la institución ha subsistido, sobreviviendo a las

distintas crisis que la acecharon, la técnica que, en definitiva, configura un régimen jurídico ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevalecientes en cada época histórica". "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina", en RAP 54 (2001). Pág. 446.

Como afirma T. R. FERNANDEZ RODRIGEZ citando a ALESSI, "del servicio público hay tantas definiciones como autores". "Del servicio Público a la liberalización desde 1950 hasta hoy". En RAP. No. 150 (Sep-Dic 1999). J. M. DE LA CUETARA señala que "hay tantos enfoques del servicio público, como conceptos tiene cada uno de quienes se han ocupado de él". La actividad de la administración. Tecnos. Madrid, España. 1983. Pág. 120.

El Derecho Administrativo -observa J. L. VILLAR PALASI - como todo fenómeno de Derecho, es un concepto histórico. El derecho es un producto y una técnica social y, por consiguiente, su concepto varía históricamente de acuerdo con los cambios que sufren en el tiempo, las ideas, el sentido de la agrupación social a la cual se aplica...Por eso resulta particularmente importante atender a la formación del Derecho Administrativo a través de la historia. Más aún, descubrir en la urdimbre sucesiva de los hechos una conexión explicativa de los mismos es la única perspectiva auténtica...El derecho administrativo no es una creación pacífica de la razón o un producto de usos y costumbres juridizados -como sucede en gran parte del Derecho mercantil-, sino el resultado de la incesante y eterna polémica del poder con la sociedad, como un subproducto -ingente pero derivativo- de la política. Derecho Administrativo. Introducción y teorías de las normas. Universidad de Madrid. Facultad de derecho. Madrid, España. 1968. Pág. 91.

R. RIVERO ORTEGA señala que "la historia nos muestra cómo las transformaciones en el modelo de Estado afectan sustancial y formalmente a la Administración pública. Variables sociales, políticas y económicas inciden sobre la organización y la actividad administrativas, estimulando al mismo tiempo la evolución de su ordenamiento regulador. Esta constante metamorfosis de la Administración pública y del Derecho Administrativo es consecuencia de los nuevos fines que el Estado se propone y de las nuevas técnicas que utiliza para su consecución. Administraciones Públicas y Derecho Privado. Marcial Pons. Madrid, España. 1998. Pág. 14. Véase, también GARRIDO FALLA, F.: Las transformaciones del régimen administrativo. Madrid. IEP. 1954; PAREJO ALFONSO, L.: Crisis y renovación en el Derecho Público. Madrid. CEC. 1991; MARTINEZ, R. B.: Derecho económico. UNAN, México. 1996. Pág. 20 y sigs.

Como señala G. ARIÑO ORTIZ, "el concepto de servicio público hay que plantearlo en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado". Principio de derecho público económico. Segunda edición. Editorial Comares. Granada, 2001. Pág. 488.

En tal sentido, SENDÍN GARCÍA ha conectado las distintas crisis del servicio público, con las crisis del modelo de Estado existente en cada momento, y, con ello, del papel que le correspondía desarrollar en cada momento en el ámbito económico. Hacia un servicio... Págs. 83-86.

Siguiendo a F. GARRIDO FALLA, podemos dividir, o agrupar en cuatro grandes etapas el desarrollo del servicio público: a) el abstencionismo administrativo del Estado-Gendarme; b) la expansión de los servicios públicos; c) la finalidad social y económica de la Administración y la aparición del Estado del bienestar; d) el neoliberalismo y crisis del servicio público económico y social. "¿Réquiem por el servicio público?". Cuenta y Razón 116 (junio-julio del 2000). Págs. 8-9

DE LA CUETARA, señala que antes de la Revolución francesa, el término servicio público nace, simplemente, para evitar utilizar la referencia "servicio del rey". Es claro que los partidarios de la soberanía nacional, los precursores de la revolución y los filósofos opuestos al derecho divino de la Monarquía han de preferir utilizar este término; por el contrario, los realistas, absolutistas y conservadores preferirían la idea del servicio del rey. La actividad de la...Pág. 120.

MARTÍNEZ MARÍN, A.: "La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española", en Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX II. Homenaje al Profesor Garrido Falla. Madrid. Editorial Complutense, 1992. Pág. 1380.

R. RIVERO ORTEGA indica que la actividad administrativa prestacional tiene antecedentes en el Antiguo Régimen: el servicio de correos, por ejemplo, creado por los monarcas absolutos. Sin embargo, en un primer momento gran parte de las actividades asistenciales o prestacionales (educación, sanidad) eran realizadas por la iglesia, que compartía con el Estado el protagonismo a la hora de ofrecer servicios esenciales a los ciudadanos. Serán necesarias transformaciones políticas -el surgimiento de los Estados modernos- y sociales -el advenimiento de las sociedades industriales- para que los aparatos administrativos asuman mayores responsabilidades prestacionales. Introducción al Derecho Administrativo Económico. Editorial. Ratio Legis. Salamanca, España. 1999.

M. DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, señala que la concesión de un servicio significa en definitiva, sin entrar en más profundidades, gestión de un servicio público por un particular ajeno a la Administración concedente. El incumplimiento en la concesión de servicio público. Editorial Montecorvo. Madrid, España. 1981. Pág. 69.

ROLDÁN MARTÍN, A.: "Los nuevos contornos del servicio público", en Derecho administrativo económico. Director: E. Ortega Martín. CGPJ. Madrid, 2000. Págs. 20-21.

SENDÍN GARCÍA, M. A.: "Los servicios públicos en el siglo XIX", en Anuario del Derecho Español 2005.

MARTÍN RETORTILLO, S.: "Sentido y forma de la privatización de la Administración pública", en Revista Española de Administración Pública 39, julio-agosto-septiembre de 2000. Pág. 16.

Apunta R. CABALLERO SÁNCHEZ que durante "la edad contemporánea hemos presenciado como el poder público cobraba una fortaleza inusitada y creciente, que le

permitía ir mucho más allá del estricto y tradicional control político del territorio, hasta intervenir de un modo activo y dominador en todas las fibras del tejido social: desde la educación y la sanidad –tradicionalmente en manos de la Iglesia y de las entidades de beneficencia- hasta la cultura, el ocio y el deporte. En este proceso expansivo también fueron quedando incluidos los sectores económicos estratégicos para el bienestar social (apareciendo los diversos servicios públicos económicos), así como otras actividades económicas carentes en sentido estricto de ese valor añadido (actividad industrial del Estado)”: CABALLERO SÁNCHEZ, R.: Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos. INAP. Madrid, 2003. Pág. 79.

ARIÑO ORTIZ, G.: “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Pág. 758.

Indica J. MARTÍNEZ DE PISÓN que el “todopoderoso Estado social lleva tiempo echando lastre por la borda, cediendo buena parte de lo que tradicionalmente era objeto de su responsabilidad en los ámbitos políticos, sociales y económicos”. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Dykinson. Madrid, 2003. Pág. 49.

En palabras de S. MUÑOZ MACHADO, “para explicar el cambio de actitudes de los poderes públicos, han dicho que hemos pasado del Estado gestor al Estado regulador, lo cual, sin ser del todo exacto, no deja de ser verdad. Sobre todo, explica eficazmente lo esencial: la principal forma de intervención del Estado en la economía ya no es (como lo fue durante casi todo el siglo XX en virtud del impulso que dio el nacionalismo económico, desde principios de la centuria, a la traslación masiva a mano pública de empresas y servicios) la participación en empresas y el mantenimiento de la titularidad pública de los servicios económicos, sino la supervisión continua del mercado para asegurar la igualdad de oportunidades y la libre competencia, permitiendo que sean empresas privadas las que se ocupen de la prestación de servicios de interés general”. “Prólogo” a Caballero Sánchez: Infraestructuras en... Pág. 27.

BASSOLS COMA señala que en la estructura íntima (del servicio público) subsisten elementos (ideológicos, jurídicos, económicos y sociológicos) de validez conceptual permanente en cuanto traducen un determinado modelo de relaciones político-jurídico. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales. RAP. Núm. 84. Número Homenaje a EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA. Sep-Dic. 1977. Pág. 28.

GARRIDO FALLA indica que en "España la terminología legislativa es más complicada. Tanto la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 como la Ley General Presupuestaria (Texto Refundido de 1988) utilizan una variedad terminología legal para designar y clasificar a los distintos organismos con personalidad jurídica propia, que gestionan servicios y funciones públicas". “El concepto de servicio público”...Pág.21.

PARADA VAZQUEZ expresa el servicio público es un término polémico y polisémico. Polémico por la tensión político-ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización, la burocracia, el aumento del

intervencionismo y del déficit público en contraste con la iniciativa y empresa privada, el no va más de que se dispone para atender las necesidades vitales de los ciudadanos en régimen de igualdad y a cubierto de la explicación y el lucro que guía a la empresa privada. Es también polisémico en cuanto por servicio público (como con el término intervencionismo) no se entiende exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento". Los servicios públicos en España.

Como señala A. TRONCOSO REIGADA que no "existe una noción clara de servicio público ni con anterioridad a la Constitución ni a partir de ésta". "Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público", en Revista Española de Derecho Constitucional 57 (1999). Pág. 112.

VILLAR PALASI, en el prólogo al libro de JOSE LUIS VILLAR EZCURRA, se preguntaba qué es un servicio público, respondiendo: "ante esta simple pregunta acuden a la respuesta múltiples perspectivas, infinidad de contestaciones, puntos de vistas muy diversos. Una simple ojeada a nuestra bibliografía sobre la materia confirma con toda claridad esa primera afirmación. No hay una doctrina pacífica, no una tesis compartida por todos en cuanto a lo que, a fin de cuentas, venga a ser un servicio público". Servicio Público y técnicas de conexión...Pág. 9

Citado por BASSOLS COMA.: RAP. Núm. 84...Pág. 36.

ARIÑO ORTIZ: Principios... Págs.539, 540 y 541 sobre este tema, véase también, VILLAR EZCURRA.: Servicio público y técnicas... Págs. 98-150.

DROMI, J. R.: Derecho Administrativo Económico. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979. Págs. 81, 82 y 83.

ALBI.: El servicio público municipal y sus modos de gestión". REVL. 1947. Núm, 35 y 36. Pág. 656, 657, 658, 659, 660, 661 y 662.

BOQUERA OLIVER, J. M.: Derecho Administrativo. Vol. 1 Madrid, España. IEAL; 1972. Págs. 211, GARRIDO FALLA, F.: "Sobre el derecho administrativo, y sus ideas cardinales". RAP. Madrid, Núm. 7. Pág. 78.

ALBI con el objetivo de sustentar su criterio, nos ofrece las siguientes definiciones:

APPLETON: "Organización establecida por los poderes públicos para satisfacer socialmente necesidades, generales por procedimientos administrativos". *Traité élémentaire du contentieux administratif*. París, 1927. Pág. 114;

HAURIOU: "Una organización pública de poderes de competencia y de prácticas administrativas, que asume la función de prestar al público, de modo regular y continuo, un servicio determinado con una finalidad de policía, en el sentido elevado de la palabra". *Précis de Droit administratif et de Droit public*. París. 1933. Pág. 66 ;

SIMONE: "Los diversos organismos instituidos con el objetivo de dar satisfacción a las necesidades y a los intereses generales del país". *Traité élémentaire de Droit public et administratif*. París. 1902. Pág. 445;

POSADA: "Las organizaciones adecuadas de personal técnico, capaces

de aplicar con la máxima eficacia y economía, al fin del servicio, los medio de que al efecto disponen, empleando los procedimientos administrativos del caso". Derecho Administrativo...Pág. 267; ROYO VILLANOVA: "La organización de todos aquellos elementos y actividades que trascienden de la esfera de los intereses privados y que afectan a las necesidades o conveniencias de la colectividad". Elementos de Derecho Administrativo. Valladolid. 1926. Pág. 230; GARCIA OVIEDO: " Ordenación de elementos y actividades para un fin que... es la satisfacción de una necesidad pública". La teoría del servicio público. Madrid. 1923. Pág. 22.

DUGUIT: "Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurado más que por la intervención de la fuerza gobernante. Manuel de Droit constitutionnel. París. 1918. Pág. 73; HAURIOU: "Servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública". (Esta es la postura inicial de HAURIOU y figura en la décima edición de su obra citada; en la duodécima encontramos ya la rectificación de criterio); ALVAREZ GENDIN: "Coordinación o conjunto de actividades jurídicas-administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las Corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminada a satisfacer económicamente necesidades públicas, de una manera regular y continua". El servicio público. Madrid. 1927. Pág. 21; FERNANDO DE VELASCO: "La actividad encaminada a cierto fin". Los contratos administrativos. Madrid. 1927. Pág. 89; RANELLETTI: "Toda la serie de acciones y prestaciones que el Estado u otro ente público efectúa para la satisfacción de una determinada necesidad colectiva". "Concetto delle persone giuriddiche publiche amministrative". Riv. Dir. Pubblico e della Pubblica Amministrazione. Tomo I. Pág. 345. Nota. 4; BLONDEAU: " Toda actividad organizada por la Administración para satisfacer una necesidad considerada esencial y que sólo puede satisfacer completamente mediante la intervención de la Administración". Traité élémentaire du contentieux administratif. Pág. 115; RAGGI: "Aquel complejo de prestaciones personales encaminadas a un fin, efectuadas por personas físicas que obran en nombre y en el interés del Estado o de otras personas públicas aunque a título de concesionario, salvo si se trata de prestaciones que estén completamente sometidas a las normas de derecho privado y consideradas como prestaciones de derecho privado". Servizio pubblico e demanialità. Pág. 81; CAMMEO: "La satisfacción de las necesidades colectivas mediante manifestaciones de la actividad del Estado". Comentario alle legge sulla giustizia amministrativa. Núm. 83.

GASCON y MARIN: " El prestado para satisfacer necesidades general pública, de modo regular y continuo; utilizando procedimiento jurídico público también que somete las relaciones creadas a régimen especial". Derecho Administrativo. Pág. 230; SANTAMARIA DE PAREDES: " Tiene por objeto inmediato directo la satisfacción de una necesidad pública". Curso de Derecho Administrativo. Madrid. 1914. Pág. 728.

JEZE: "Existe un servicio Público cuando para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general existe un régimen jurídico especial y este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos". Los principios generales del Derecho Administrativo. Versión española. Madrid. 1928. Pág. 283.

ALESSI utiliza el término de "interés público", para la satisfacción de las necesidades concretas de orden colectivo. Instituciones de derecho administrativo. Tomo II. Barcelona, España. 1970. Pág. 361.

Para ALBI, el servicio público sirve para la "satisfacción de todas las necesidades del individuo que trasciendan la esfera estrictamente privada, que ofrezca un contenido social, un caracterizado interés general, se producirá una intervención de la Administración tendente a ordenar jurídicamente la satisfacción de aquellas necesidades en cuanto, por el aspecto público de las mismas, no pueden ser abandonadas al libre juego de las iniciativas particulares. ALBI, F.: "El servicio público municipal y sus modos de gestión...Pág., 646.

Por su parte, para DIEZ, por servicio público debía entenderse: "...toda actividad que desarrolle la Administración pública por sí o por concesionario, con el objeto de dar satisfacción regular, continua y uniforme a las necesidades generales, bajo un régimen jurídico especial de derecho público". Cita tomada de: PICCIONE, B. S.: Concepto jurídico de servicio público. Buenos Aires, Argentina. 1992. Pág. 22.

La distinción entre servicio y función pública, explica DE LA CUETARA, "procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que "toda tare administrativa es constitutiva de servicios públicos" hoy ya desechada". La actividad de la administración. Técnos. Madrid, España. 1983. Pág. 139.

GORDILLO, escribe que el "objeto o finalidad de esta actividad (servicio público) es...satisfacer una necesidad pública (colectiva, de interés público, etc.). Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deben tenerla, sino sólo que una mayoría de ellos la tiene" Teoría general del...Pág. 563.

ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUETARA, J. M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: El nuevo servicio público. Marcial Pons: Madrid 1997. Pág. 152.

MEILAN GIL, J. L.: "El servicio público en el derecho actual". En: RDA". Núm. 15 a 17 1994. Pág. 359.

ARIÑO ORTIZ: Economía y ... Pág. 294.

CASSAGNE, J. C.: La intervención administrativa...Págs.31.

CASES PALLARES.: Derecho Administrativo de la defensa de la competencia. Marcial Pons: Madrid, 1995. p. 26.

GASPAR ARIÑO.: Economía y Estado. Marcial Pon, Madrid, España. 1993. Pág. 338.

MARIENHOFF, M: Tratado de Derecho Administrativo. T. II. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996. Pág. 21. Citado en: CASSAGNE, J. C.: La intervención... Págs. 36.

En la literatura española existen amplias referencias a la mejor doctrina francesa sobre el concepto amplio del servicio público, en este apartado, solamente voy a esbozar las ideas cardinales, debido a que en el capítulo primero aborde el tema el surgimiento del concepto amplio de servicio público de manera detallada. Véase, GARRIDO FALLA.: Las transformaciones del régimen administrativo. segunda edición. Madrid, España. 1962. Págs. 139-156; Tratado de Derecho...Pág. 306 y 307. MANZANEDO.: Servicio público: aproximación... PágS. 221-239.

DE LA CUETARA.: La actividad...Pág. 134.

JEZE, continuador de la escuela realista, persistió en esta visión unilateral, poniendo el acento sobre el procedimiento jurídico especial por el que se rige la gestión de los servicios públicos: procedimiento de servicio público y régimen jurídico-administrativo venían así a identificarse. Esta fue, por lo demás, la postura de la jurisprudencia francesa a partir del Arret Blanco dictado por el Tribunal de conflictos en 1873, que viene a erigir la existencia de servicio público en criterio determinante de la atribución de una determinada cuestión litigiosa a la competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa. HAURIOU, ocasionalmente aceptó el concepto amplio de servicio público. GARRIDO FALLA.: Tratado de derecho... Pág. 306.

VILLAR PALASI, indica que en efecto "el servicio público se concibe como piedra angular del derecho administrativo clásico y fundamento de todas las teorías especiales del mismo: obras públicas, expropiación, dominio público, concesión administrativa, etc". Concesiones... Pág. 691.

DE LA CUETARA.: La actividad...Pág. 134.

SENDIN GARCIA.: Hacia un servicio público...Pág. 2. SANTAMARIA PASTOR: Principios de Derecho Administrativa II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1999. Pag. 306.

De esta forma, el interés público se presenta como un elemento común a todos los servicios público, independientemente de su modo de prestación. ARAUJO-JUÁREZ.: J.: "Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general". En: Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Tomo II Estudio en Homenaje al profesor ALLAN R. BREWER CARIAS. Civitas Ediciones. Madrid, España. 2003. Págs. 1970 y 1971.

Es esto lo que llevó a WALLINE a formular su radical crítica a la validez jurídica del concepto de servicio público. Afirma este autor, que la jurisprudencia no ha dado jamás una definición en forma" del servicio público. Las únicas conjeturas que pueden hacerse sobre este concepto, y que de hecho se hacen, las diferentes jurisdicciones superiores francesas (Tribunal de Conflictos, Cour de Casation, Conseil d'Etat) resultan del

esparcimiento de las que, en cada caso concreto, han estimado la existencia o inexistencia del servicio público. Sin embargo, si reunimos todas las resoluciones podemos constatar, no solamente que no hay unanimidad entre ellas, sino que las divergencias no provienen de una oposición entre las jurisprudencias respectivas de estas diversas jurisdicciones supremas. Parece más bien que la concepción que se hacen unas y otras del servicio público varía según las consecuencias a que en cada supuesto específico a propósito del cual la cuestión se somete a su conocimiento. *Precis de Droit administratif*. Ed. Montchrestien. París. 1969. Pág. 455. Citado por VILLAR EZCURRA.: *Servicio Público y técnicas...*Pág. 78.

SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *La actividad de la Administración y el servicio público*. Comares. Granada. 1998. Pág. 156.

Véase, SENDIN GARCIA.: *La educación como servicio público*. Trabajo inédito, de próxima aparición en *Diario la Ley*.

DE LA CUETARA señala que el término "publicatio" ha sido tomado del latín por VILLAR PALASI para señalar un fenómeno muy concreto: la asunción por el Poder Público de un bien, una tarea o una responsabilidad. Desde el Derecho romano pueden encontrarse en todos los tiempos actos de este tipo y es, así, un fenómeno universal y muy amplio en cuanto a su objetivo. La "publicatio" puede recaer prácticamente sobre cualquier cosa que presente interés para la colectividad". *La actividad en la administración...*Pág. 169. SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio...*Pág. 109

VILLAR PALASI.: "La actividad industrial del Estado..." Pág. 63; GARCIA DE ENTERRIA.: "La actividad industrial y mercantil..." Pág. 116 y 117.

GARRIDO FALLA.: *Tratado...*Pág. 335 y sigs.

VILLAR EZCURRA.: *Servicio público y...*Pág. 143-150.

ARIÑO ORTIZ: *Principios...*Pág. 551.

SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio...*Pág.114 y 115; MALARET I GARCIA.: *Servicios público, funciones públicas...*Págs.65-68.

MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L.: "La regulación económica en España". En: *El nuevo servicio...*Pág.191

ARIÑO ORTIZ.: *Servicio público y servicio universal en...* Pág. 759. Pág. 15.

Sobre el nuevo concepto de servicio público véase, SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio...* Así como el prólogo a dicho libro de DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN.

Sobre los principios o reglas del Servicio Público, véase: GASPAR ARIÑO.: *Principios de derecho...*Págs.553-574, GARRIDO FALLA.: *Tratado...*Pág. 346, GUAITA, A.: *Derecho Administrativo especial*. Zaragoza. 1969. Pág. 64. CASSAGNE, J. C.: *La intervención...* Págs. 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51, GORDILLO, A.: *Teoría General...*Pág. 565. DE LA

CUETARA.: La actividad de la...Págs. 151, 152, 153 y 154. CANASI, J.: Derecho administrativo. Vol. II. Edición Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1974. Págs. 23-30. PARADA RAMON.: Derecho Administrativo I. Marcial Pons. Barcelona, España. 1998. Págs. 434-438. VILLAR EZCURRA.: Derecho administrativo especial. Civitas. Madrid, España. 1998. Págs. 217-220. GABINO FRAGA.: Derecho Administrativo...Pág. 253; RIVERO ORTEGA.: Introducción al Derecho...Pág. 143.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", en Revista Española de Derecho Administrativo 84 (1995). Pág. 593.

VILLAR EZCURRA.: Servicio público y técnicas...Pág. 211.

ARIÑO ORTIZ: Principios de derecho...Pág. 574

Sobre la Huelga en los servicios esenciales, véase el número monográfico, "El Derecho de huelga". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Núm.17. Madrid, España. 1993. Págs. 191-253.

GORDILLO señala que "la necesidad de asegurar el funcionamiento -y con ello la continuidad -del servicio, determina además que a) la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, b) que quien presta el servicio pueda pedir al Estado que expropie bienes útiles a su gestión, c) que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio -indemnizando, en el primer caso-, d) que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio, sean contratos administrativos, e) que se organice el poder de percibir tasas en contraprestación por el servicio, f) que el monto de las tasas esté sujeto a la autorización o aprobación del poder público, g) que en ciertos casos, la prestación sea obligatoria para los particulares, h) que, eventualmente, el servicio sea monopólico -esto es, que no se admita la libre competencia de los particulares para realizar la actividad del servicio público-, i) que toda cuestión vinculada al mismo corresponda -en doctrina al menos- a la jurisdicción contencioso-administrativa. Teoría general del derecho administrativo... Pág. 565.

CASSAGNE, J.C.: La intervención...Pág. 51.

AA:VV.:Derecho administrativo (II). UNED. Madrid, España.1980. Pág. 512.

CASSAGNE, J. C.: La intervención... Pág. 52

DE LA CUETARA encuentra las notas definitorias del concepto del Servicio Público, en las siguientes notas: 1) Titularidad de la actividad asumida por el Estado. Se exige una asunción formal en la que la totalidad de un sector de la actividad se predica del Estado, por lo que dicho sector, una vez declarado servicio público, queda fuera del ámbito de la iniciativa privada: los particulares pueden entrar a gestionar la actividad únicamente por transmisión del Estado (concesión administrativa); 2) Actividad indispensable para

la vida colectiva. Se trata de una actividad necesaria para la sociedad y altamente cualificada en función de su repercusión sobre la vida colectiva, 3) Destinada a los usuarios "uti singuli". La actividad de...Pág. 137.

Sin embargo, otros autores le suman otros elementos definitivos al concepto tales como:

(a) Una actividad explotable económicamente. El servicio público requiere de una actividad explotable económicamente. La participación del sector privado en la economía se justifica sólo en la obtención de los beneficios económicos que éste obtiene por la producción de bienes o la prestación de servicios en el mercado. De esta manera, si no fuese posible obtener una retribución económica por las actividades que los privados realizan, difícilmente se verían interesados en su prestación.

Existen sólo dos clases de actividades que no permiten al sector privado la obtención de beneficios económicos. Éstas son, de un lado, aquellas actividades que requieren para su ejercicio del *ius imperium* del gobierno; y, de otro lado, aquellas respecto de las cuales no es posible individualizar el cobro del servicio entre sus beneficiarios. En ambos casos se hace necesaria la intervención del gobierno para que dichas actividades puedan ser satisfechas. En el primer caso nos encontramos ante los típicos actos de autoridad, que distan mucho del concepto de servicio público por ser actos que sólo pueden ser prestados por el gobierno, ya que es indispensable para su prestación el ejercicio de un poder soberano (*ius imperium*).

En el segundo caso, en cambio, nos encontramos ante actividades que, si bien no requieren de un poder soberano para su ejercicio, no representan interés alguno para el sector privado, dada la imposibilidad de imputar los costos del servicio que se brinda entre sus beneficiarios. Es el caso por ejemplo del alumbrado público, la limpieza de parques y jardines, la semaforización de calles y avenidas, entre otras, en las cuales no es posible imputar los costos del servicio entre sus beneficiarios. En efecto, no es posible determinar objetivamente cuanto se beneficia una persona por la luz que recibe la fachada de su casa, por la limpieza del parque de su distrito, o por la implantación de un semáforo en la avenida que utiliza para ir a su trabajo. Se requiere, pues, en estos casos, que el gobierno asuma la prestación de dichas actividades y determine el pago que corresponde hacer a sus beneficiarios independientemente del beneficio que perciban. Sin embargo, ello no obsta a que el gobierno pueda contratar a personas privadas para que asuman la prestación de estas actividades mediante el pago de una contraprestación determinada. Así por ejemplo, el alumbrado público puede ser prestado por empresas privadas, al igual que la limpieza de parques o la semaforización de calles. Sin embargo, se trata de actividades que requieren de la necesaria intervención del gobierno, pues de lo contrario no habría forma de obtener contraprestación alguna por parte de los beneficiarios del servicio.

Los servicios públicos, por otro lado, no están referidos a ninguna de estas actividades, sino más bien a actividades en las cuales el sector privado mantiene un interés económico, y que son posibles de ser explotadas por éste en el mercado.

(b) Una actividad concesionable. Sin duda alguna, uno de los elementos principales del Servicio público es la concesión gubernamental, en torno al cual gira una parte de la definición del concepto mismo. La concesión gubernamental apareció como un mecanismo por medio del cual, el gobierno facultaba al sector privado a concurrir al mercado en la prestación de aquellas actividades sobre las cuales el gobierno hubiese decidido interferir de modo avasallante, con el fin de garantizar su adecuada satisfacción. Tal y como afirman los autores LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, "... [la concesión] aparece ligada con el nacimiento...de los grandes servicios públicos de carácter económico (ferrocarriles, obras públicas, etc.), como formula arbitrada por la concepción liberal para armonizar y conciliar la abstención del Estado en materia económica...con la necesidad real de intervenir para asegurar la prestación adecuada de los servicios públicos económicos". Cita tomada de: FERNÁNDEZ TORRES, M.: "El servicio público del gas". RAP. Núm. 86. May – Ago. 1978. Pág. 63.

Este mecanismo, el de la concesión, confería al gobierno una serie de poderes y facultades de carácter permanente, que le permitían controlar el acceso del sector privado al mercado, así como la dirección y gestión de la actividad y el eventual cese de su prestación. En este sentido, Fernando GARRIDO FALLA no dudaba en definir al servicio público como todo, "[s]ervicio técnico prestado al público...cuya titularidad pertenece a la Administración pública y bajo un régimen jurídico especial". GARRIDO FALLA.: "El concepto de servicio público en derecho español" ...Pág. 21. En efecto, el otorgamiento previo de una concesión para la prestación de un servicio público, implicaba que el gobierno declarase primero dicho servicio bajo su titularidad. Es claro que si la actividad no se encontraba bajo la titularidad del gobierno, no había nada que conceder. Sólo en tanto el gobierno fuese el titular de la actividad, podía estar facultado para conceder su prestación al sector privado. De lo contrario, el acceso a su prestación se encontraría libre de restricciones. En este orden de ideas, ENTRENA CUESTA afirma que, "...el servicio público supone, por definición, la titularidad pública de la actividad, cuya mera gestión se cede al concesionario, lo que, evidentemente, niega el derecho propio y originario de los sujetos económicos a emprender la actividad; pero no es sólo una cuestión que podría considerarse formal: en la gestión del servicio público, el concesionario está sujeto a las cláusulas concesionales y, sobre todo, a los poderes exorbitantes de la Administración concedente, de forma que, aunque frente al ejercicio de los mismos pueda el concesionario accionar su derecho al equilibrio financiero, no cabe sostener que el concesionario se encuentre en posición de ejercicio de la libertad de empresa". "El principio de libertad de empresa". En: GARRIDO FALLA.: El modelo económico en la Constitución española. Pág. 163. Por tanto, la titularidad del gobierno sobre una determinada actividad, se traduce en un mecanismo que restringe el derecho a la libertad de empresa de los particulares, y más concretamente, el derecho a la libertad de acceso al mercado, que se encuentra, en estos casos, sujeto al otorgamiento previo de una concesión gubernamental.

(c) La discrecionalidad del gobierno para concesionar

La declaración de servicio público, y su consecuente sometimiento a la titularidad del

gobierno, supone que el otorgamiento de la concesión no constituye un deber imperativo del gobierno de acceder a cualquier solicitud del sector privado para prestar un determinado servicio público, sino que le permite contar con una facultad discrecional para controlar el acceso al mercado para la prestación de dicha actividad, y los términos en los cuales otorga la concesión. La facultad discrecional del gobierno para decidir el otorgamiento de la concesión, es precisamente lo que caracteriza al mecanismo de la concesión. Si el gobierno no contase con la facultad discrecional para permitir el acceso del sector privado al mercado de servicios públicos, mal podría decirse que éstos se encuentran bajo su titularidad.

En efecto, si el gobierno no contase con la facultad discrecional de negarse a permitir el acceso del sector privado al mercado, estaríamos, simplemente, ante servicios que pueden ser prestados libremente por el sector privado. Por el contrario, en el caso específico de los servicios públicos, el gobierno cuenta con la facultad discrecional de limitar el acceso al mercado, aun cuando los particulares cumplan con los requisitos necesarios para prestar el servicio. Dicha facultad discrecional se hace manifiesta mediante el mecanismo de la concesión. Es necesario, pues, determinar qué actividades deben ser sometidas al mecanismo de la concesión, y que actividades deben ser libradas al sector privado para su prestación en el mercado. Es, precisamente, a partir de esta necesidad, que surge en diversos autores la inquietud por limitar los alcances del concepto de servicio público y, consecuentemente, establecer los criterios para determinar aquellas actividades que deben ser consideradas como tales, y sometidas al otorgamiento previo de una concesión para poder ser prestadas en el mercado.

Copyright (c) 2018 Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

A submissão e a publicação de artigos são gratuitos; avaliados por pares; o periódico utiliza o CrossCheck (antiplágio) e cumpre com o Guia dos Editores da *COPE - Committee on Publication Ethics*, além das recomendações Elsevier e SciELO. Confira as [Regras para a submissão e avaliação da RDAI](#).