

# SERVICIO PÚBLICO, DERECHOS FUNDAMENTALES y COMUNIDAD EUROPEA

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

*SUMARIO: 1. Introducción. 2.-Sobre la evolución del concepto de servicio público: a) Origen, desarrollo y crisis de la noción de servicio público en Francia. b) La implantación de la teoría del servicio público en España. 3.- El servicio público en la actualidad: a) Concepto estricto de servicio público. b) Servicio público concurrente o compartido. c) Servicio privado de interés público. 4.- Servicio público versus derechos fundamentales y libertades económicas. Necesidad de readaptación atendiendo a la Comunidad Europea.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Por todos es entendida la calificación de una actividad como servicio público como una de las formas genéricas de intervención del Estado en el mundo económico, con lo que su utilización comporta de reducción o limitación del ámbito de la libertad empresarial de los particulares. No obstante no existe unanimidad a la hora de precisar la figura y sus efectos, lo que requiere, como primer paso fundamental, que se precise cual es el contenido de la categoría de servicio público, por cuanto el término servicio público es enormemente resbaladizo, causa de que en la doctrina hayan existido grandes problemas a la hora de conceptualizarlo de una manera clara y precisa (1), dándose la desalentadora situación de que existen tantas nociones de servicio público como autores se han ocupado de éste, siendo en este punto suficientemente expresiva la afirmación realizada por B. CHENOT de que el servicio público «es el ejemplo más claro de una de esas nociones llamadas fundamentales cuyo contenido sólo

---

(1) Así lo recuerda, por ejemplo, la reciente STC 127/1994, de 5 de mayo al afirmar que «la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas.

ha podido ser precisado en breves períodos de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las contradicciones de las leyes y las decisiones jurisprudenciales. La historia del servicio público ha demostrado que el único sentido del término es el que le dieron las fantasías titubeantes del legislador y los esfuerzos pragmáticos del Juez» (2). Sin embargo, lo cierto es que la teoría del servicio público constituye una de las primeras y fundamentales tentativas de conseguir una redacción con carácter exhaustivo y sistemático de las funciones encomendadas a los poderes públicos. Dicha categoría nace de una voluntad de coordinación y de construcción de las actividades públicas sujetas a régimen jurídico específico, encontrando su justificación en el intento de explicación unitaria de esas actividades y en una concepción liberal de las relaciones entre el Estado y el individuo (3).

La finalidad de este trabajo es presentar una serie de reflexiones en torno a la operatividad de la técnica de servicio público en el actual marco de referencia socio-económico y jurídico (la Constitución de 1978 y la integración comunitaria) sobre la que recientemente se ha vuelto a reabrir un interesante debate -originado en Francia y recibido en España- relativo a si esta tradicional figura jurídica supone una amenaza de libertades públicas y derechos fundamentales o, por contra, es garantía última de los mismos. Polémica de la que, a mi juicio, pueden extraerse una serie de conclusiones que pueden ser utilidad a la hora de reparar sobre el futuro del servicio público, entre las que, desde ahora, puede destacarse la necesidad

(2) B. CHENOT, *L'existencialisme et le Droit*, «Revue Francaise de Science Politique», 1953, p. 60. Así se expresa también ALESSI en *Le prestazione amministrativa rese ai privati*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 24. En este mismo sentido es interesante la opinión de VALLINA VELARDE, según el cual no hay un concepto genérico de servicio público por cuanto su ámbito es variable, dependiendo de cada país y de la ideología jurídica dominante en cada momento; lo cual se manifiesta en la existencia gradual de intervención administrativa en las actividades declaradas servicio público, con lo que cada servicio tendrá sus propias reglas y consecuencias. *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, p. 17. Con todo, pese a la gran imprecisión en la conceptualización del servicio público, éste ha constituido en numerosos países el eje de su derecho administrativo. Al respecto pueden consultarse, por todos, J.M. AUBY y R. DUCOS-ADER, *Grands services publics et entreprises nationales*, PUF, Paris, 1964, p. 17; y GARRIDO FALLA, *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, «RAP» núm. 7, 1952, pp. 32 y ss.

(3) Con carácter general, puede consultarse el trabajo de MANZANEDO MATEOS *Servicios Públicos: aproximación a su línea evolutiva*, en Estudios Homenaje al prof. Lopez Rodo, vol. II, Madrid, 1972, pp. 223 y ss.

de que esta categoría sea incorporada como norma de «ius cogens» en la Comunidad Europea de tal manera que pueda configurarse a determinadas actividades como servicio público de responsabilidad Comunitaria, supranacional, correspondiendo por ello a la Comunidad la modalización de esta actividad (4).

## 2.- *Sobre la evolución del concepto de servicio público*

A pesar de las dificultades reseñadas sobre la determinación del concreto contenido y significado del servicio público, parece posible extraer una serie de ideas básicas que puedan ayudar a marcar unas pautas en torno a la conceptualización del servicio público. Para ello se realizará en primer lugar una breve retrospectiva histórica a fin de conocer el origen de la noción, así como las razones de su crisis en Francia, para a continuación estudiar la cuestión tal y como ha sido desarrollada doctrinal y jurisprudencialmente en España

### a) *Origen, desarrollo y crisis de la noción de servicio público en Francia*

Se pretende en este momento realizar una sucinta referencia a esta cuestión, suficientemente estudiada por la doctrina extranjera y española, motivo por el que se limitará la exposición a señalar los principales datos en la evolución de dicha noción, necesarios para el posterior discurrir de este trabajo (5).

(4) Esta afirmación puede resultar sorprendente por parecer un tanto “contradictoria” con el contexto liberalizador comunitario, al “contrastar” la defensa de la categoría de servicio público en un marco caracterizado por el principio de la libre competencia, cuando ambos son considerados generalmente como polos opuestos. No obstante, se trata de una contradicción aparente ya que la calificación de determinada actividad como servicio público dentro del marco comunitario (esencial desde el punto de vista de la colectividad) es compatible con un sistema basado en la concurrencia de los agentes económicos. Es más, funciona como auténtica garantía de la misma pues permite conjugar de forma satisfactoria los objetivos de eficiencia económica con los objetivos de índole social. Al respecto, me remito a mi monografía *El sector eléctrico como servicio público*, Civitas, Madrid, 1994.

(5) Un reciente e interesante trabajo sobre los orígenes del concepto de servicio público es el realizado por P. JOURDAN, *La formation du concept de service public*, «Revue Droit Public» n° 1 de 1987, pp. 89 y ss.

Así pues, la teoría del servicio público constituye una de las primeras y fundamentales tentativas de conseguir una redacción con carácter exhaustivo y sistemático de las funciones encomendadas a los poderes públicos. Dicha categoría nace de una voluntad de coordinación y de construcción de las actividades públicas sujetas a régimen jurídico específico. Encuentra su justificación en el intento de explicación unitaria de esas actividades y en una concepción liberal de las relaciones entre el Estado y el individuo (6). Su origen -aunque ya era utilizado por doctrina y jurisprudencia en la primera mitad del siglo XIX- debe concretarse en el ya conocido Arrêt BLANCO, del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873 (7). En este Arrêt se estableció por primera vez una relación directa entre la aplicación del Derecho administrativo, el servicio público y la competencia de la jurisdicción contenciosa, introduciéndose, pues, el nuevo criterio de servicio público como delimitador de la competencia jurisdiccional del contencioso-administrativo, afirmándose que toda contienda «por causa de los servicios públicos, cualquiera que sea su objeto» será resuelta a través de la jurisdicción contenciosa y sometida al régimen exorbitante del derecho administrativo. Quedaba así entronizado, como destacó MANZANEDO MATEOS, un nuevo criterio para el Derecho administrativo y su carácter autónomo respecto del Derecho Privado, en conexión con la atribución de la competencia de la jurisdicción administrativa sobre los servicios públicos.

(6) Con carácter general, puede consultarse el trabajo de MANZANEDO MATEOS *Servicios Públicos: aproximación a su línea evolutiva*, en Estudios Homenaje al prof. Lopez Rodo, Vol. II, Madrid, 1972, pp. 223 y ss.

(7) La trascendencia del Arrêt Blanco es por todos conocida, pues pasa a convertir la categoría del servicio público en la piedra angular del Derecho Administrativo y en su fundamento, considerándose esta fecha como la fecha de nacimiento del moderno Derecho Administrativo. Vid, por todos, S. CASSESE, *Le basi del Diritto Amministrativo*, Ed. Einaudi, Torino, 1989, pp. 3-4.

En resumen, el supuesto de hecho y su resolución es el siguiente: Inés Blanco, empleada en la fábrica estatal de tabacos de Burdeos, sufrió un accidente causado por una vagoneta mientras desempeñaba su trabajo en la fábrica. El problema que debía dilucidar el Tribunal de Conflictos consistía en determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios contra el Estado. El Tribunal de Conflictos estimó que el asunto, a pesar de la similitud de la fábrica de tabacos con una fábrica privada y de que el sujeto pasivo del accidente era un trabajador y no un funcionario, era competencia del Conseil d'Etat, por tratarse de un caso de responsabilidad administrativa por el mal funcionamiento de un servicio público. Ciertamente no había existido un acto de poder, sino que se trataba de un acto de gestión, pero la finalidad de éste era pública por tratarse de una empresa encuadrada en el Estado. LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1968, pp. 6 y ss.

No obstante, en el Arrêt BLANCO se exigía el requisito esencial de que la Administración, en el desempeño de estas funciones, actuase como «puissance publique», a fin de atraer a la jurisdicción administrativa el examen de sus actuaciones (8). Esta conceptualización del servicio público será confirmada en el Arrêt TERRIER, a través del cual, y en base a la tesis del servicio público, se condujeron los litigios contractuales contra los Departamentos al orden jurisdiccional contencioso (9). Labor integradora que, iniciada por éste Arrêt, será asumida y continuada por otros posteriores Arrêts: Arrêt THEROND (Conseil d'Etat, 4 de marzo de 1910) para los contratos comunales, y Arrêts FEUTRY (29 febrero 1908), FONS COLOME (11 abril 1908) y JOULLIE (23 mayo 1908) dictados por el Tribunal de Conflictos, que efectuaron idéntica integración en materia de responsabilidad de Departamentos comunes y establecimientos públicos respectivamente. Quedaba así confirmada la tesis del servicio público. No obstante, el Arrêt VOSGES (31 octubre 1912, Conseil d'Etat) marcó un cambio de dirección, ya que el criterio de servicio público pasó a un segundo plano, resaltándose, en primer lugar, la presencia de cláusulas exorbitantes al derecho común. Desde entonces, como han señalado LONG, WEIL y BRAIBANT, estos dos criterios coexistirán pacíficamente en el Conseil d'Etat (10). Los diferentes posicionamientos jurisprudenciales posteriores serán numerosos, y ello a pesar de que el Conseil d'Etat realizó un interesante esfuerzo para lograr la unificación del concepto. Se puede afirmar, por tanto, que el servicio público nació en Francia gracias a la interpretación que realizó el Conseil d'Etat, al ir tomando conciencia de la necesidad de aplicar un régimen jurídico uniforme en cuestiones contenciosas (11). Este criterio de servicio público fue desarrollado por la Escuela Realista de Burdeos que edificó un sistema de Derecho adminis-

(8) No debe olvidarse que a fines del siglo XIX la noción de "puissance publique" parecía ser la noción base del Derecho Administrativo. Sobre este concreto aspecto resulta de especial interés el conocido libro de P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, Paris, 1938.

(9) LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Ob. cit., pp. 49 a 53. En dicho Arrêt no sólo se confirma la tesis del servicio público apuntado en el Arrêt Blanco, sino que se extiende su aplicación a la esfera local.

(10) Los Arrêts citados aparecen recogidos en la recopilación elaborada por LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Ob. cit., pp. 77-78 y 105 y ss..

(11) En dicho sentido, J.M. AUBY y R. DUCOS-ADER, *Grands services publics et entreprises nationales*, PUF, Paris, 1964., p. 9. Sobre el uso jurisprudencial dado al criterio de servicio público, me remito, por todos, al interesante libro de B. JENNAU, *Droit des services publics et entreprises nationales*, Dalloz, Paris, 1984.

trativo basado exclusivamente en el criterio de servicio público (12); Escuela que, principalmente a través de L. DUGUIT y G. JEZE, se encargó de desarrollar el concepto de servicio público aparecido en la jurisprudencia, y cuyo pensamiento, basado en la idea de solidaridad social, se puede concretar en dos ideas básicas: primero, que el fin de la Administración pública es, en principio, la prestación de servicios públicos con carácter regular y continuo (13); segundo, que el Derecho administrativo y la competencia de la jurisdicción contenciosa vienen vinculados al concepto de servicio público en régimen de Derecho público. Se convierte, por tanto, al servicio público, como criterio de reparto de competencias jurisdiccionales y se hace reposar su categorización sobre dos ideas claves: que su régimen es un régimen de derecho público y que se consagra el «ius variandi» por parte de la Administración (14).

Frente a este planteamiento -ciertamente polémico- surgió una corriente de oposición doctrinal, de la que destacaba como máximo exponente representativo de dicha corriente crítica la figura de M. HAURIOU, el cual, con planteamientos radicalmente distintos, mantuvo una interesante «contienda jurídica» con éste pensamiento que, teóricamente impecable, acogía no obstante en su foro interno ciertas ambigüedades que, cuando salieron a la luz, imprimieron y aceleraron la crisis de dicho pensamiento (15).

(12) L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, Ed. de Bocard, Paris, 1928, p. 55. Este autor afirma que la noción de "puissance publique" ha dejado de ser elemento esencial del Derecho público, siendo sustituida en la función de fundamento del sistema moderno por la noción de servicio público. *Les transformations de Droit Public*, Ed. A. Colin, Paris, 1913, p. 39.

(13) Continuidad que, como sostiene TARDIEU en relación al caso Winkel, es la esencia del servicio público ya que cuando éste se constituye es fundamentalmente con el fin de asegurar la satisfacción de necesidades generales que la iniciativa privada no podría cubrir sino de un modo incompleto e intermitente. *Conclusions Winkel*, en «Revue Droit Public», 1905, p. 503, en nota.

(14) Como afirma G. JEZE : «... las leyes y reglamentos pueden modificar la organización del servicio público sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico». *Les principes généraux du Droit Administratif*, Ed. M. Giard, Paris, 1930, Tomo II, p. 26. Este autor considera que son servicios públicos aquellas necesidades que únicamente pueden ser imputadas a la colectividad en su conjunto, y que tienen por finalidad la mejora de las condiciones materiales, intelectuales y morales de la población, es decir, la paz social duradera». *Appréciation per les gouvernements et leur agents de l'opportunité d'agir: réalisation, organisation et fonctionnement des services publics*, «Revue Droit Public», 1915, pp. 1 y ss.

(15) Como bien indica el prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, la teoría del servicio público y de su competidora, la de la "puissance publique", marcan la etapa más

La crisis de la teoría del servicio público tuvo su plasmación en el Arrêt "bac de ELOKA", debido a que en él se definía un nuevo concepto de servicios públicos: el de los servicios públicos industriales y comerciales. Con este arrêt la complejidad de la cuestión se incrementó debido a que se confirmaba el hecho de que una misma Administración podía actuar en régimen de servicio público o en régimen de gestión industrial y comercial, lo que exigía averiguar en cada caso concreto la naturaleza de sus actos. Además, la gestión industrial o comercial, que era en principio privada, podía presentar sin embargo cláusulas exorbitantes de carácter administrativo (16). Así pues, dicha noción fue desbordada por la propia realidad de las cosas, ya que el Estado comenzaba a ser un agente más del mundo económico, prodigándose en actividades industriales y comerciales, actividades que pasaron a formar parte del sector público, lo que motivó, en palabras del profesor GARCIA DE ENTERRIA, que el coherente sistema del servicio público hiciera crisis completa (17).

Dicha intervención estatal en el proceso económico supuso, como señaló DE LAUBADERE, la aparición de una nueva categoría, admitida pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia: la de los servicios públicos industriales y comerciales, sometidos al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria (18). Esta creación provocó la crisis de la teoría tradicio-

innovadora del Derecho Administrativo, por cuanto se trata de una etapa creadora, sistematizadora, que se plasma en construcciones doctrinales de carácter general, con pretensiones de teoría general y de asunción de los hallazgos jurisprudenciales que constituyeron en Francia el gran impulso creador de nuestra ciencia. *Cuatro maestros de Paris. Una época de Derecho administrativo*, «REDA» n° 26, 1980, pp. 478 y ss.

(16) En efecto, los propios hechos desmoronaron dicha creación jurisprudencial, siendo el citado Arrêt "bac de Eloka" el detonante de la crisis del concepto técnico de servicio público. Sobre el tema, me remito al excelente trabajo del profesor MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, «RAP» n° 100-10, 1983, p. 2538, y ÁLVAREZ GENDIN, *La industrialización estatal. Estudio jurídico administrativo de sus problemas y realizaciones*, ENAP, Madrid, 1969, pp. 93-99.

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, «RAP» n° 17, 1965, p. 124. Sobre la crisis del concepto de servicio público, en la doctrina francesa, pueden consultarse los clásicos trabajos de DE CORAIL, *La crise de la notion de service public en Droit Administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1954; RIVERO, *Existe-t-il un critère du Droit administratif*, «Revue Droit Public», 1953; y MORANGE, *Le déclin de la notion juridique du service public*, Dalloz, Paris, 1947.

(18) DE LAUBADERE y P. DELVOLLE, *Droit Public Economique*, Dalloz, Paris, 1986, pp. 664-673.

nal de servicio público, - que podríamos calificar como «una crisis anunciada»-, por cuanto la amplitud con que se había planteado dicho concepto ofrecía el riesgo evidente de que cualquier cambio en la estructura del Derecho Administrativo, al que genéricamente se hacía coincidir con el régimen de servicio público, podría determinar un desajuste entre ambos términos (19). Y ésto es lo que cabalmente ha venido a ocurrir como consecuencia principal de una Administración que se convierte en gestora de actividades y empresas de carácter mercantil e industrial, y que busca fórmulas propias del Derecho privado para lograr una mayor flexibilidad y escapar así a las rígidas reglas del Derecho administrativo (20). En el fondo, como destaca COUZINET, casi podría afirmarse que, a modo de paradoja, la noción de servicio público había sido víctima de su propio éxito: «Se ha hecho de ella un uso singularmente abusivo y se ha consumado su ruina» (21).

En resumen, la clásica teoría del servicio público portaba en su formulación un poderoso elemento de crisis: la ambigüedad y escasa precisión del concepto, que conllevaba a una gran extensión conceptual, que era reconducida a las genéricas cláusulas de «interés común» o «utilidad pública». Por ello, los principales elementos de la crisis fueron, por un lado, el desarrollo de las técnicas de derecho privado en el régimen jurídico de los servicios públicos, no quedando éste integrado exclusivamente por normativa de Derecho Público; y por otro, la desconexión entre los aspectos materiales, relativos a la actividad, y orgánicos, al admitir la gestión de servicios públicos por personas privadas (22).

(19) No olvidemos que el propio Conseil d'Etat llegó incluso a respaldar la tesis de que el servicio público no era una institución sino un régimen: «Es la aplicación del Derecho Público a ciertos actos». Así aparece recogido en el trabajo de CHENOT, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, «Etudes et Documents du Conseil d'Etat», 1950, p. 77. El impacto que en tal concepción supuso el ejercicio de actividades económicas por el Estado sujetas a derecho privado fue total; por cuanto a partir de dicho momento, la técnica del servicio público, tal y como había sido configurada, devenía en una técnica inservible. En estos mismos términos, GARRIDO FALLA, *Las empresas públicas*, en *La Administración Pública y el Estado contemporáneo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 131.

(20) Vid. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1988, p. 275.

(21) COUZINET, Prefacio a la obra de DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en Droit Administratif français*, Ob. cit., p. VII.

(22) Muestras de estos problemas son destacadas también por J. CHEVALLIER, al afirmar que el molde de los servicios públicos de carácter comercial e industrial

b) *La implantación de la teoría del servicio público en España*

Debemos analizar ahora el contenido de la noción en nuestro país, advirtiendo, con carácter previo, que dicho concepto no ha cumplido la función de delimitación de competencias entre los diversos órganos jurisdiccionales. Sólo para la caracterización del contrato administrativo, atribuido por tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa, ha jugado el concepto de servicio público un papel determinante en nuestro ordenamiento jurídico. En nuestro Derecho, como ha destacado el profesor GARRIDO FALLA, lo que ciertamente ha tenido relevancia es la naturaleza del acto impugnado; lo que ha significado, en último término, reconducir la discusión a cada caso concreto (23). Se comprende por ello que la asunción por el Estado de la gestión de actividades industriales o mercantiles, no ha traído consigo una crisis de la teoría del servicio público por cuanto éste, como técnica, nunca había sido utilizado con la finalidad de fijación de competencias jurisdiccionales.

Con todo, en primer lugar se debe advertir que nuestra ciencia jurídica no contó con aportaciones doctrinales ni jurisprudenciales de la relevancia que tuvieron en Francia, y que tan decisivas fueron para la formación y desarrollo del Derecho administrativo en los países de la Europa continental (24). A pesar de ello, en España la noción de servicio público, con sus limitaciones, se fue formulando hacia la mitad del siglo XIX, si bien no como una noción precisa, sino como un conjunto de reglas que terminan por configurar un régimen peculiar, dentro del Derecho administrativo (25).

no puede transformar en comercial una actividad que no lo es, y ello es así por cuanto, aunque si bien en estos servicios públicos industriales su régimen jurídico es sustancialmente el Derecho privado, otra parte importante de este mismo régimen pertenece al Derecho Público y su fiscalización jurisdiccional compete a los tribunales administrativos en aplicación de lo que el propio CHEVALLIER denomina como «grandes nociones verticales del Derecho Administrativo: funcionarios, demanio, responsabilidad administrativa ...». *Le service public*, PUF, Paris, 1987, pp. 61-70.

(23) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Ob. cit. pp. 275-276.

(24) Al respecto resulta de interés el trabajo de MARTÍNEZ MARÍN, *La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española*, en libro Homenaje al profesor Garrido Falla, Facultad Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 1377-1400.

(25) Para el profesor VILLAR PALASI, la idea clave del servicio público surgió en España como un desgaje de las ideas de obra pública y demanio, que sirvieron durante muchos años de apoyatura de esta técnica, idea de servicio público que recogió en sus inicios rasgos regalianos que infiltraron también la noción de servicio

No se estaba, sin embargo, ante un criterio determinante de un «régimen de derecho público,» sino ante un determinado tipo de derecho público. Este régimen peculiar, obviamente, no tenía una regulación de carácter general (26). Así pues, debemos señalar como en estos primeros momentos históricos, el servicio público no apareció como concepto jurídico formal (27). Sin embargo, y tras unos primeros pasos en que el servicio público era utilizado como equivalente a ramas de la Administración Pública, fueron surgiendo realidades concretas que reclamaron un peculiar régimen de derecho público, que en último término han de constituir el verdadero origen de la noción jurídica de servicio público en España. Esto condujo a que la idea de servicio público fuera tomada por el legislador como idea determinante de la aplicación de un régimen jurídico peculiar dentro del Derecho administrativo.

Fueron varios los fenómenos que contribuyeron a formular la categoría de servicio público como potestad administrativa sobre actividades privadas; fenómenos destacados por el profesor VILLAR PALASI, y que, resumiendo, podemos concretar en los siguientes:

- el fenómeno de la sustantivación del uso público en lo relativo a la categoría de bienes demaniales;

- el fenómeno de que bastantes actividades siguen un «iter» que va desde la absoluta libertad para su ejercicio, pasando por una reglamenta-

---

público y de servicio público integrado. *La intervención administrativa en la industria*, Ob.cit., p. 97. Con todo, como señala SALA ARQUER, (*El principio de continuidad de los servicios públicos*, INAP, Madrid, 1977, p. 9), lo cierto es que sobre la cuestión de los orígenes y desarrollo de esta noción continúa faltando de un estudio en profundidad, si bien, a suplir esta laguna ha contribuido el trabajo de VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, en especial pp. 43 a 71.

26 En opinión de SALA ARQUER, existían, pues, una serie de normas jurídicas que, calificando unas determinadas actividades o servicios como servicios públicos, preveían para ellos un régimen jurídico peculiar, *El principio de continuidad de los servicios públicos*, Ob. cit., p. 11. Vid. también CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 67.

27 En un principio, el concepto servicio público era equivalente a materia administrativa. Así lo sostiene Alejandro OLIVÁN al afirmar que «administrando se lleva con regularidad el conjunto de los servicios públicos. Estos servicios públicos determinan la materia administrativa, en la cual figuran los municipios como participantes en las cargas y goces comunes. Los servicios públicos que determinan la materia administrativa corresponden a las diversas necesidades colectivas o sociales». *De la Administración pública con relación a España 1842*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 79.

ción cada vez más intensa, hasta terminar en su «publicatio», en la declaración de servicio público: así los servicios públicos de agua, gas y electricidad;

- la utilización de las antiguas regalías, que en esta época entroncaban con la idea del servicio público, razón por la cual nuestra legislación y jurisprudencia hablan de actividades tales como la conducción de sal o de tabacos, calificándolos claramente como servicios públicos (28).

Todo ello condujo a la construcción de una teoría del servicio público muy apegada a la realidad de los distintos supuestos en torno a los cuales se va formando este específico régimen jurídico peculiar al que hemos estado haciendo referencia hasta este momento. Categoría que, como se puede ver, resulta ciertamente distinta a la conceptualización de servicio público surgida y desarrollada en Francia.

Realizadas estas consideraciones previas, se debe analizar cuál es, por tanto, el alcance y desarrollo de la institución del servicio público en España. Intentando resolver esta cuestión, hemos de advertir que en un principio la idea servicio público fue el equivalente a la de «servicio prestado al público» (29). Posteriormente se fue intentando concretar dicha noción, sin embargo, dichos intentos partían de puntos de vista diferentes, lo que dificultaba en extremo la posibilidad de alcanzar soluciones concretas. En este estado de cosas ciertos autores eran de la opinión de que el servicio público era reconducible en cuanto a contenido a toda actividad administrativa que procurase la satisfacción concreta de una necesidad colectiva (noción material); mientras que, para otros, además de ese requisito sustancial, se precisaban otros jurídicos (noción formal) que hacían del servicio público uno de los institutos clave de nuestra disciplina (30).

Tal era la complejidad de la situación que casi toda la doctrina aceptaba la premisa de que llegar a precisar el contenido del servicio público era labor ciertamente difícil pues, como indicó FERNANDEZ DE

---

(28) VILLAR PALASI, *La intervención administrativa en la Industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964., pp. 159 y 160.

(29) Así, para FERNÁNDEZ DE VELASCO era necesario que concurriesen tres requisitos para poder hablar de servicio público: fin público, régimen de derecho público y que se prestase por un órgano de la Administración pública; afirmando que la actividad administrativa es el género y el servicio público la especie. *Resumen de Derecho administrativo y Ciencia de la administración*, Bosch, Barcelona, 1930, p.170.

(30) GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, 7º ed. por Martínez Useros, EISA, Madrid, 1959, p. 311.

VELASCO, en nuestro derecho positivo no se podía encontrar un concepto propio de la noción de servicio público (31). Ello - dice este autor, era debido a que la expresión de servicio público era utilizada por nuestro legislador para hacer referencia a distintos conceptos o, simplemente, para producir diferentes consecuencias jurídicas en cada supuesto. Para el legislador, como señalaba GARCIA OVIEDO, el servicio público era un presupuesto teórico que no se definía, de tal manera que sólo a través del estudio de nuestra legislación era como se podrá averiguar lo que sucedía en cada caso concreto, y ello porque faltaba la determinación legislativa del concepto formal de servicio público (32).

Prueba de la existencia de esta problemática la encontramos en los planteamientos jurisprudenciales, en los que, a nuestro juicio sin acierto, se intentó concretar el contenido de dicha institución (33). Un primer ejemplo lo tenemos en la sentencia de 20 Abril de 1936 del Tribunal Supremo, en la que se afirmó que:

«ante la dificultad de definir de un modo abstracto la noción de servicio público cabe, no obstante, deducirla por sus elementos constitutivos, como una creación de los gobernantes ante los fenómenos de progreso social, que se traduce en actividades estimuladas por cierto coeficiente de civilización, de cultura, y regulados jurídicamente con métodos administrativos de continuidad y permanencia, sobre los cuales los poderes públicos conservan la iniciativa y dominio de régimen y control, mediante ordenamientos dirigidos a la realización del fin colectivo, según sea el objeto de dichas actividades, que en suma se convierten en soporte del Estado, con obligaciones de orden jurídico susceptibles de recibir una acción positivamente organizada».

Esta conocida sentencia sirve de botón de muestra en lo que se refiere a los planteamientos de nuestra jurisprudencia de principios de siglo,

(31) FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Biblioteca de la Revista de Derecho Privado*. Serie B, tomo IV, Madrid, 1927, p. 88.

(32) GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, Ob. cit., p. 325. Afirmaciones todavía vigentes en la actualidad por cuanto el legislador no ha precisado la categoría de servicio público, sino, más bien, todo lo contrario.

(33) De esta manera, el Real Decreto Competencia 11 de diciembre de 1911 acepta la idea de servicio público como servicio necesario y continuo, para posteriormente el tan citado Decreto Competencia de 16 de febrero de 1934 definir al servicio público como «aquel que de manera regular y continua satisfaga los criterios de continuidad y necesidad». Se recogen expresamente como caracterizadores de la categoría de servicio público las nociones de continuidad y necesidad, criterios que ya habían latido implícitamente en la jurisprudencia hasta ese momento. En este sentido, vid. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Ob. cit., p. 167.

para la cual el único elemento positivo esencial de la noción de servicio público era el de conseguir satisfacer una necesidad pública, así sentida por la colectividad (34). Es decir, que se admitía, en principio, una concepción objetiva de servicio público.

En este sentido, GARCIA OVIEDO llegó a la conclusión, tras el estudio de la jurisprudencia española de este período, de que existían ciertos criterios de uniformidad que permiten definir el servicio público como «todo aquél en que concurre intervención administrativa, según modos y formalidades legalmente señalados, en garantía de la satisfacción directa e inmediata de un interés colectivo, cuya atención es, en todo o en parte, de la competencia específica de la entidad que interviene» (35).

De lo descrito se desprende que la construcción francesa, sin más, no se aceptó en nuestro país, dadas las diferencias de régimen jurídico existentes en España, siendo en nuestro país la noción de servicio público una noción casi inmaterial, equivalente al interés público, soslayándose así toda cuestión espinosa acerca de la cláusula jurisdiccional de los contratos de obras y servicios públicos (36). Y ello es así porque en nuestro derecho

(34) Así lo destaca ROYO VILLANOVA, *Derecho Administrativo II*, Librería Santoren, Valladolid, 1960, pp. 825 y ss.

(35) GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, Ob. cit., p. 327. Este autor considera como ideas claves del servicio público los siguientes puntos: Que el servicio público es una ordenación de elementos y actividades para un fin. Que el fin es la satisfacción de una necesidad pública, siquiera haya necesidades de esta clase que se satisfagan por el régimen del servicio privado. Que el servicio público implica la acción de una personalidad pública aunque no siempre sean estas personas las que asuman la empresa. Que esta acción cristaliza en una serie de relaciones jurídicas de un régimen jurídico generalmente especial y distinto, por tanto, del régimen jurídico de los servicios privados. En términos similares se expresa ÁLVAREZ GENDIN, el cual señala como requisitos del servicio público la necesidad pública, la regularidad y continuidad en su prestación y la existencia de un régimen jurídico especial. *La industrialización estatal...*, Ob. cit., pp. 35 y ss. Con anterioridad el concepto de servicio público, concebido como institución, había sido introducido por Adolfo POSADA, en la voz «servicio público» en la Enciclopedia Jurídica Española, tomo XXVIII, Barcelona, Ed. Seix, 1910, aceptando, en parte, la construcción francesa en torno a esta institución.

(36) VILLAR PALASÍ, en el Prólogo al libro de MEILAN GIL, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. XV. PÉREZ BOTIJA afirma que la noción de servicio público en España ha estado influenciada por elementos exóticos o exógenos, reconociendo a continuación que la doctrina española no ha atribuido a la noción de servicio público un papel fundamental como el que se le ha otorgado en las doctrinas tradicionales influidas por la Escuela de Burdeos. *Sur la notion de service public*, «Revue International Sciences Administratives» n° 2, 1956, pp. 67-77.

positivo el servicio público se configuró de la siguiente manera: el régimen especial de Derecho Administrativo de las prestaciones dadas a los administrados de manera regular y continúa; no existiendo tampoco un único concepto, sino varios -que trataremos de precisar a continuación-, que van apareciendo en nuestra legislación y doctrina, y que presentan diferencias de régimen jurídico (37).

### 3.- EL SERVICIO PÚBLICO EN LA ACTUALIDAD

Tras lo ya expuesto con anterioridad podemos afirmar que la categoría del servicio público ha sido y es, con relativa frecuencia, una idea comprensiva de muy diversas y variadas técnicas. Abarca cosas tan heterogéneas como la función pública no concedible, los servicios públicos propios o integrados y las actividades reglamentadas. Con todo, y como primer paso de acercamiento, lo cierto es que el servicio público tiene un significado que mantiene desde sus orígenes, y que consiste en la reconducción de un sector de actividades socio-económicas a la órbita del poder público, suponiendo tal técnica la excepción de la hasta ahora regla general de no intervención directa del Estado en el mundo económico, pudiéndose afirmar con carácter previo que la finalidad de la intervención administrativa a través del servicio público tiene un marcado carácter instrumental, por cuanto, al margen del distinto régimen jurídico por el que se opte, lo que se pretende es imponer la obligatoriedad de la prestación y la regularidad y continuidad en la misma, así como reafirmar el poder de la Administración.

Es por ello que resulta innegable que la calificación de una actividad o servicio como servicio público posee una relevancia singular: por tener relación con un servicio público, los contratos del Estado se hacen contratos administrativos (art. 4.1 Ley de Contratos del Estado), los bienes patrimoniales se convierten en dominio público (art. 339.2 Código Civil), la responsabilidad del Estado se extiende a cubrir los daños producidos (art. 106 de la Constitución y 139 de la Ley de Regimen Jurídico de las

(37) A través de estos diferentes regímenes jurídicos, el Estado pretende evitar, según indica GARCÍA OVIEDO, la posible expropiación a que pueden verse sometidos los ciudadanos como consecuencia del desenfrenado ánimo de lucro de las empresas privadas que, a menudo, abusaban de monopolios de facto. Esta es la principal razón que justifica la intervención del Estado a través de la imposición de tarifas y de condiciones de prestación, intervención que se articula a través de la "polivalente" categoría del servicio público, al que se dota de distinto régimen jurídico según la finalidad que se pretenda conseguir. *Derecho Administrativo*, Ob. cit., pp. 333-334.

Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) y el personal gestor adquiere un régimen jurídico peculiar (que se refleja, por ejemplo, en la limitación al derecho de huelga, art. 37 de la Constitución).

Tales consecuencias, deberían haber conducido a la doctrina a que la calificación de una actividad como servicio público tuviera un sentido uniforme. No ha sido así, y tal división de opinión en la doctrina es debida, por un lado, a que resulta muy difícil llegar a un acuerdo sobre la zona de penumbra conceptual en aquellas actividades cercanas a la calificación de servicio público, pero que todavía no lo son y, por otro lado, a que determinadas actividades o servicios son sometidos a un régimen jurídico exorbitante de derecho público que parecen similares al de los servicios públicos, pero en los que no se da un "exclusivismo" en favor de la Administración. Situación ésta reflejada en el conocido e interesante Dictamen del Consejo de Estado de 11 de noviembre de 1950, en el cual se afirma que:

«no es posible precisar un concepto material de servicio público, que de un modo absoluto permita contrastar luego todas las hipótesis particulares. Actividades que en otros tiempos fueron asumidas por el Estado se ceden luego a la libre acción social y viceversa. Todas las actividades de la Administración no constituyen verdaderos servicios públicos, ya que a veces patrocina por sí misma servicios privados (...) por tanto, sólo cabe un concepto formal de servicio público: el servicio público técnicamente tal se revela en un régimen jurídico propio, distinto del de derecho privado, que afecta a su organización, a la realización regular y continua de las prestaciones, a su sostenimiento, a su permanencia, caracterizado todo esto por la nota esencial del imperium».

Con todo, considero conveniente realizar un intento sistematizador en torno a la categoría del servicio público que tratará de ser una síntesis lo más objetiva y acorde con la situación jurídica del momento (38).

Como primer punto sistematizador destacaremos que, ante todo, por ser servicio, la calificación servicio público debe recaer sobre actividades económicas o sociales que sean prestadas de una manera continúa y regu-

38 Advertimos que este intento sistematizador se realizará desde la perspectiva del Derecho administrativo por cuanto el servicio público es una institución típicamente administrativa utilizada por las otras disciplinas jurídicas como técnica. Por ello, como señala VILLAR EZCURRA (*Servicio público y técnicas de conexión*, Ob. cit., p.125), el orden jurídico administrativo ha de ser el guía para lograr la sustantivización del concepto "servicio público". Opinión que comparte FERNÁNDEZ GARCÍA, en su libro *Definición de servicio público: su aplicación al problema del suministro del gas*, Aranzadi, Pamplona, 1984, p.62.



lar por una organización, destinada a aportar una utilidad; y que, por ser público, dicha actividad o servicio debe ser gestionado en nombre de la colectividad y ofrecido a la misma. No obstante, realizado este primer paso, debemos continuar y constatar que con esta primera aproximación se engloban dos distintas concepciones de servicio público: una, por la que la titularidad de esa actividad o servicio recae en una Administración pública, y otra, en la que lo importante es la prestación de la actividad bajo un régimen jurídico exorbitante, sin importar la titularidad. Por contraste, las actividades no calificadas como servicio público están en manos de los particulares, de la iniciativa privada, que las gestionará sin ningún tipo de restricciones al principio de libertad de empresa, por contraposición a las actividades configuradas o calificadas "servicio público", en las que incidiran con notable intensidad todo tipo de potestades administrativas.

Por ello, por suponer una injerencia en el mundo económico, parece lógico señalar como requisito esencial para que una actividad pueda ser calificada como servicio público, el que exista una declaración expresa, una «publicatio», a través de una disposición de carácter general con rango de ley en tal sentido (39).

Así pues, será necesario que una norma legal declare a una actividad como servicio público, lo que no implica que en todo caso el régimen jurídico aplicable sea el mismo. Y decimos ésto porque no todas las «publicatio» tienen el mismo alcance y finalidad. De esta manera, habrá supuestos en que esta «publicatio» tendrá por objeto reservar la titularidad de una actividad o servicio a la Administración para que sea gestionada por ésta, bien directamente, o bien indirectamente a través de particulares; por

(39) Sobre el tema de la «publicatio», introducido en nuestra doctrina por el profesor VILLAR PALASÍ, vid. su libro *La intervención administrativa en la industria*, Ob. cit., pp. 207-256. Por otro lado, VILLAR EZCURRA considera en relación a este punto que nuestro ordenamiento jurídico no prevé si tal disposición reviste o no rango legal, aunque piensa que sería necesario que revistiesen tal rango por cuanto tal declaración supone una nacionalización -entendida en sentido lato- de dicha actividad. *Servicio público y técnicas de conexión*, Ob. cit., p. 127. Tal afirmación sería válida para nuestro ordenamiento preconstitucional, pero no así tras la Constitución de 1978, pues ésta exige en su art. 128.2 el requisito de ley para declarar una actividad como servicio público por cuanto tal declaración supone una reserva de actividad en favor del Estado y, por ende, una excepción al principio de libertad de empresa consagrado en nuestro texto constitucional en el art. 38. Por otro lado debemos tener en cuenta que ya a principios de siglo se exigía el requisito de ley formal para proceder a la configuración de una determinada actividad como servicio público. Vid., por todos, GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1928, p.241.

contra, habrá otros supuestos en que una «publicatio» no tendrá por finalidad reservar esa actividad al Estado, sino simplemente controlar y asegurar la prestación de esa actividad ya que satisface un interés general. Tal situación nos lleva a distinguir dos tipos de «publicatio», una estricta, por la que una actividad es configurada como servicio público, y una amplia, por la que se califica a una determinada actividad como actividad de servicio público, distinción que, a nuestro juicio, no resulta trivial, dado que su operatividad radica en que ha de servir para evitar confusionismos innecesarios en lo referente al régimen jurídico aplicable.

Con todo, antes de precisar el alcance de estas dos «publicatio», conviene que se destaque la existencia de ciertas "desviaciones" que han sido la causa de la existencia de cierto grado de confusión en torno al concepto de servicio público, siendo la más importante de ellas la que se contiene en los art. 106 de nuestra Constitución y 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (40). Dichos preceptos hacen referencia a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, englobándose aquí en la idea de servicio público, como ha reiterado nuestra jurisprudencia, a todo tipo de actividad realizada por la Administración, por lo que la expresión "servicio público" que aparece en los artículos anteriormente citados, no es referible a la idea estricta de lo que debe entenderse por tal concepto, sino que engloba a toda y cualquiera actividad de la Administración (41).

La finalidad de dichos preceptos, por tanto, no es la de conceptualizar la categoría del servicio público, sino la de atender a la satisfacción de los ciudadanos por todos aquellos perjuicios que les puedan haber irrogado las actuaciones realizadas por los poderes públicos. Los conceptos claves no serían aquí reserva de titularidad o satisfacción de necesidades colectivas, sino responsabilidad por las lesiones originadas por el actuar administrativo. En este caso, la noción de servicio público es utilizada como técnica y no como concepto, por lo que hemos de distinguirla de los supuestos en que la declaración de servicio público tiene consecuencias en cuanto al régimen jurídico al que se somete a una actividad o servicio.

(40) Al respecto, por todos, vid. VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, Ob. cit., p. 135; y MEILÁN GIL, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Ob. cit., p. 96.

(41) A título ejemplificativo, entre otras muchas, se pueden consultar las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio, de 1985 (Ar. 4209) y 7 de junio, de 1988 (Ar. 4603).

Habrà pues, que discernir al hablar de servicio público aquellos supuestos en que tal declaración no implica consecuencias de régimen jurídico, por cuanto funciona como técnica -supuesto de responsabilidad patrimonial-, de aquellos otros supuestos en que la calificación de servicio público define una institución, con su propio régimen jurídico. Pero no debemos olvidar que tal calificación engloba dos categorías diferentes: las actividades configuradas como *servicio público*, donde el dato esencial es la titularidad de la actividad en favor de la Administración; y las actividades de *servicio público*, donde prima la prestación del servicio en condiciones de regularidad y continuidad, ya que se trata de satisfacer una necesidad colectiva, pero donde no existe una reserva en favor del Estado o demás poderes públicos, debido a que en este supuesto no se considera necesaria la exclusión de los particulares en la prestación de la actividad o servicio, sino todo lo contrario, ya que en muchos casos dependerá de ellos la satisfacción efectiva de dicha prestación (42).

Se advertirá fácilmente que este planteamiento no coincide con el formulado por cierto sector doctrinal, para el que son elementos esenciales en el servicio público la titularidad pública de la actividad en cuestión, de un lado, y su naturaleza de prestación destinada a satisfacer intereses generales, de otro. En opinión de dichos autores, sólo se estará ante servicios públicos cuando exista una reserva de titularidad en favor de la Administración. En el supuesto de no existir tal reserva, las actividades llevadas a cabo por particulares destinadas a la satisfacción de un interés público, aunque sometidas a autorización administrativa, no serán servicios públicos, sino servicios privados de interés público. En resumen, estos autores parten de una concepción estricta de la noción de servicio público, rechazando la existencia de la categoría cuando no hay titularidad pública de la actividad o servicio (43).

(42) Vid. J. BERMEJO VERA (Dir.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 53-59.

(43) Entre otros más, VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, Ob.cit., p. 151; CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Ob. cit., p. 72. Esta opinión era ya sostenida por PÉREZ BOTIJA, *Sur le notion de service public*, Ob. cit., pp. 67 y ss. y CARRETERO PÉREZ, el cual señalaba como notas esenciales en la noción de servicio público la satisfacción de un interés general y la titularidad administrativa, *Los servicios públicos económicos*, «Revista Derecho Administrativo y Fiscal» n° 13-14, 1966, p.13. ARIÑO ORTIZ mantiene idénticos planteamientos en torno a la existencia únicamente de la noción estricta de servicio público, ver sus trabajos «El servicio público como alternativa», REDA n° 23, 1979, pp. 537 y ss.; *La empresa pública*, en el libro colectivo *El modelo económico en la Constitución española*, Vol. II, Instituto de Estudios Económicos, Madrid,

No podemos compartir dicho planteamiento. Ciertamente, el servicio público estricto implica reserva de titularidad, pero ésta no debe excluir a la otra categoría de servicio público: la que califica a la actividad como actividad de servicio público; tal y como sucede, por ejemplo, con los llamados servicios sociales: educación, sanidad, acción social, etc. (44). Estas actividades son auténticas actividades de servicio público (a las que denominaremos también servicios públicos compartidos o concurrentes), debiendo utilizar la calificación de actividad privada de interés público para aquellas actividades en las que no existe «publicatio», pero en las que razones de interés público aconsejan su control, es decir, en los supuestos de actividades reglamentadas; en las que, en sentido estricto, no existe «publicatio», lo que nos lleva a diferenciarlas de las actividades de servicio público.

Ambas calificaciones, la de actividad como *servicio público* y la de actividad de *servicio público*, tienen la misma finalidad: asegurar la satisfacción de los intereses generales y necesidades colectivas, siendo a través de las actividades a las que calificamos bien como servicio público, bien de servicio público, por las que se presta a la comunidad unos servicios básicos (45). Cuáles sean los medios para lograr y asegurar la prestación de esos servicios básicos es algo ya bien distinto, que decidirán los poderes públicos, debiendo tener en cuenta las consecuencias que uno y otro comportan.

En resumen, y concluyendo antes de que se precisen estas afirmaciones, de la total actividad de prestaciones realizadas por el Estado, hay una parte de ellas, las más esenciales, que han sido asumidas como competencia propia, en tanto que otra parte es prestada en concurrencia con la iniciativa privada, satisfaciendo ambas -sector público y sector privado- en este caso, una necesidad de carácter público (46).

1981, en especial pp. 110-125. En términos similares, también GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución española y la revisión del concepto de servicio público*, «REDA» n° 29, 1981, pp. 225 y ss.

(44) FERNÁNDEZ PASTRANA constata que la calificación de una actividad como servicio público no conlleva en todo caso la asunción de la titularidad y su gestión -directa o indirecta- por la Administración. *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 28-30

(45) Resulta interesante en este punto la definición aportada por J. RIVERO, para él que servicio público es una forma de la acción administrativa en la cual una persona pública asume la satisfacción de una necesidad de interés general, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1990, p. 553.

(46) Por contra, GARRIDO FALLA, con un planteamiento similar al de VILLAR EZCURRA, sostiene que sólo cuando hay reserva hay satisfacción de intereses de

De todo lo expuesto se deduce que existen tres categorías o instituciones diferentes que ahora debemos concretar: servicio público estricto, servicio público concurrente y servicios privados de interés público. Se analizarán cada una de ellas.

a) *Concepto estricto de servicio público*

Hemos hablado de la existencia de dos conceptos de servicio público -al margen de los que se homologan con toda actuación administrativa o con función pública-, uno estricto y otro amplio. Es el concepto restringido el que más ha centrado la atención de la doctrina jurídica, llegándose a conclusiones bastante uniformes. Desde esta perspectiva el servicio público -estricto- sólo existirá cuando, además de buscarse la satisfacción de un interés general y someter a esa actividad a unas reglas exorbitantes de derecho público, exista una reserva de la titularidad de la actividad o servicio en favor de los poderes públicos, pudiendo únicamente la iniciativa privada participar en dicho sector a través de los medios de gestión indirecta, siempre y cuando la Administración así lo considere necesario u oportuno. Así, el servicio público, en su concepción estricta, supone la titularidad pública sobre la actividad y, por ende, su correlativa exclusión del ámbito reservado a la libre iniciativa privada (47). Por tanto, son notas

carácter colectivo, lo que a nuestro juicio, como acabamos de exponer, no parece cierto. *Tratado Derecho Administrativo*, Vol. II, Ob. cit., pp. 278 y ss.

(47) Para POTOTSCHING (en su libro *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964), la asunción de la titularidad de la actividad calificada como servicio público, es un elemento esencial sin el cual no hay estrictamente servicio público. Ello porque la concepción del Estado italiano en lo referente al intervencionismo económico «no ofrece estímulo alguno para intentar liberar la teoría del servicio público de su rigurosa concepción subjetiva», (ver en especial pág. 141-144). En este mismo sentido, GUARINO señala como caracteres del servicio público el que la actividad sea prestada de modo continuo y con elementos publicistas, aceptando la tesis subjetiva tradicional de servicio público, criticando a la noción objetiva por su excesiva amplitud. Así pues, la reserva de la titularidad es un elemento esencial -aunque no el único- para que una actividad asuma la naturaleza de servicio público. *Sritti di Diritto Pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milán, 1970, pp. 232 y ss. No obstante, criticando tanto a las posiciones subjetivas como a las objetivas, por considerarlas por sí solas incapaces de resolver todos los problemas existentes, puede verse el trabajo de Fulvio ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Giuffrè, Milán, 1973, pp. 25 y ss. Nada nuevo ha sido aportado por la doctrina italiana en la década de los 80, al haberse desentendido de la cuestión. Sobre esto último puede consultarse el trabajo de Fabio MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, «Quaderni Regionali» n° 1 de 1985, pp. 39 a 57.

características de esta noción estricta el carácter monopolístico y excluyente con que la Administración lo presta, su naturaleza de régimen exorbitante del derecho común, la regularidad y la continuidad en la prestación y el derecho abstracto del usuario a esa misma prestación (48).

El servicio público así entendido deberá revestir todos estos requisitos, siendo el primero en aparecer el de la utilidad general porque ésta nace primero en el pueblo, para ser luego asumida formalmente por el Estado a través de una ley, en la que establece el monopolio de la actividad o servicio en favor del Estado. Una vez llevada a cabo la reserva de la actividad, ésta sólo podrá ser ejercida por la Administración, directa o indirectamente por medio de un concesionario, pero siempre por la Administración, porque el concesionario no hace sino recibir la traslación del ejercicio de una actividad administrativa, permaneciendo la titularidad en la Administración concedente (49).

Concepto de servicio público estricto que es el que ha tenido mayor acogida en nuestro derecho administrativo tradicional, por cuanto se trataba de actividades de prestación y satisfacción de necesidades colectivas cuya titularidad, precisamente por esto, asume el Estado. (Por todos, GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución española*, Ob. cit., p. 69). Advertimos un error en este planteamiento, pues se contraponían los servicios públicos asistenciales frente a los económicos, en función del cual en los primeros no había reserva de la actividad pero sí en los segundos. Tal planteamiento no es exacto pues no en todos los sectores económicos la declaración de la actividad como servicio público implicaba la asunción de la titularidad por el Estado, como de hecho sucedió con la declaración de servicio público realizada por el Real Decreto Ley de 1924, en relación al suministro de agua, gas y electricidad.

(48) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, Ob. cit., pp. 188-189.

(49) No sólo basta la titularidad pública de la actividad -como sucede con los monopolios fiscales- sino que es necesario que se pretenda la satisfacción de una necesidad colectivamente sentida de forma regular y continua y bajo un régimen de derecho público. GARCÍA TREVIJANO FOX *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Vol I, Edersa, Madrid, 1967, pp. 29-30. Como bien sostiene este autor, el servicio público no es un concepto que pueda predicarse por el Estado respecto a ciertas actividades o servicios, a su libre albedrío. Si el legislador obra como debe, solamente después de indagar la posición y conciencias populares a través de un proceso prudencial, podrá acordar la elevación a servicio público de aquella actividad, que será sometida desde entonces a sus normas especiales; de lo contrario, el aspecto jurídico no concordaría con el social que le sirve de base. No obstante, todo esto es también predicable respecto a la «publicatio» que realiza el Estado de ciertas actividades pero en las que no se establece un monopolio estatal. Ejemplo de ello es lo que sucedió y sucede con la educación, sanidad, etc.

Tras estas breves afirmaciones podemos concluir y señalar como características del servicio público estricto las siguientes (50):

1.- Se calificarán como servicio público aquellas actividades o servicios que hayan devenido indispensables y esenciales para la comunidad, de tal manera que ésta necesita apoyarse en ellos para su supervivencia y funcionamiento como tal. La determinación de cuales sean en concreto esta actividades es una cuestión histórica y contingente, pero en cualquier caso, la apreciación de cuando una necesidad se ha colectivizado y constituye una "necesidad pública indispensable" corresponde al Estado.

2.- Dichas actividades son incorporadas al quehacer del Estado al asumir éste la titularidad de la actividad. Se produce así un monopolio en favor de la Administración quedando la iniciativa privada excluida de la participación en dicha actividad. Se opera lo que se ha dado por llamar «exclusividad regalística». Por ello, sólo previa concesión -o cualquier otra forma de gestión indirecta- pueden los particulares entrar a gestionar o participar en dicha actividad, manteniendo en ese caso la Administración unos poderes internos de dirección, modalización y control, ya que ésta mantiene en todo momento la titularidad de la actividad o servicio. Dicha exclusión de los particulares sólo es posible realizarla hoy conforme al procedimiento del art.128.2 de nuestra Constitución, procedimieto excepcional en cuanto que exceptua la regla general de libertad de empresa consagrada en el art. 38 de nuestra Carta Magna (51).

3.- Es necesario que la prestación sea desarrollada de una forma regular y continua, por cuanto se trata de satisfacer una necesidad colectiva necesaria para el normal desarrollo de la vida socio-económica.

Y aceptando estos requisitos se ha pronunciado la STS de 24 de octubre de 1989 (Ar. 8390), donde se define al servicio público como «una forma de actividad cuya titularidad haya sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione en for-

(50) Sobre este punto, vid. ARIÑO ORTIZ, *El servicio público como alternativa*, «REDA» n° 23, 1979, pp. 546 y ss; y más recientemente su monografía *Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 299-305.

(51) Sobre el alcance, contenido y significado de la técnica de reservas de recursos o servicios esenciales a que se refiere el art.128.2 de nuestra Constitución, pueden consultarse, por todos, GÓMEZ-FERRER MORANT, *La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales*, en libro hom. al prof. García de Enterría, ob. cit., pp. 3803 y ss; ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Ob. cit., pp. 305 y ss; y GIMENO FELIU, *Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas*, «RAP» n°135, 1994.

ma directa o indirecta, y a través de la cual presta un servicio público de forma regular y continua».

Estos requisitos hacen que el servicio público así entendido pueda distinguirse, primero, frente a la "función pública" porque, como señala GARRIDO FALLA, ambos conceptos se encuentran situados en planos diferentes, pues la función pública debe reservarse, en principio, para designar a los modos primarios en que se manifiesta la soberanía, es decir, a través de la labor legislativa, administrativa y jurisdiccional; mientras que el servicio público es el desarrollo de una actividad técnica respecto de la que una Administración Pública asume una específica competencia; segundo, frente a la actividad administrativa generadora de responsabilidad patrimonial, ya que en este supuesto -en gran medida distorsionador-, el servicio público resulta ser una simple técnica para atraer a la jurisdicción contenciosa los supuestos de responsabilidad patrimonial por la actuación administrativa; y, por último, frente a la calificación de servicio público amplia o compartida, en que en esta última no existe una reserva de la titularidad en favor del Estado, es decir, no existe una exclusividad regalística (52).

Ciertamente, a través del uso por el Estado de esta técnica o categoría, se produce un claro refortalecimiento de la posición del sector público en el mundo económico, por cuanto no es lo mismo asumir el moderado papel de árbitro del interés público y justificar, como a continuación veremos, una reglamentación de determinadas actividades privadas, que reservarse la actividad o servicio para su exclusiva gestión. En este supuesto, la actividad y sus medios de producción -en su caso- pasan a manos de los poderes públicos, siendo únicamente a través de la gestión indirecta como los particulares pueden entrar a gestionar dicha actividad, si bien bajo una relación de sujeción especial, dado que en todo momento la Administración mantiene la titularidad y, por ello, las potestades de inspección y control (53).

(52) Vid. GARRIDO FALLA, *Tratado Derecho Administrativo*, Vol II, Ob. cit., p. 280 y ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado...*, Ob. cit., p. 295..

(53) Así se expresa GARRIDO FALLA, que señala como razones de que el Derecho continental occidental europeo alumbrase la idea del servicio público, las siguientes: 1) El gran abanico de posibilidades que se le ofrecía a través de someter a una actividad a un régimen administrativo 2) Las "excelencias" de la figura de la concesión administrativa, en cuanto contrato en manos de los poderes públicos. *Las empresas públicas*, Ob. cit., p.122.

b) *Servicio público concurrente o compartido*

Frente a esta noción estricta de servicio público que acabamos de ver, existe otra más amplia, que hace referencia a aquellas actividades en las que su declaración como servicio público no conlleva un régimen de monopolio de la actividad en favor de la Administración. En estos casos, la declaración de una actividad o servicio como servicio público no implica la asunción de la actividad por parte del Estado, lo que lo distingue netamente del servicio público «strictu sensu» (54). Pero esa declaración de servicio público no es baladí porque, a través de ella, se está calificando a una actividad o servicio como *actividad de servicio público*, es decir, como actividad que debe ser en todo momento garantizada por el Estado, pero sin excluir por ello a la iniciativa privada en dicho sector. El Estado, al margen de lo que pueda desarrollar el sector privado, se compromete a prestar -o al menos a asegurar- determinadas prestaciones colectivamente sentidas por la sociedad, como sucede con la educación, sanidad, acción social, etc.. En dichos sectores, la declaración expresa de la actividad no establece el monopolio en favor del sector público. Prueba de ello la tenemos en propias expresiones que aparecen en nuestra legislación. Así, vemos como el art. 1 de la Ley General de Sanidad de 1986 habla del servicio público de la Salud; o el art. 1 de la Ley de Reforma Universitaria de 1983 habla del servicio público de la educación superior (55); declaraciones claramente contrapuestas a las formuladas, por ejemplo, en la Ley de Televisión privada de 1988, cuyo art. 1 habla del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado; o la Ley de orde-

(54) Por contra LÓPEZ PELLICER (*Servicio municipal y actividades particulares de interés público*, «Revista Estudios Vida Local -REVL-» n° 178, 1973, pp. 270-271) y DE LA CUETARA (*La actividad de la Administración*, Ob. cit., pp. 134-137), distinguen entre titularidad y competencia, afirmando que cuando existe titularidad en favor de la Administración, pero no competencia de prestación, nos encontramos ante servicios públicos compartidos. Para ambos existe, pues, titularidad pública en dichos supuestos, es decir, asunción de la actividad. No nos parece correcto tal planteamiento pues, a nuestro juicio, sólo existe verdadera asunción de actividad en los casos del denominado servicio público «strictu sensu», no existiendo, como tendremos ocasión de ver, titularidad pública de la actividad en el caso de servicios públicos compartidos.

(55) Carácter de servicio público derivado de la propia Constitución, ya que esta, en sus artículos 27 y 43 reconoce el derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud, respectivamente. Se establece, por tanto, la obligación del Estado de garantizar la efectividad de estos derechos, por tratarse de necesidades socialmente sentidas, cuyo primer reflejo es su consideración como actividades de servicio público.

nación de las Telecomunicaciones de 1987, cuyo art. 2 dice que las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público, o el art. 150.2 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres donde se dice que los ferrocarriles de transporte público tienen el carácter de servicio público de titularidad de la Administración.

Se advierte una diferencia esencial en estas declaraciones legales expresas: por un lado se habla del servicio público de la salud (56) o de la educación, mientras que por otro lado se dice que la televisión, las telecomunicaciones o los ferrocarriles son servicios público de titularidad estatal. Es decir, por un lado, la declaración de servicio público «acompaña», califica a la actividad, de tal manera que la sanidad o educación no se configuran como «auténticos» servicios públicos sino como *actividades de servicio público*, (de interés social relevante), mientras que en el segundo supuesto, esas declaraciones tienen por finalidad constituir a esas actividades como *servicio público* de titularidad estatal, es decir, la asunción de las mismas por el Estado, que supone la reserva en su favor de esa actividad excluyéndose del mercado a la iniciativa privada.

De esta manera, la consideración de la prestación sanitaria o de la educación como servicio público no implica en ningún caso la asunción de la titularidad de dicha actividad -posibilidad admitida por el art. 128.2 de nuestra Constitución, a cuyo procedimiento habría que acudir para crear un monopolio estatal de dicha actividad-, sino que tal carácter supone la obligación del Estado de crear un sistema sanitario o educativo suficiente, o al menos garantizar al ciudadano la posibilidad de acceso a dichas prestaciones, aunque estén bajo la órbita de la iniciativa privada. Por ello, la declaración de servicio público de la sanidad o de la educación, supone la calificación de actividad de servicio público, lo que conduce fundamentalmente al reconocimiento de un derecho individual, subjetivo, a obtener de los poderes públicos una acción protectora frente a unas necesidades sentidas socialmente. A resultas de tal situación, el Estado deberá crear o garantizar y organizar el oportuno servicio que asegure la satisfacción de este derecho individual. Por tanto, la calificación como servicio público de estas actividades supone garantizar a los ciudadanos la observancia de

(56) En relación a la sanidad pueden consultarse PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*, «RAP» n° 122,1 990, pp.566-577; FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la Sanidad: marco constitucional*, Ob. cit., y GIMENO FELIU, en libro dirigido por BERMEJO VERA *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Ob. cit., pp. 156-157.

determinados derechos individuales considerados prioritarios para la sociedad. No obstante, y como ya se ha visto, dicha calificación de servicio público no implica la existencia de un monopolio estatal de dichos servicios sino que permite en todo momento la participación de la iniciativa privada, eso sí, dirigida y coordinada por el Estado a través de su potestad reglamentaria (57).

c) *Servicio privado de interés público*

Procede por último hacer una sucinta referencia a una tercera categoría, distinta a la de los servicios públicos estudiados, pero claramente interrelacionado con éstos por que, al margen de la intervención estatal a través de la técnica del servicio público, el Estado puede intervenir directamente también en distintos sectores económicos a través de su reglamentación más o menos estricta; reglamentación que ha de venir siempre justificada por la finalidad de conseguir un bienestar general (58). En estos supuestos se estará ante actividades privadas de interés público, actividades sobre las que los poderes públicos ejercitan su potestad reglamentaria sin necesidad de reservarse la titularidad, ni de "publicar" la actividad.

Estas actividades, aún sin estar reservadas expresamente al Estado, ni estar calificadas como actividades de servicio público, no pueden desarrollarse en un régimen puro de libertad económica, ya que resultan inter-

(57) Es decir, la calificación de servicio público no supone constituir a esa actividad como servicio público. En el primer caso el Estado asume la responsabilidad de garantizar unas prestaciones colectivamente sentidas como prioritarias, mientras que cuando constituye un servicio público sobre determinada actividad, asume la titularidad excluyendo de ella a los particulares. Las diferencias entre ambos supuestos son notables, sobre todo desde la perspectiva de la libre iniciativa económica de los particulares

(58) Como señala GARRIDO FALLA, las necesidades públicas no son satisfechas únicamente mediante la actividad de prestación a cargo de entidades administrativas: también es posible alcanzar dicha finalidad con prestaciones imputables a la actividad privada, razón que justifica la intervención del Estado. No obstante, tales actividades continúan siendo privadas en todo momento teniendo los controles administrativos una categoría jurídica distinta. *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol I, Ob. cit., pp. 365-366. De la misma opinión es LÓPEZ PELLICER quien considera que la Administración debe tender en todo momento a la satisfacción de necesidades colectivas, pudiendo para ello, al margen de recurrir a monopolizar la actividad, a intervenir jurídica y administrativamente en aquellas empresas o actividades que, aún siendo en todo momento privadas, satisfacen un interés público. *Servicio municipal y actividades particulares de interés público*, Ob. cit., p. 264.

venidas por los poderes públicos a través de la imposición de unas características especiales -por cuanto dichas actividades tienden a la satisfacción o logro de un mayor bienestar social-, como son la necesidad de una autorización previa de carácter constitutivo y no simplemente policial, y la existencia de tarifación y control por parte de la Administración.

Se puede afirmar que dichas actividades privadas, sometidas a previa autorización, se caracterizan por dos notas principales: una primera, subjetiva, en cuanto ni la titularidad ni la responsabilidad de prestación sobre las mismas corresponde a la Administración pública, al no haberse realizado declaración expresa de reserva de tal actividad en favor de los poderes públicos, ni de asunción de responsabilidad de prestación; y una segunda, objetiva, que dichas actividades atienden a la consecución de intereses generales.

No obstante, la naturaleza de las cargas y obligaciones que se imponen en la autorización hace que tales actividades tengan un régimen jurídico parecido al establecido en el clausulado de una concesión administrativa de servicio público (59). Esta similitud de regímenes ha hecho que parte de la doctrina calificase a tales actividades como servicios públicos impropios o virtuales (60), terminología utilizada en España por primera

(59) Por todos, DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Ob. cit., p. 140.

(60) El término de servicio público impropio es creación de A. VALLÉS en su monografía sobre *I servizi pubblici*, en el *Primo Trattato* de ORLANDO, Vol. VI, Milano, Edición de 1930, pp. 613 y ss. Este autor parte de un concepto objetivo para distinguir a estas actividades. Esto le hace afirmar que para el derecho positivo el tratamiento es idéntico tanto en el supuesto de actividades reservadas al Estado como al de estas actividades privadas prestadas bajo autorización. Así, se estará ante servicios públicos impropios en los casos en que determinadas actividades desde el punto de vista subjetivo constituyen actividades privadas, recibiendo el nombre, y no la cualidad, de públicos, por la tradición y por el uso común en razón de su función; hablándose sólo de servicio público propio cuando estemos ante actividades asumidas por los poderes públicos y ejercitadas por éstos, bien directamente, bien por medio de concesionarios. Un excelente resumen de los planteamientos de esta tesis de servicio público impropio se encuentra en el trabajo de Rafael ENTRENA CUESTA, *El servicio de taxi*, «RAP» n° 27, 1958, pp. 32 y ss.

Por otro lado, el término servicio público virtual es creación de la jurisprudencia francesa del Conseil d'Etat. Para que se dé un servicio público virtual son necesarios tres requisitos: 1) La necesidad de una autorización, que se prestará para el ejercicio de actividades en bienes integrantes del dominio público. 2) Que la actividad que se presta sea de interés general. 3) La existencia de un régimen especial consistente fundamentalmente en la necesidad de realizar determinadas prestaciones y de some-

vez por ALBI y , entre otros, aceptada por el profesor VILLAR PALASÍ, quien resume dicha categoría en los siguientes puntos: 1) En los servicios públicos impropios, para el particular que presta el servicio, sus deberes son totalmente paralelos a los del concesionario del servicio; 2) no son auténticos servicios públicos, por faltar el acto de «publicatio» de los mismos; 3) por ello, las potestades administrativas que suponen -en su envés- los deberes del particular no se basan en un único título, sino en un sincretismo de títulos de potestad; 4) no les son aplicables las normas del servicio público (expropiación, inembargabilidad, incompatibilidad, trato fiscal favorable, etc.); 5) son, en algunos casos, servicios públicos en vías de declaración y 6) existe un derecho subjetivo en el solicitante que reúne las condiciones requeridas (61).

Esta categoría ha sido rechazada por nuestra doctrina, de tal manera que ENTRENA CUESTA ha propuesto el no uso de dicho término, en primer lugar, por la imprecisión de la noción de servicio público y, en segundo, porque se trata de servicios regulados a través de medidas de policía. Propone por ello considerar a estos servicios y actividades como servicios privados de interés público (62). Serán, por tanto, servicios privados pero, por el interés que ofrecen a la colectividad, los poderes públicos podrán someterlos a una serie de controles que se iniciarán con la necesidad de autorización (63). En esta línea se muestra GARCIA TRE-

ter a tarificación la actividad que se desarrolla. Sobre el tema, ya clásicos, se pueden consultar a WALINE, *Vicissitudes récentes de la notion de service public*, «La Revue Administrative» n° 5, 1948, pp. 23 y ss y B. CHENOT, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, «Etudes et Documents du Conseil d'Etat», 1950, p. 77

(61) ALBI, en su trabajo *El servicio público municipal y sus modos de gestión*, «REVL» n° 35, pp. 652 y ss. Por otro lado, VILLAR PALASÍ sostiene que los llamados servicios públicos impropios o virtuales constituyen la situación intermedia entre la supremacía general y la sujeción especial. Existe -en su opinión- una porción de las actividades económicas que sin declaración formal de servicio público revisten un claro interés público lo que justifica la intervención estatal para su reglamentación. *La intervención administrativa en la industria*, Ob. cit., p. 288

(62) ENTRENA CUESTA, *El servicio de taxi*, Ob. cit., pp. 40 y ss. Dicha categoría goza de plena aceptación en Italia, pudiendo verse al respecto, por todos, el libro de Alberto MASSERA, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1978, en concreto pág. 285, donde señala que el servicio de interés público se resuelve en una particular reglamentación de la actividad que permanece por siempre actividad de derecho privado en la cual se reflejan específicas formas que evidencian su relevancia pública.

(63) Sobre le tema del surgimiento de estas actividades de utilidad pública o interés público, puede consultarse el trabajo de ORTIZ DÍAZ, *Problemas estructurales del derecho de la organización administrativa*, «REVL» n° 170, 1971, p. 210.

VIJANO FOX, al considerar a estos servicios como servicios de interés público, remarcando el hecho de que continuaban siendo privados y que la autorización, aún suponiendo una intervención en el campo económico, ha de permanecer siempre como simple autorización, no instaurando en ningún momento una relación jurídica de tipo concesional, ya que ésta sólo cabe en los supuestos de servicios públicos propios (64). Esta línea doctrinal parece ser la más acorde con lo preceptuado por el art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado y art. 17.1 de Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, que distinguen como categoría separada del servicio público, la de «servicios privados prestados al público».

El carácter público de dichas actividades o servicios tiene como principal consecuencia la de incluir a sus beneficiarios en un ordenamiento jurídico seccional privado, que les impone obligaciones y derechos semejantes a la de los servicios públicos. Estaremos por ello ante actividades privadas reglamentadas por un régimen de policía especial, que se llama ordenamiento seccional, y que se opone al verdadero servicio público, pudiendo señalarse como sus principales características, las siguientes: 1) La actividad desempeñada es siempre de carácter particular y no público, apareciendo implicado un interés público 2) La remuneración del autorizado, aunque pueda estar sometida a tarifa si así lo exige el interés público, se puede lograr a través de precios susceptibles de regirse por el sistema de libre comercio 3) Dicha actividad necesita de una autorización previa (65).

Y en este sentido se ha expresado nuestro Tribunal Constitucional en su STC 53/1984, de 3 de mayo, resolutoria del conflicto de competen-

(64) GARCÍA-TREVIJANO FOX, *Aspectos de la Administración económica*, «RAP» n° 12, 1953, pp. 26-27. Sobre esta cuestión, por su carácter reciente, vid. también ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado...*, Ob. cit., pp. 306-314.

(65) Para GARCÍA-TREVIJANO FOX, la existencia de la clasificación de actividades como de interés público es consecuencia de la existencia de ordenamientos seccionales, es decir, ordenamientos a los que se somete a una fuerte intervención. En este grupo deberán incluirse toda gama de actividades que sin ser servicios públicos tiene un interés especial dentro de los fines estatales. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Vol I, Ob. cit., p. 42. Por otro lado, la distinción entre autorización reglamentada de servicios privados de interés público y la concesión administrativa de servicio público no ha tenido un claro reflejo en nuestra jurisprudencia. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Octubre de 1982 (Ar. 1688), establece como criterios generales de diferenciación entre ambas instituciones los de naturaleza, intensidad y duración del uso del dominio público, de un lado, y el carácter propio o impropio del servicio de cuya gestión se trate.

cias entre el Gobierno Central y la Generalidad valenciana sobre fijación de tarifas de taxis en recorridos interurbanos. En dicha sentencia el Alto Tribunal alude a la cuestión de su calificación o no como servicio público, entendiéndose que no existe una «publicatio», tratándose simplemente de una actividad reglamentada a la que le es aplicable el régimen que acabamos de describir. Estas son sus palabras:

«...es una actividad que por la impronta pública que la califica, está sometida a autorización administrativa mediante un acto autorizador que es el que habilita para el desarrollo de la actividad a la que se inserta en una reglamentación que, con otros contenidos, conlleva también la sujeción a un poder tarifario, comprensivo de fijación de tarifas y de las condiciones de aplicación».

En resumen, no cabe una posible confusión entre servicios públicos «strictu sensu» y esta clase de actividades o servicios, que han de someterse a una autorización administrativa previa que presupone una reglamentación específica; actuaciones administrativas, por vía reglamentaria y singular, a través de las cuales el servicio y sus beneficiarios quedan sujetos a una situación análoga a la del servicio público, pero con la importante diferencia de que no existe norma legal que reserve a la Administración dicha actividad o servicio, reserva de titularidad de la actividad que, cuando es gestionada por particulares significa que éstos se encuentran en una relación especial de sujeción, lo que no sucede con el establecimiento de las posibles limitaciones a una actividad privada de interés público.

Podría parecer que existen problemas para la distinción de esta categoría con la de los servicios públicos concurrentes o compartidos: la diferencia esencial radica en que en esta última categoría existe declaración expresa que califica como de servicio público a una determinada actividad, lo que justifica la intervención -en este caso obligatoria- del Estado, a fin de satisfacer una necesidad colectiva representada por dicha actividad. Por contra, en los servicios privados de interés público el Estado no realiza ninguna declaración expresa de asumir la responsabilidad de prestación de una determinada actividad por cuanto no se considera como una necesidad colectiva prioritaria. Por ello, la intervención en dichas actividades tendrá un carácter facultativo para el Estado, debiendo, en cualquier caso, ser respetuosa con el principio de libertad de iniciativa económica, principio que en ningún momento podrá quebrantar (66).

(66) Sobre este punto, haciéndonos eco de los planteamientos de PROSPER WEIL, podemos afirmar que la noción de servicio público concurrente es más estrecha que la de servicios privados de interés público. El interés de la distinción es pal-

4.- SERVICIO PÚBLICO *VERSUS* DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS. NECESIDAD DE READAPTACIÓN ATENDIENDO A LA COMUNIDAD EUROPEA

Tras superarse la crisis del servicio público de los años cincuenta, en la doctrina no volvió a plantearse con intensidad un debate sobre esta cuestión, hasta que en los años ochenta han vuelto a reproducirse, casi con mayor virulencia, los argumentos a favor y en contra de la noción de servicio público. Así, ha aparecido en Francia una corriente doctrinal que pone en tela de juicio dicha noción, a la que se considera, como señala D. TRUCHET, una simple etiqueta que no responde a una realidad objetiva ni a un estatuto jurídico preciso, de tal manera que su única virtualidad es la de ser utilizada por el Juez para atraer con gran facilidad sus competencias en materia contenciosa (67). Opinión también compartida por J.B. GEFFROY, si bien éste propone el rescate de la categoría del servicio público, para lo que considera necesario una conciliación en torno al contenido de la misma (68).

Otros autores, desde una óptica neoliberal, consideran que el servicio público es un instrumento de reducción de las libertades públicas. Máximo exponente de esta tendencia es P. DEVOLVE, quien en un polémico trabajo, ataca no sólo la noción sino también la propia institución del servicio público, al que considera una amenaza de las libertades públicas, afirmando que «el corazón mismo de la noción de servicio público comporta el germen, por la justificación de todas las intervenciones públicas,

pable por los siguientes motivos: 1) Sólo en actividades calificadas servicio público pueden los organismos públicos tomar decisiones que revistan un carácter administrativo 2) Sólo en éstas se aplican los principios básicos del servicio público formulados por ROLLAND: igualdad, continuidad y adaptación a las necesidades del momento. *Derecho Administrativo*, Ed. española, Civitas, Madrid, 1986, pp.105-110.

(67) D. TRUCHET, *Nouvelle récentes d'un illustre vieillard: Label de service public et statut du service public*, «Actualité Juridique. Droit Administratif» (AJDA) n° 7-8, 1982, pp. 427-428.

(68) J.B. GEFFROY, *Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre*, «Revue Droit Public» núm. 1 de 1987, pp. 71 y ss. Planteamiento que también es aceptado por J.B. BIZEAU, para quien la crisis de la noción de servicio público ha conducido a la afirmación de la prerrogativa de la potestad pública como criterio de atribución de la competencia administrativa, sobre todo tras la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987, que reconoce este criterio reductor de la competencia administrativa, que no derivará ya del carácter de servicio público. *Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique*, «AJDA» núm 3 de 1992, pp. 179-182.



de la amenaza de las libertades» (69). Peligro que, a su juicio, deriva de la extensión e imprecisión de la noción de servicio público, a la que considera un mito heredado del pasado que, en cuanto obstáculo a la libertad económica y, por ende, al resto de las libertades, debe desaparecer.

Dicho planteamiento ha suscitado una fuerte reacción doctrinal. Así, S. REGOURD, en un interesante trabajo orientado a defender a la teoría del servicio público de los ataques recibidos que lo consideran como una simple etiqueta y una amenaza de libertades públicas, afirma que la categoría de servicio público viene a garantizar en términos de igualdad el disfrute de ciertos derechos fundamentales (70). En opinión de este autor, esta pretendida crisis del servicio público es una crisis ficticia, creada por un determinado sector doctrinal y que responde a una clara finalidad política, que se inscribe dentro del contexto neoliberal de una ofensiva contra el Estado-Providencia (71). De esta manera, tras realizar una crítica a los planteamientos que cuestionan la institución del servicio público, sostiene que el servicio público, lejos de afectar a libertades distintas a la libertad de empresa, se convierte en el auténtico garante de las mismas, hasta el punto de afirmar que es ahora cuando mayor importancia tiene dicha categoría.

En esta misma línea, J. RIVERO ha mantenido que nos encontramos ante un debate ideológico más que jurídico, dado que la institución del servicio público sigue conservando en el derecho positivo un lugar importante, y de cuya calificación derivan importantes consecuencias jurídicas. A su juicio, esta controversia, similar a las aparecidas en los años treinta y cincuenta, acaba testimoniando -como aquellas- la importancia que guarda la teoría del servicio público en la teoría general del Derecho Administrativo y del Estado (72).

De esta polémica se ha hecho eco, también, la doctrina española, de tal manera que para C. CHINCHILLA no es que el servicio público en este nuevo contexto devenga simple etiqueta o amenaza de las libertades

(69) P. DEVOLVE, *Service public et libertés publiques*, «Revue Française de Droit Administratif» núm. 1 de 1985, p. 3.

(70) S. REGOURD, *Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours*, «Revue Droit Public» n°1 de 1987, pp. 5 y ss.

(71) S. REGOURD, loc. cit., pp. 27-30.

(72) J. RIVERO, *Droit Administratif*, ob. cit., pp. 555-556. Sobre el actual estatuto jurídico del servicio público en Francia puede consultarse, por todos, J.M. AUBY y J.B. AUBY, *Institutions administratives*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 25-59.

y derechos fundamentales, sino que, como afirma esta autora, nos encontramos con una categoría en recomposición, que no implica que deba ser desechada como técnica que pueda ser utilizada por los poderes públicos para cumplir con los fines de interés general a los que han de servir (73). Además, en su opinión, la técnica de servicio público cumple funciones garantísticas aún en el caso de que se afecte a derechos fundamentales - como sucede con la televisión- ya que el derecho a la libre difusión presenta (como expresamente indicó la STC 12/1982, de 31 de marzo) indudables límites uno de los cuales puede ser la configuración de la actividad como servicio público (74). El carácter de servicio público le viene dado, según esta autora, porque es necesario garantizar el derecho del público a ser informado, existiendo, a su vez, una limitación fáctica (por razones técnicas) de los medios televisivos disponibles. Y en este sentido se ha pronunciado, entre otras, la STC 206/1990, de 13 de diciembre, al afirmar:

«La legitimidad constitucional de la calificación de la televisión como servicio público responde a una serie de razones, entre las que se encuentran las de carácter técnico, que no son, sin embargo, las únicas que pueden justificar este tipo de configuración del medio.

No puede olvidarse que el art. 20 CE, además de los derechos subjetivos de expresión e información, garantiza el derecho de todos a recibir información, y tiene una dimensión de garantía de una institución fundamental cual es la opinión pública libre, que trasciende a lo que es común y propio de otros derechos fundamentales (STC 12/1982) (...) Por lo que respecta a la televisión, el legislador ha querido que su modo de producción sea la forma de un servicio público también, y así se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1980, porque la televisión es un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas».

(73) C. CHINCHILLA, *El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión*, en libro hom. al prof. García de Enterría, ob. cit., p. 964. Esta idea es también asumida por DE LA CUÉTARA, *Los servicios públicos nacionales e internacionales en la construcción de Europa. (A propósito de la evolución de la política común de transportes)*, en libro Homenaje al Profesor Garrido Falla, Facultad Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 1373-1374.

(74) C. CHINCHILLA, *El servicio público: amenaza o garantía para los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 968-969. Para un estudio más en profundidad de su planteamiento puede consultarse su interesante monografía *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Ob. cit.

Esta jurisprudencia ha sido nuevamente reafirmada por el Alto Tribunal en su sentencia 127/1994, de 5 de mayo, (en la que se destaca la idea de que el servicio público no es una etiqueta que una vez aplicada al medio permita cualquier regulación, porque hay en juego derechos subjetivos referidos a comunicar libremente pensamiento e información) justificando su decisión en los siguientes extremos:

a) La declaración de la televisión como servicio público no es contraria en sí misma a la Constitución:

«Es, pues, una opción, entre otras constitucionalmente posibles, que puede tomar el legislador. El art. 128.2 de la Constitución permite reservar al sector público “recursos” y “servicios esenciales”, y de una interpretación literal aunada a otra sistemática (...) puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública».

b) La existencia de impedimentos técnicos que restringen las posibilidades de acceso de los agentes económicos interesados en la prestación de dicha actividad:

«Desde esta perspectiva, las limitaciones propias del dominio público radioeléctrico (art. 7.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) son un refuerzo de ese otro fundamento constitucional de la calificación de servicio público esencial: ordenar la igualdad en las condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado cuales son las licencias para emitir televisión con ámbito nacional».

c) En que esta «publicatio» no vulnera el sistema autorizatorio al que se refiere la normativa internacional suscrita por el Estado español:

«En este mismo sentido, el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prescribe en su apartado 1º que las libertades de expresión y de recibir o comunicar informaciones o ideas, sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras, no impiden que los Estados sometan a las empresas de televisión “a un régimen de autorización previa”. Y la técnica concesional para la gestión indirecta por sociedades anónimas en que la declaración de servicio público se traduce (arts. 2, 3, 4.1, 6 y 7 de la Ley) es una variante de autorización previa que no viene vedada por la Constitución ni por el Convenio Europeo».

Por contra, otros autores han considerado, incluso a pesar del contenido de esta jurisprudencia constitucional, que la categoría de servicio público, cuando implica un monopolio en favor de la Administración y excluye de su esfera a los particulares -como sucede con el servicio público de la televisión- supone una limitación no justificable, en su caso, de los

derechos fundamentales afectados, como sucede en el supuesto de la televisión con el derecho fundamental recogido en el artículo 20 CE, considerando que en caso de servicio público *versus* derecho fundamental debe prevalecer este último (75). De hecho, como destaca ESTEVE PARDO «la protección radical que de los derechos fundamentales establece la Constitución frente a los poderes públicos -el legislativo entre ellos- es lo suficientemente clara como para rechazar que, mediante una reserva al sector público, a través de definitiva de una ley en que tal reserva se materializa, o incluso a través de otra ley de distinto carácter y contenido, se impida el ejercicio de un derecho contenido en el Capítulo Segundo del Título I como es el de expresión» (76).

Y más recientemente, tomando decidido partido por la cuestión, ARIÑO ORTIZ, aceptando las premisas de P. DELVOLLE, se muestra especialmente crítico con el planteamiento realizado por CHINCHILLA MARIN sosteniendo, frente a la opinión de ésta, que la técnica del servicio público no es viable cuando afecta a derechos fundamentales, existiendo, a su juicio, una contradicción insalvable entre el servicio público y libertades públicas (77). En ello radica, según este autor, uno de los límites esenciales a la posible reserva, mediante la técnica del servicio público, de actividades esenciales a que se refiere el art. 128.2 de la Constitución. La razón, en palabras suyas, «es evidente: los derechos y libertades públicas son el reconocimiento constitucional de unas posibilidades de acción inherentes a la persona, anteriores al Estado y a la Ley. No pueden, pues, tales actividades, ser atribuidas en exclusiva al Estado y luego “concedidas” más o menos graciosamente y discrecionalmente, por éste al ciudadano» (78).

(75) Autores que se mostraron especialmente críticos con esa jurisprudencia constitucional de 1982 (no modificada por las posteriores sentencias) son, principalmente, SAINZ MORENO, *La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional*, «REDC» núm. 2, 1981, pp. 207-213; GONZÁLEZ NAVARRO *Televisión Pública y Televisión Privada*, Civitas, Madrid, 1982; y ARIÑO ORTIZ, *El proyecto de Ley de Televisión Privada*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1987.

(76) ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, INAP, Madrid, 1984, p. 122.

(77) ARIÑO ORTIZ, *Servicio público y libertades públicas. (Una interpretación limitadora del art. 128 de la Constitución)*, en libro Homenaje a Garrido Falla, ob. cit., pp. 1325-1333. Por ello, según este autor, en contraposición a la opinión de C. CHINCHILLA, la regulación monopolística de la televisión en España a través de su configuración como servicio público es ejemplo de la amenaza que supone a derechos fundamentales como libertad de expresión y de información.

(78) ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, ob. cit., p. 139.

Nos encontramos, en principio con dos visiones contrapuestas. No obstante, a mi juicio, pueden aceptarse ambas ideas siempre y cuando identificamos, con carácter previo, a qué nos referimos cuando hablamos de servicio público, pues en función de cual sea el criterio adoptado la solución será distinta. Así, parece que es cierto -como expone la doctrina a que me he referido- que el servicio público-monopolio (servicio público estricto) resulta incompatible cuando entra en colisión con derechos fundamentales pues éstos, por su propia naturaleza constitucional gozan de especial valor y protección, ya que, como destaca, entre otros, el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, los poderes públicos están comprometidos a la potenciación y búsqueda de eficacia de los derechos fundamentales lo que, en mi opinión, no resulta posible con la imposición de monopolios no suficientemente justificados cuando se afecta a derecho o libertades fundamentales (79). No es por ello casual -como recuerda paradójicamente la STC 127/1994- que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el caso «Informations-verein Lentia») haya declarado injustificable el monopolio del servicio público de radiodifusión en Austria en manos de un ente público (como sucedía, no se olvide, en España hasta 1988) (80).

La solución pasa, pues, por aceptar la categoría del servicio público sin monopolio, como sucede, por ejemplo con la sanidad (art. 1 de la Ley General de Sanidad), de tal manera que dicha declaración de servicio público no se convierta en amenaza de nada, sino todo lo contrario, en cuanto garantiza el contenido del artículo 15 CE. Así sucede también, por ejemplo, con la nueva regulación de la televisión en Francia tras la Ley de 30 de septiembre de 1986, tras la que la actividad televisiva se abre a la libre competencia si bien, por su carácter de actividad de servicio público (81) se imponen una serie de prescripciones que tienen por objetivo final garantizar el derecho fundamental de una información objetiva, veraz y

(79) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales*, en libro Homenaje al profesor García de Enterría, ob. cit., p. 597.

(80) Esta preocupación por combatir las situaciones monopolísticas se refleja tanto en la Sentencia de la Corte Constitucional Italiana nº 826, de 13 de julio de 1988 como en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 4 de noviembre de 1986. En ambas se trata de garantizar el pluralismo impidiendo la existencia de monopolios de opinión.

(81) De tal manera que, como indica ESTEVE PARDO, el servicio público, lejos de ser un límite ilegítimo al principio de libertad, se convierte en instrumento que garantiza la operatividad de derechos y libertades que se ejercitan a través de la televisión. *Servicio público de televisión y garantía de la institución de la opinión pública libre*, «RAP» núm. 123, 1990, p. 188.

respetuosa de otros derechos constitucionales (82). De esta manera se dan plena satisfacción a los diversos intereses en juego: por un lado el Estado impone un régimen que garantiza la pluralidad conforme a principios de igualdad, regularidad y continuidad, mientras que por otro lado se abren las posibilidades a que los distintos agentes interesados, previa autorización administrativa de carácter constitutivo compatible con el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE, pueden acceder a la prestación de la actividad conforme a las reglas impuestas por el poder público (83).

En definitiva, se pretende reorientar la categoría del servicio público dentro de un nuevo contexto socioeconómico y político, prescindiendo de la nota de monopolio (con exclusión de la iniciativa privada), resultando de esta manera no sólo compatible, sino garantía última de determinados derechos fundamentales, por lo que deberán tender hacia esta categorización los poderes públicos (84). Resulta por ello conveniente recomponer la categoría de servicio público, despojándola en estos casos de su carácter tradicional de monopolio.

(82) Sobre el concreto contenido y significado de estas prescripciones puede consultarse el estudio de E. DERIEUX, *Le nouveau Statut de la Communication*, «Revue Droit Public», núm. 2, 1987, pp. 339 y ss.

(83) Resulta a nuestro juicio incompatible con el derecho constitucional del art. 20 la figura concesional en cuanto supone que impide -de forma injustificada- la realización de este derecho. Así se ha manifestado el Magistrado Gabaldón López en el voto particular a la STC 127/1994, al afirmar que esto supone que «la naturaleza del derecho mismo queda cualitativamente cambiada, con este sistema, al pasar de derecho originariamente atribuido a la persona a mera facultad de obtener una concesión». Otra cosa son las autorizaciones -actos administrativos- aunque tengan carácter constitutivo (Sobre las diferencias entre autorización y concesión vid, por todos, MANZANEDO MATEOS, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, IEAL, Madrid, 1968, p. 410 y LÓPEZ RAMÓN, *Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas*, «REVL» nº 234, 1989, pp. 591-594).

(84) Como señala el profesor MARTÍN REBOLLO la libertad, para ser real hoy, necesita también, muchas veces de la acción social del Estado y éste, a la vez, halla sus límites en las libertades básicas. En la medida en que se pueda conciliar la libertad política individual, propia del liberalismo, con la superación en el plano económico, de ese nuevo liberalismo, se están dando los pasos hacia un nuevo modelo de Estado cuya etiqueta -social o democrática- seguramente es lo de menos. *De nuevo sobre el servicio público...*, ob. cit., p. 2542. Por ello no comparto el criterio de P. DELVOLLE, para quien el servicio público debe ser eliminado como categoría jurídica por ser un instrumento de reducción de las libertades por cuanto se reduce la libertad económica en beneficio del Estado-Providencia.

Recobra de esta manera especial significado la categoría de servicio público compartido, concebido como obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de aquellas actividades que satisfacen las necesidades de la colectividad (sin necesidad de crear monopolio), de tal manera que, cuando esas necesidades se corresponden con derechos fundamentales el servicio público opera como una técnica de realización de los mismos. Se relanza, por tanto, la categoría del servicio público compartido, sin exclusión de la iniciativa privada, que se convierte, en cuanto tiene por finalidad última asegurar prestaciones sociales esenciales, en auténtico garante de los derechos y libertades fundamentales.

Esta reactualización de la categoría de servicio público, sobre todo en lo relativo a la idea de que el servicio público ya no implica monopolio de la actividad, viene obligada por el actual contexto liberalizador de la economía que impulsa la Comunidad Europea (recuérdese que el objetivo principal de ésta es la consecución de un mercado interior basado en el principio de la libre competencia que favorezca la apertura de los mercados). En tal sentido se ha pronunciado J. CHEVALIER, quien sostiene que las fisuras recientes en la necesidad de monopolios obligan a una reevaluación de la técnica de servicio público. En su opinión, al devenir inadecuadas determinadas estructuras monopolísticas, contrarias a los objetivos comunitarios de un mercado único, el servicio público, como institución llamada a legitimar dicho monopolio, carece de sentido (85). Así, el paso a un sistema de mercado obliga a una revisión en profundidad del servicio público, a fin de adecuarlo a la nueva realidad socio-económica (86).

Por otra parte, si bien es cierto que la variedad de configuraciones en torno a esta categoría ha contribuido a un innecesario confusionismo

(85) J. CHEVALIER, *Les enjeux juridiques: l'adaptation du service public des télécommunications*, «Revue Française de Administration Publique» núm. 52, 1990, pp. 601.

(86) En este mismo sentido, desde un razonamiento económico, C. STOFFAES sostiene que la noción de servicio público-monopolio deviene inadecuada, siendo necesaria una readaptación del mismo a las exigencias europeas. *Transports, énergie, communications: L'intégration des grands réseaux de services publics dans le cadre européen*, «Problèmes Economiques» núm. 2097, 1988, pp. 16-19. Idea retomada por el mismo con posterioridad sosteniendo que debe introducirse la concurrencia en los sectores monopolísticos, lo que exige que los principios de base del servicio público sean renovados (con la exclusión del monopolio) y colocados a nivel europeo, *Le service public au défi de l'Europe*, en libro col. *Reprend l'initiative de l'Alliance*, Les Editions ouvrières, Paris, 1993, pp. 80-97.

sobre esta institución, en mi opinión, sigue conservando una gran virtualidad (87), sobre todo si se actualiza -o si se prefiere, concreta- a la luz del nuevo contexto socio-económico comunitario. Se trataría, en definitiva, de incorporar la categoría de servicio público, en los términos actualmente y básicamente aceptados por todos, en el seno de la Comunidad Europea. Reorientación ya insinuada por la doctrina francesa y española, defendiendo que en ningún caso la pretendida crisis de la figura de servicio público exige su eliminación, sino más bien su redefinición, dentro del nuevo contexto socio-económico contrario a la existencia de monopolios; destacando este último autor que la reidentificación del servicio público debe realizarse más dentro de un marco comunitario que estrictamente nacional (88). Opinión que comparto porque la "comunitarización" de las políticas económicas avala la necesidad de "comunitarizar" ciertas instituciones, de notable arraigo nacional, a fin de conseguir los objetivos fijados por dicha política (89). Esto es lo que sucede con la categoría de servicio público, que debe ser reactualizada en un contexto más amplio como es el comunitario, donde recobra su razón de ser al convertirse en un instrumento jurídico eficaz de cara a la consecución de un mercado único en la Comunidad, ya que la construcción europea nos introduce necesariamente, como advierte J.M. WOEHLING, en el mundo de la diversidad y la concurrencia en el que los servicios públicos deben ser dinamizados y

(87) En este punto puede destacarse la opinión de J. RIVERO: «lo cierto es la noción de servicio público sigue conservando en el derecho positivo un lugar importante, y de cuya calificación derivan importantes consecuencias jurídicas». *Droit Administratif*, ob. cit., pp. 555-556.

(88) Véase, J. CHEVALIER, *Les enjeux juridiques...*, ob. cit., pp. 601-610; y J.B. BIZEAU, *Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique*, ob. cit., p. 193. En el sentido de que resulta necesaria una conciliación de la noción de servicio público que asegure su funcionalidad se ha pronunciado también J.B. GEFROY, *Service public et prérogatives de puissance publique*, ob. cit., pp. 83 y ss; y más contundentemente, aceptando la necesidad de incorporar esta categoría al Derecho comunitario, N. BELLOUBET-FRIER, *Service public et droit communautaire*, «AJDA» núm. 4, 1994, pp. 270 y ss. En España, DE LA CUÉTARA se ha pronunciado en favor de existencia de servicios públicos comunitarios, desprovistos de exclusividad y monopolio y caracterizados por el dato de control. *Los servicios públicos nacionales e internacionales en la construcción de Europa. (A propósito de la evolución de la política común de transportes)* en libro Homenaje al profesor Garrido Falla, ob. cit., pp. 1373-1374.

(89) Sobre la concreta configuración de una categoría comunitaria de servicio público vid. GIMENO FELIU, *El sector eléctrico como servicio público*, ob. cit., pp. 155 y ss.

conocer un nuevo impulso de tal manera que el servicio público permita una mutación del poder público en el sentido de promotor y garante de la corrección del juego social y económico (90).

Zaragoza, septiembre de 1994

---

(90) J.M. WOEHLING, *Reflexions sur le renouveau du service public*, «La Revue Administrative» núm. 269, 1992, pp. 396-400.