

# Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico<sup>1</sup>

Diego Zegarra Valdivia\*

## SUMILLA

El presente artículo nos explica la evolución de la definición y tratamiento del concepto de Servicio Público, a partir de la Edad Media hasta nuestros días. El autor nos plantea las diferentes teorías que se han esbozado a lo largo de la historia respecto al Servicio Público, debido a los cambios políticos, sociales, económicos, etc. Asimismo, nos expone los elementos básicos, caracteres esenciales y principios, como son continuidad, mutabilidad e igualdad. También, nos comenta la expansión de este concepto. Finalmente, comenta la transformación de este concepto y su tratamiento dentro del sistema conceptual europeo, en donde al parecer ha nacido un nuevo concepto de Servicios Públicos, de donde es posible identificar los servicios de interés general, los servicios de interés económico general, las obligaciones de Servicio Público y el servicio universal.

## Introducción

Cuando el Servicio Público se contempla como una categoría jurídica sustancial de carácter histórico, cabe descubrir que en su estructura íntima subsisten elementos ideológicos, jurídicos, económicos y sociológicos de validez permanente en cuanto traducen un determinado modelo de relaciones político-jurídicas<sup>2</sup>.

De ahí que no sea exagerado afirmar, que el Servicio Público ha sido el punto de referencia en torno al

cual ha gravitado el fenómeno más decisivo para la transformación del sistema jurídico a partir de los últimos años del siglo XIX: *la intervención del Estado en la economía*<sup>3</sup>.

El compás que ha seguido históricamente el Servicio Público ha estado permanentemente influenciado por el derrotero económico y político de los distintos países que han incorporado esta noción en sus legislaciones<sup>4</sup>. Así, la noción de Servicio Público se ha enriquecido progresivamente de nuevas dimensiones: la concepción originaria, ha

\* Profesor Ordinario Categoría Asociado del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Máster en Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad de Piura, Profesor Visitante de los Programas de Post Grado de Maestría y Doctorado en Derecho. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, miembro del Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Ambiental y Urbanístico de la Universidad de Sao Paulo - CEDAU, miembro de la Asociación Española de Derecho Ambiental - ADAME. Vocal del Tribunal del Servicio Civil, Abogado Asociado Senior de Benites, Forno & Ugaz Abogados.

<sup>1</sup> A la Profesora Odete Medauar, con especial reconocimiento por su generosidad intelectual y sobresaliente Magisterio en el Derecho Administrativo.

<sup>2</sup> Compartimos lo señalado por J. MORAND-DEVILLER. *Curso de Derecho Administrativo* (Traducción) Décima Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 524, cuando sostiene que "El Servicio Público es sin duda, la noción más compleja, evolutiva, controvertida y esencial del derecho administrativo. Más allá de sus manifestaciones estructurales y funcionales bien concretas, es un *mito* una fuerza actuante, una especie de ficción acosada por la realidad (...)".

<sup>3</sup> BASSOLS COMA, M., "Servicio Público y empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas Sociedades estatales". En: *Revista de Administración Pública* N° 84, Septiembre - diciembre, 1977, p. 28.

<sup>4</sup> Respecto a la aparición del Servicio Público, en el *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau*, EDCE N° 46, La documentation française, París, 1995, pág. 15; se señala que: "la aparición de la teoría del Servicio Público (...) coincide con los progresos del liberalismo político y de las ideologías solidaristas. Se traduce en el ámbito del derecho el esfuerzo que conduce a nivel político para consolidar el pacto republicano fundándolo no solo en la idea del sufragio universal y de la democracia representativa sino también, en el desarrollo de la solidaridad y, simultáneamente en nuevas relaciones o en una nueva representación de las relaciones entre el Estado y el Derecho: un Estado para quien el derecho

venido siendo alterada al filo de transformaciones económicas, sociales y políticas que lejos de destruir los fundamentos, ha tenido un efecto de consolidación, habiendo contribuido a "ajouter nouvelles pierres à l'edifice"<sup>5</sup>.

## I. Sobre la configuración histórica del Servicio Público

### 1. Los precedentes en el Antiguo Régimen

Es posible identificar una etapa prehistórica del Servicio Público<sup>6</sup>, en la que no estaba formada una ciencia o una conciencia de esta evolución. Por ejemplo, en la Edad Media, "les banalités seigneuriales" proveían de un servicio común de hornos, molinos y prensado, lo que implicaba un monopolio del señor y en contrapartida a lo cual, debían estar en permanente funcionamiento, de forma que se permitieran el acceso por igual a todos los habitantes así como su seguridad; si ello no era así, los vasallos tenían el derecho de obtener el servicio de otro proveedor<sup>7</sup>.

El desarrollo urbano hacia fines de la Edad Media, generó la aparición de actividades que eran de interés común de todos los vecinos de los nacientes burgos, de ahí que actividades como el mantenimiento de las murallas, la limpieza de las calles o la organización de ferias, fueron servicios de interés general que eran prestados por los Gobiernos Locales<sup>8</sup>. Algunos otros servicios eran también prestados por los gobiernos de las ciudades pero bajo el derecho de exclusividad, por lo que requerían de un régimen legal especial

distinto del derecho común, de ahí que en este espacio histórico, "on assiste alors à la naissance d'un droit exorbitant du droit común justifié par les nécessités de l'utilité commune"<sup>9</sup>.

Ambos precedentes de la noción de Servicio Público, fueron influenciados por la doctrina de la *utilitas publica*, recogida de las leyes romanas durante el siglo XIII, y que significó la legitimación de la supremacía del interés general sobre el interés privado. "La notion de commun profit ou d'utilité commune qui se dégage d'elle-même des institutions notamment municipales sera relégué au concept romain d'utilitas publica"<sup>10</sup>.

Los precedentes más directos del Servicio Público, aparecerán solamente con la consolidación del poder monárquico, razón por la cual, no es una coincidencia que el concepto de Servicio Público sea particularmente fuerte en aquellos países de Europa en los cuales se desarrollaron monarquías absolutas caracterizadas por su notorio poder centralizado.

Junto con el servicio postal, la corona prestaba otros servicios. En el siglo XVIII, se estableció en Francia, uno denominado "services du public", caracterizado porque eran prestados por la Corona o por la autoridad local, se ofrecían al público en general y no se regían por leyes privadas<sup>11</sup>.

Con la llegada de la Revolución Francesa<sup>12</sup>, los precedentes del Servicio Público no fueron significativamente alterados<sup>13</sup>. De un lado, debido a un importante cambio de las principales reglas

es solo un instrumento del poder público, sino también un instrumento para llevar a buen término las misiones de las que está revestido al servicio de la colectividad".

<sup>5</sup> CHEVALLIER, J., "Regards sur une évolution", *AJDA*, París, 20 juin 1997, Spécial, p. 8.

<sup>6</sup> Al respecto, P. ESPLUGAS, *Le service public*, Ed. Dalloz, París, 1998, p. 13; sostiene que la *poste royale* fue creada por Louis XI en 1464 y en sus orígenes era una simple administración al servicio del Rey, pero progresivamente será puesta al servicio del público y obtendrá un monopolio en 1861.

<sup>7</sup> Respecto del servicio de horneado y la producción de pan, M. D'ALBERTI, "I servizi pubblici", en *Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione*, N° 3, 1992, p. 11, citado por N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1999, p. 292; señala que: "el molino del señor se queda como monopolio del Rey o del feudatario, pero el trigo y el pan tienen que estar a disposición de todos, contra el pago de una contribución, pero con garantías de continuidad y de igualdad por el conjunto de los usuarios. Todos los componentes de la comunidad tienen permiso para el pan y el trigo".

<sup>8</sup> Al respecto, vid. P. JOURDAN, "La formation du concept de service public", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'Étranger*, pp. 89-118.

<sup>9</sup> MESCHERIAKOFF, A. S., *Droit des services publics* 2e édition, Presses Universitaires de France, París, 1997, p. 19.

<sup>10</sup> MESCHERIAKOFF, A. S., *Loc. Cit.*, idem.

<sup>11</sup> Según P. JOURDAN, *Ob. cit.*, p. 103; un desarrollo paralelo durante los tiempos de las monarquías absolutas se dio con la expansión de los monopolios locales para la provisión de servicios de interés general, como es el caso de la panadería comunal que instaló el gobierno de Marignane en Francia en 1665 y que constituía un monopolio en orden a asegurar la continua provisión de pan a un precio razonable.

<sup>12</sup> Una exposición detallada del precedente revolucionario francés puede encontrarse en S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado. Los fundamentos*. Volumen I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 45 y ss.

<sup>13</sup> MESCHERIAKOFF, A. S., *Ob. Cit.*, p. 22. Respecto de los orígenes del Servicio Público, G. ARIÑO, *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial: Comares, Granada, 2003, pp. 534-535; considera que "la idea del Servicio Público, inicialmente, fue un concepto socio-político, algo así como la transposición liberal del "servicio del Rey", que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-Sociedad, propio de la Revolución Francesa".

de ejercicio del poder al sustituirse al monarca por el Estado, con lo cual las decisiones pasaron a tomarse por los representantes del pueblo. De otro lado, porque de forma universal los sujetos adquirieron la ciudadanía, de manera que el rol de las autoridades públicas de proveer de servicios a los ciudadanos se consolidó. En ese sentido, los servicios ya no se prestaban a los individuos considerados como usuarios o unidades económicas, sino como ciudadanos.

Finalmente, la Revolución reforzó la noción de Servicio Público, en lo que se refiere a su regulación por normas de Derecho Público, ya que efectuó una separación definitiva entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

El planteamiento revolucionario también condujo a la desaparición de los cuerpos intermedios y a la prohibición legal para la creación y el reconocimiento de nuevas entidades o agrupaciones que pudieran interponerse entre el individuo y el Estado, de tal forma que aquellos perjuicios contra los gremios derivados del individualismo liberal, cristalizan en la Revolución con la señalada prohibición, quedando así sentadas las bases sociopolíticas para el surgimiento de la idea del Servicio Público, tal como ha llegado a nuestros días<sup>14</sup>.

En resumen, puede concluirse que la Revolución Francesa consolidó todo el proceso evolutivo que venía siguiendo la noción del Servicio Público de forma tal que las importantes reformas políticas que se introdujeron en este período no hicieron sino fortalecer sus características. “Le période révolutionnaire a ainsi confirmé ce que les dernières décennies de l’Ancien Régime avaient suggéré, à savoir que la notion de service public est indissociable de l’État moderne et du droit administratif comme droit des rapports publics”<sup>15</sup>.

## 2. El Servicio Público y el Estado moderno

La teoría del Servicio Público nace al final de un período de tribulaciones que arremeten contra la concepción tradicional del Estado: el nuevo concepto de Estado suponía que éste debía asentar su legitimidad, y paralelamente a ello, el Derecho Público debía orientarse a la búsqueda de los fundamentos susceptibles de satisfacer su pretensión a la juridicidad y a la consolidación de una jurisprudencia en pleno desarrollo<sup>16</sup>.

Durante el siglo XIX, el rol del Estado era bastante limitado en lo que a la prestación de servicios se refiere. Con la Revolución Industrial nacen los mercados y la libre iniciativa económica es reconocida como un derecho individual, de ahí que la intervención pública asumiera normalmente un carácter residual (limitado a garantizar las condiciones exteriores para el libre desarrollo de la libertad individual)<sup>17</sup>.

Durante esa época, el Estado, además de prestar aquellos servicios que heredó del antiguo régimen, creó algunos nuevos como respuesta a los avances de la ciencia. En este contexto, con el surgimiento del liberalismo y de una nueva concepción del Estado (el Estado policía<sup>18</sup>), las principales tareas de éste eran las de mantener el orden y que la libertad de los ciudadanos no fuera amenazada<sup>19</sup>.

No obstante, el avance de la ideología liberal, el proceso de crecimiento de los Servicios Públicos se aceleró, de manera que devino en una actividad importante para el Estado, la misma que compartió junto con las actividades de policía. A esta evolución contribuyeron los movimientos socialistas de la época que impulsaron la progresión del Estado Policía (*l’État-gendarme*) hacia el Estado prestador de servicios (*l’État-providence*); además, propiciaron la creación de monopolios a nivel local o municipal en aquellos sectores considerados de interés general<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Seguimos aquí lo señalado por G. ARIÑO, *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial: Comares, Granada, Tercera Edición Ampliada. 2004, p. 536.

<sup>15</sup> MESCHERIAKOFF, A. S., Ob. Cit. p. 25

<sup>16</sup> CHEVALLIER, J., Ob. Cit. p. 9. Es necesario señalar que no se puede hablar de una “teoría del Servicio Público” sino en el período comprendido entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX en que es desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina francesa.

<sup>17</sup> CASSESE, S., “Aspetti giuridici dello sviluppo economico”, en *Studi in memoria di Angelo Gualandi*, Urbino, Argalia, 1969, p. 111, citado por N. RANGONE, *I servizi pubblici...*, Ob. cit., p. 167.

<sup>18</sup> La clásica definición de F. P. BÉNOIT, *Le Droit administratif française*. Editorial: Dalloz, París, 1968; ilustra respecto de lo que debe entenderse por Estado policía: “hay un procedimiento de policía cuando una autoridad administrativa está investida de una competencia que le permite reglamentar ciertas actividades o relaciones entre particulares”, citado por A.S. MESCHERIAKOFF, Ob. Cit., p. 27.

<sup>19</sup> Dentro de esta línea, A. S. MESCHERIAKOFF, Loc. Cit., ídem; sostiene que: “el Estado-gendarme tal y como se deriva del pensamiento de 1798 no está concebido para generar servicios, si lo hace es de un modo accesorio, de un modo coyuntural”.

<sup>20</sup> F. MODERNE, “Les transcriptions doctrinales de l’idée de service public”, vol. col. En F. MODERNE y G. MARCOU (Ediciones.), *L’idée de service public dans le droit des États de l’Union Européenne*, Ed. L’Harmattan, París, 2001, p. 9; ha hecho un planteamiento general sobre la inserción de la noción de Servicio Público: “el Servicio Público entró en el panorama jurídico con

Con el progreso técnico y la primera Revolución Industrial, surgen los primeros Servicios Públicos de carácter económico que llegan a nuestros días, como son los ferrocarriles<sup>21</sup>, el gas, la electricidad, el teléfono, los transportes por carretera, constituyéndose en nuevas actividades para cuya ordenada prestación no bastaba la vieja acción de policía, ni tampoco la pura medida de fomento<sup>22</sup>.

### 3. El incremento del protagonismo del Estado y la expansión de los Servicios Públicos

A inicios del siglo XX, se hace patente la multiplicación de la necesidad social y la experiencia negativa derivada de la gestión privada del siglo XIX de alguno de los grandes Servicios Públicos (como el ferrocarril), lo que condujo a la transformación del rol del Estado, responsable de los servicios ofrecidos al público.

En la Francia de inicios del siglo, sostiene RANGONE, “la multiplicación de las necesidades y la evolución del contexto económico impusieron una transformación del rol del Estado; la noción del Servicio Público sustituye al dogma del *puissance publique* y de la soberanía del Estado que implicaba, en gran medida, su irresponsabilidad, y el Derecho Público de ser una disciplina del poder que se transforma en la síntesis de las normas de organización y de gestión de los Servicios Públicos (del poder al servicio, de la prescripción a la prestación)”<sup>23</sup>.

Las tensiones entre el liberalismo y el cada vez más fuerte protagonismo del Estado en la satisfacción de las necesidades públicas, van a encontrar una vía de solución en la concesión<sup>24</sup>. Mecanismo que introducirá la fórmula que hará posible

la compatibilidad entre una y otra postura, de manera que, de una parte, se entenderá al Estado como titular de dichas actividades y, de otra, que el Estado puede gestionarlos indirectamente a través del concurso de particulares, de manera que lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad, sino su ejercicio<sup>25</sup>.

El avance del intervencionismo estatal se acrecentó entrado el siglo XX, en particular con la Primera Guerra Mundial, de modo que se fue configurando una noción de Servicio Público que implicaba la reserva de la actividad a favor del Estado (a través de la Administración Pública), desde el momento en que la actividad era declarada como Servicio Público<sup>26</sup>.

La aplicación de los criterios derivados de la noción de Servicio Público no estuvo exenta de riesgos, pues los jueces administrativos no llegaron a definir los límites de dicha noción. Se llegará, entonces, a extremos de conferir la calidad de Servicio Público a actividades de personas privadas, ya que los criterios en función de los cuales se reconocía la presencia de un Servicio Público se caracterizaban por su imprecisión.

Desde esa perspectiva, la noción de Servicio Público adquirió un carácter subjetivo<sup>27</sup>, criterio que permitió al juez entender de una manera potencialmente ilimitada la esfera de las regulaciones públicas en detrimento de las regulaciones privadas<sup>28</sup>. El grito de alarma de M. HAURIU “*on nous change notre État*” lanzado en 1900, refleja bien esta preocupación, situada en el deseo de limitar el imperio del Derecho Público al interior de la esfera misma de los Servicios Públicos<sup>29</sup>.

las teorías del Estado Providencia, a finales del pasado siglo, es decir, en una época de intenso cuestionamiento del Estado, de sus fines, de sus ambiguas relaciones con el Derecho o con los ciudadanos”.

<sup>21</sup> Respecto de este proceso, L. MIGUEZ MACHO, *Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*, Ed. CEDECS, Barcelona, 1999, p. 23; señala que “(...) la primera gran vía de ruptura del abstencionismo liberal deriva de la necesidad de la intervención estatal para la construcción de las grandes infraestructuras imprescindibles para el desarrollo económico, que la iniciativa privada no podía llevar adelante con eficiencia, ya que se trata de actividades no sometidas a las reglas de la oferta lucrativa o que constituyen monopolios naturales. El caso más importante es el de las vías de comunicación, y entre ellas nos interesa especialmente el tendido de las redes ferroviarias, cuya importancia para el proceso de creación del Derecho administrativo en general, y para el nacimiento de los Servicios Públicos en particular, es trascendental”.

<sup>22</sup> La referencia es tomada de G. ARIÑO. Ob. Cit., p. 537.

<sup>23</sup> RANGONE, N., Ob. Cit., pp. 293 – 294.

<sup>24</sup> Respecto de la utilización de la concesión N. RANGONE, Ob. Cit., p. 168; señala que: “los Servicios Públicos son normalmente reservados a los poderes públicos y son gestionados directamente o en régimen de concesión: en la primera hipótesis el Estado u otro ente público mantienen titularidad y ejercicio del servicio, en la segunda los privados son excluidos de la titularidad de la empresa y admitidos al ejercicio solo en base a elecciones discrecionales”.

<sup>25</sup> Sobre el tema de la concesión seguimos la explicación de G. ARIÑO, Ob. Cit., pp. 537-538.

<sup>26</sup> ARIÑO, Gaspar, Loc. Cit., ídem.

<sup>27</sup> Respecto del carácter subjetivo del Servicio Público, N. RANGONE, Loc. Cit., ídem; señala que: “en los Países con derecho administrativo se afirma una concepción orgánica o subjetiva de Servicio Público, que corresponde al sector público y hay un interés por una disciplina especial (que deroga al derecho común), compuesta de gravámenes (...) y privilegios (...); esta concepción se traduce en una neta contraposición entre Servicio Público y competencia”.

<sup>28</sup> MESCHERIAKOFF, A. S., p. 40.

<sup>29</sup> MESCHERIAKOFF, A.S., Loc. Cit., ídem. Para E. MALARET, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *Revista de Administración Pública*, Nº 145, Enero-

En suma, la advertencia del Decano HAURIUO, hacía notar que el Servicio Público permitía un progresivo crecimiento de las regulaciones públicas en detrimento de las privadas, de la intervención administrativa en la vida social, una ruptura de la distinción entre lo público y lo privado que había servido, desde la Revolución de 1789, para explicar la noción de Estado limitado<sup>30</sup>.

## II. Sobre la teorización del Servicio Público

### 1. Las aportaciones esenciales de L. DUGUIT y la Escuela de Burdeos

La impronta de la noción de Servicio Público<sup>31</sup> no pasará desapercibida para los teóricos del Derecho Administrativo de la época, LEON DUGUIT y MAURICE HAURIUO, contemporáneos ambos, que desarrollarán sus ideas en torno al concepto de Servicio Público teniendo como fuente principal de sus planteamientos aquello que constituía la base de Derecho Público, es decir, la idea misma del Estado.

El contexto en el que se encuadra el desarrollo de la Escuela del Servicio Público corresponde

cronológicamente a finales del siglo XIX y se caracteriza porque las concepciones tradicionales sobre el fundamento del poder del Estado empiezan a declinar. Como sostiene MUÑOZ MACHADO, la industrialización y la concentración de medios de producción, van exigiendo cada vez más la intervención del Estado para mantener los equilibrios sociales. Por otra parte, el proceso del liberalismo político pone el acento en la construcción de un verdadero Estado de Derecho, que consiste en la limitación del poder estatal y en su sumisión al Derecho; se desarrollan, en fin, ideologías nuevas que insisten en la solidaridad y, reclaman del Estado que se inmiscuya más directamente en las relaciones sociales<sup>32</sup>.

#### A. El derecho objetivo del Estado: el Servicio Público como fundamento y límite del poder público

L. DUGUIT, es el fundador de lo que se denomina *l'École du service public* (o *l'école de Burdeaux*) y su obra está impregnada por su propósito de limitar al Estado dentro de la noción de Servicio Público, para lo cual cree necesario reemplazar aquellas teorías que estaban basadas en autolimitaciones por esta construida sobre la noción de un derecho objetivo<sup>33</sup>.

abril, 1998, p. 54; “esta famosa exclamación de HAURIUO, ilustra, (...) y de modo muy significativo, el alcance de la teoría del Servicio Público”.

<sup>30</sup> MUÑOZ MACHADO, S., Ob. Cit., p. 17.

<sup>31</sup> En lo que respecta al origen de la noción de Servicio Público, en la doctrina se ha planteado una interrogante con relación a la paternidad de misma. Entre los trabajos que le otorgan a Hauriou y no a Duguit el desarrollo del Servicio Público como institución jurídica, vid. J. RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, Mélanges Mestre, p. 461; L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif française*, París, L.G.D.J., 1966, p. 134 y ss.; L. MARTÍN REBOLLO, “De nuevo sobre el Servicio Público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, Enero-diciembre, 1983, p. 2471 y ss.; J. L. MEILAN GIL, “El Servicio Público en el derecho actual”, REDA (Buenos Aires), Nº 17, 1995, “El Servicio Público como categoría jurídica”, *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 2, Septiembre – diciembre 1997, p. 75 y ss.; J. C. CASSAGNE, “Reflexiones sobre la Legislación Económica y el Servicio Público”, *El Derecho*, 8 de febrero de 1995, “El resurgimiento del Servicio Público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)”, *Revista de Administración Pública*, Nº 140, Mayo – agosto 1996. Siguiendo esta postura, J. RIVERO, Ob. cit., p. 64 y ss.; plantea que es sobre la base del Arrêt Terrier que se desarrollan los planteamientos en torno al Servicio Público y que por lo tanto, este era un *Thème toulousain* (recordemos que M. Hauriou era Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse), que estaba lejos del área de influencia de la escuela de Burdeos, de ahí que sea negada cualquier vinculación con el origen de la noción de Servicio Público. A esto último, contesta de forma muy documentada E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'état de Léon Duguit*, París, Librerie Générale de droit et de jurisprudence, 1972, pp. 18-19; afirmando que tal vez en la época del Arrêt Terrier, la noción de Servicio Público no aparece en los escritos de Duguit sino hasta 1907 (“En 1901, la notion de service public n'est sans doute pas expressément formulée, mais elle est implicitement contenue dans la lutte que Duguit, dès les premiers temps, mène contre la notion de puissance publique”), cuando analiza el Arrêt Syndicat Croix de Seguey-Tivoli, o con la aparición de la primera edición de su Manual en ese mismo año, sin embargo será el maestro de Burdeos el primero que presenta en su obra *Transformations du Droit Public* de 1913, al Servicio Público como la noción matriz de su sistema, teniendo claro que la noción doctrinal del mismo es posterior a su aparición dentro de la jurisprudencia; por ello, si Hauriou hubiese estado más próximo a la formulación jurisprudencial, es algo que no se pone en duda, sin embargo son tiempos también en los que rechaza vigorosamente toda injerencia de las doctrinas sociológicas en el Derecho. PISIER-KOUCHNER concluye señalando que si bien era correcto considerar a Hauriou como el inventor del tema jurídico del Servicio Público, también había que convenir que Duguit lo había hecho suyo con un alcance diferente - no se trataba de la misma noción -, ya que Hauriou sujeta el tema del Servicio Público al del poder público, sin establecer una diferencia de conceptos, en cambio, Duguit, intenta sustituir el concepto de poder público con el de Servicio Público. Nuestra apreciación de lo expuesto, es que Hauriou identifica en el campo de la jurisprudencia la temática del Servicio Público, y que en el contexto en que se desarrolla la noción de Servicio Público, Duguit – y posteriormente Jèze - apuesta definitivamente con mayor ímpetu con respecto a darle una posición jurídica prevaleciente a la noción de Servicio Público, en base a lo cual surgirá la tenaz crítica de Hauriou al sistema propuesto, lo que contribuirá a que desarrollen distintos planteamientos con respecto a la noción de Servicio Público.

<sup>32</sup> MUÑOZ MACHADO, S., Ob. Cit., pp. 101-102.

Así, el propósito es el de hacer del Servicio Público el criterio de la aplicación del Derecho Administrativo y, al mismo tiempo, de la repartición de las competencias entre el juez administrativo y el juez común<sup>34</sup>.

El Servicio Público, destinado a proporcionar prestaciones sociales, es la actividad esencial de la Administración y como afirma MEDAUAR, para esta Escuela de Burdeos el Servicio Público era la idea maestra del Derecho Administrativo<sup>35</sup>.

Durante su formación académica e ideológica, DUGUIT recibió una gran influencia del “*décalage conceptuel*” que le ayudó a constatar cuál era la posición de la ciencia jurídica respecto de otras ciencias y, a persuadirlo que el Derecho poco a poco corre el riesgo de perder su carácter científico si no se vinculaba con la realidad<sup>36</sup>.

De esta manera, para DUGUIT el Estado no es una persona colectiva soberana sino una sociedad en la que los individuos tienen una fuerza irresistible de coacción; los actos de los gobernantes se imponen a los gobernados no porque constituyan la expresión de un poder del Estado o de un derecho de mando, sino porque se imponen en la exclusiva medida en que tienen correspondencia con las normas jurídicas surgidas de la “conciencia social”, a las que denomina “derecho objetivo”<sup>37</sup>.

En su obra “*Las transformaciones del Derecho*”, DUGUIT se formula la interrogante de por

qué desaparece el sistema de Derecho Público fundado en la noción de poder público<sup>38</sup>. Para responder a esta interrogante hace un recorrido por la concepción romana de *imperium* poniendo de manifiesto la forma en que la misma atraviesa eclipsada por el período feudal para volver a situarse en el tiempo de formación de los reinos basada en el modelo romano del *dominium*, en donde el poder de mandar era análogo al derecho de propiedad, del cual, el rey, individualmente considerado, es el titular de un derecho subjetivo. A este poder se le denominaba - a partir de fines del siglo XVI - soberanía<sup>39</sup>.

La soberanía - o el derecho de mandar - se constituyó, según DUGUIT, en una propiedad real, la misma que se manifestaba a través de la Ley, que era la expresión de la voluntad regia. Sin embargo, con el estallido de la Revolución de 1789, esta soberanía regia es sustituida por la soberanía nacional: “la nación es una persona titular del derecho subjetivo del poder público, del poder de mando o de soberanía”<sup>40</sup>.

En este punto, DUGUIT, imprime una dura crítica a la soberanía - considerada como la base de la acción del Estado -, al sostener que ésta era en sí misma contradictoria con el sistema, ya que tenía su origen en el despotismo y no podía hacer coincidir el interés del gobernante con el de los gobernados<sup>41</sup>; por lo que, plantea la sustitución del concepto de soberanía por la del Servicio

<sup>33</sup> Respecto de la contribución teórica de L. Duguit, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 982 y 983. *Vid.* también el documentado estudio de M. A. SENDIN GARCIA, *Hacia un Servicio Público europeo*. El nuevo derecho de los Servicios Públicos. Editorial: Comares, Granada, 2003, p. 32 y ss.

<sup>34</sup> Al respecto, C. CHINCHILLA. “Servicio Público: ¿Crisis o renovación?”. En: E. MALARET, *Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 64; sostiene que: “evidentemente la noción de Servicio Público no solamente serviría como criterio de delimitación del Derecho para aplicar en un caso concreto y de la jurisdicción competente para conocer del mismo, sino que, más ambiciosamente, fue presentado como el elemento definidor de todo el Derecho Administrativo, restando protagonismo a los conceptos que hasta ese momento estaban en la base de la definición del Derecho Público, esto es, la personalidad jurídica y la *puissance publique*, calificadas por DUGUIT de nociones mágicas y metafísicas”.

<sup>35</sup> MEDAUAR, ODETE, *Direito Administrativo Moderno*. Editorial: Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Décimo Sexta Edición. 2012, p. 348.

<sup>36</sup> PISIER-KOUCHNER, E., *Ob. Cit.* p. 7. Según L. MARTIN REBOLLO, *Ob. Cit.*, p. 2484; “la crítica de DUGUIT se dirige contra lo que él denomina doctrina metafísica del estado, que quiebra cuando se trata de explicar los límites de la soberanía”.

<sup>37</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Ob. Cit.*, p. 103.

<sup>38</sup> Conforme refiere S. MUÑOZ MACHADO, *Ob. Cit.*, pp. 100-101; “en el siglo XIX la ideología dominante era la del poder. La exaltación del poder estaba en la base de toda la construcción alemana y francesa del Derecho Público. Para algunos autores alemanes como GERBER, LABAND, IHERING o JELLINEK, el estado detenta la *Herrschaft*, el poder de dominación que le permite mandar e imponerse en un modo irresistible. (...) En la teoría francesa, el desarrollo de estos principios está en la noción de soberanía, construida de un modo coherente por CARRE DE MALBERG. La teoría de la soberanía parte de los mismos postulados que la *Herrschaft*: el Estado es una persona moral que constituye el fundamento permanente del poder. El Estado dispone de un poder superior, de una autoridad suprema, que prevalece sobre la voluntad individual. El Derecho no precede al Estado sino que nace del poder del Estado. Hay que buscar en el Estado la limitación de sus poderes. El Derecho es para estas concepciones un límite externo, resulta solamente de un proceso de objetivación de la voluntad del Estado de un orden jurídico caracterizado por la estabilidad, la coherencia y la jerarquización”.

<sup>39</sup> DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho. Público y privado*. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975, pp. 9-14

<sup>40</sup> DUGUIT, L., pp. 15-16.

<sup>41</sup> Duguit también lanza sus críticas contra Hauriou – en las que incluye a Berthélemy - en el sentido de que éste reduce la personalidad del Estado a una personalidad exclusivamente patrimonial, sin embargo considera que el publicista está muy cerca de reconocer que el Servicio Público es el único y verdadero fundamento del sistema moderno.

Público, como el verdadero fundamento de Derecho Público, dándole una gran importancia a dicha noción, la misma que ilustra con la conocida declaración: "*le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par la même ma théorie de l'Etat se trouve achevée*"<sup>42</sup>.

Esta noción de Servicio Público encerraba de forma sintética la doble preocupación que dominaba el pensamiento del Decano de Burdeos: los fundamentos sociológicos del Derecho y la limitación jurídica del Estado<sup>43</sup>.

## B. El Estado como garante del Servicio Público

Sobre la base de los planteamientos antes expuestos, DUGUIT funda una nueva teoría del Estado<sup>44</sup>, que ya no está articulada alrededor de la idea de poder, sino en el Servicio Público: "el Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de Servicios Públicos organizados y controlados por los gobernantes"<sup>45</sup>. De acuerdo con ello, en adelante, el Estado está limitado por un derecho objetivo, el mismo que ha nacido de las exigencias de la conciencia social y de la solidaridad social y como consecuencia de lo cual, el rol del Estado será el de asegurar que a través de los Servicios Públicos pueda realizarse la solidaridad social.

Para CHEVALLIER, el objetivo que planteó DUGUIT era el de establecer la sumisión del Estado al Derecho, el de hacer una realidad distinta y superior a él, bajo la influencia de la sociología: los publicistas tienden así a buscar en el ámbito de la sociedad, antes bien que de la naturaleza, el fundamento de este "derecho objetivo"<sup>46</sup>.

Aflora aquí la fuerte ligazón de DUGUIT con la corriente del positivismo sociológico, lo que se

manifiesta más claramente cuando señala que es una obligación de los gobernantes el organizar los Servicios Públicos, de fiscalizar su cumplimiento y de evitar toda interrupción<sup>47</sup>. Este alejamiento del positivismo jurídico, se traduce en una entrada en la teoría política, a través de la que DUGUIT concibe la noción de Servicio Público no solamente como un criterio jurídico, sino también como el soporte de una nueva teoría del Estado.

De acuerdo con lo señalado, se define el Servicio Público como "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante"<sup>48</sup>.

Transmutada esa noción política del Servicio Público en categoría jurídica, se identificará con toda actividad de interés general dependiente de la Administración, y, desarrollada de modo regular y continuo conforme a un régimen jurídico exorbitante y bajo la responsabilidad de la Administración que goza de un poder discrecional en su organización<sup>49</sup>.

Dentro de este contexto, la noción de Servicio Público, como una representación ideológica, logró contribuir a relegitimar al Estado<sup>50</sup>, a hacer funcionales sus intervenciones sobre la base de las necesidades de las personas, y, a través de lo anterior, a subordinarlas a una finalidad de "service", haciendo olvidar el manejo eventual de las prerrogativas del poder público que ya jamás se encontrarán tan alejadas del servicio público<sup>51</sup>.

En esa línea, uno de sus discípulos, JÈZE, unió la noción de Servicio Público a las principales instituciones administrativas hasta convertirlo en "piedra angular del Derecho Administrativo"<sup>52</sup>.

<sup>42</sup> DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*. Tercera Edición, Tomo II p. 62, citado por E. PISIER-KOUCHNER, Ob. Cit. p. 17.

<sup>43</sup> PISIER-KOUCHNER, E., Loc. Cit., ídem.

<sup>44</sup> En esta misma línea *vid.* lo señalado por J. CHEVALLIER, Ob. Cit., pp. 10-11.

<sup>45</sup> DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*. Tercera Edición, Tomo II, p. 59, citado por P. ESPLUGAS, Ob. Cit., p. 15, también citado por L. MARTIN REBOLLO, Ob. Cit., p. 2492.

<sup>46</sup> CHEVALLIER, J., Loc. Cit. Idem.

<sup>47</sup> Para L. DUGUIT, Ob. Cit., p. 39, tres eran los elementos del sistema: carácter objetivo de los Servicios Públicos, una ley de los Servicios Públicos y la realización de la obligación general que se impone a los gobernantes. Es importante señalar que Duguit consideraba a los gobernantes y a los agentes como los gerentes de negocios de la colectividad.

<sup>48</sup> DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional*, Traducción de J. G. Acuña, Segunda edición española, Madrid, 1926, p. 73.

<sup>49</sup> SOUVIRON MORENILLA, J. M., *La actividad de la Administración y el Servicio Público*, Editorial: Comares, Granada, 1998, p. 113.

<sup>50</sup> Según J. CHEVALLIER, Loc. cit., ídem; la noción de Servicio Público permitió reconstruir una teoría coherente del Estado y rearticlarla alrededor de un concepto central y fundador.

<sup>51</sup> MODERNE, F., Ob. Cit. p. 23.

<sup>52</sup> G. JEZE había escrito un artículo en la revista rumana *Drept public* de Abril-junio de 1926, titulado "Servicio Público" y es sobre el cual Hauriou realiza un detallado análisis de sus planteamientos en torno al Servicio Público. Para una visión ampliada de

Para JÈZE “decir que en determinado caso existe un Servicio Público, es decir, que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés social existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos”. Además, considera que es necesario distinguir los Servicios Públicos propiamente dichos, de aquellas actividades públicas sujetas a un régimen de Derecho Privado<sup>53</sup>, con lo cual realiza una formulación *subjetiva* de la noción de Servicio Público<sup>54</sup> - al que refiere como un procedimiento -, la misma que se sustenta en que la noción original deviene en estrecha y se le priva, de su propósito esencial, que es el de limitar al Estado<sup>55</sup>.

La posición de JÈZE puede resumirse en que, la Administración es en principio, prestación de Servicios Públicos, y, el Derecho Administrativo y la competencia de la jurisdicción contenciosa, vienen vinculados al Servicio Público en régimen de Derecho Público. “Así se convertía al Servicio Público en el criterio de reparto de competencias jurisdiccionales y se hacía reposar su concepto en dos ideas: procedimiento de Derecho Público y posibilidad constante de modificaciones del servicio (*ius variandi*)”<sup>56</sup>.

## 2. La posición crítica de M. HAURIOU

Como es conocido, la obra de DUGUIT y la de sus seguidores de la Escuela del Servicio Público<sup>57</sup> recibieron diversas críticas de sus contemporáneos, especialmente de M. HAURIOU,

cuyos planteamientos sobre la idea del Estado y del Derecho Público, se asientan sobre el concepto de *puissance publique*, es decir, en el hecho que en el Derecho Público se sitúan los poderes de voluntad por encima de los fines, ya que primero son los medios de acción. De esa manera, se entenderá que el Servicio Público, es la obra a realizar por la Administración Pública y el poder público el medio de realización<sup>58</sup>.

Para HAURIOU, la referencia al Servicio Público no significaba siempre la adhesión a la doctrina del Servicio Público, ya que si bien éste constituía la “razón de ser” de la Administración, la noción de Servicio Público se encuentra integrada en un sistema explicativo más global, donde la noción del poder público ocupa el lugar esencial<sup>59</sup>. “En el fondo lo que determina el carácter de la gestión administrativa no es el fin (Servicio Público), sino los medios empleados, esto es el poder público, que “aparece desde el momento en que una industria privada es transformada en Servicio Público”<sup>60</sup>.

En el pensamiento de HAURIOU se perfilan dos ideas esenciales<sup>61</sup>: en primer lugar, la definición del Estado como una institución o conjunto de instituciones; y, en segundo lugar, la función administrativa, entendida como “actividad del organismo gubernamental y ejecutivo del Estado en tanto que se emplea en crecer y hacer vivir la institución del Estado”<sup>62</sup>. De acuerdo con lo señalado, será precisamente para el cumplimiento de la función administrativa para lo que la institución, que es el poder público, precisa de

los planteamientos de G. JÈZE *vid. Los principios generales del Derecho Administrativo*, Traducción de Carlos García Oviedo, Ed. Reus, Madrid, 1928, p. 283 y ss, *vid. también* el trabajo de L. MARTIN REBOLLO, *Ob. Cit.*, p. 2493 y ss; especialmente el apartado 5 titulado “Gaston Jèze y la tecnificación del Servicio Público como criterio central del Derecho Administrativo”.

<sup>53</sup> Al respecto, *vid. el trabajo de G. JÈZE, Ob. Cit.*, p. 289 y ss.

<sup>54</sup> MESCHERIAKOFF, A. S., *Ob. Cit.* pp. 54-55.

<sup>55</sup> Según M. A. SENDIN GARCIA, *Ob. Cit.*, p. 41, “JÈZE es un pensador más pragmático – con respecto a DUGUIT -, al que le interesan sobre todo las consecuencias jurídicas prácticas en que se plasma esa intervención, lo que le lleva a dotar a la teoría del Servicio Público de un carácter puramente voluntarista, que determina que una actividad sea considerada como tal o no dependiendo de la voluntad subjetiva del titular del poder político”.

<sup>56</sup> MANZANEDO MATEOS, J. A., “Servicio Público: aproximación a su línea evolutiva”, *Ob. Cit.*, p. 233. El citado autor sostiene que “este exclusivismo o imperialismo de la noción de Servicio Público figura también en BONARD, *Principes généraux du droit administratif*, 3 volúmenes. Lib. Gen. Dr. Jurisp., 1925-1930, para el cual el Derecho administrativo es aquella parte del Derecho Público interno que regula la estructura y funcionamiento de los órganos constituidos en Servicio Públicos”.

<sup>57</sup> Al respecto, C. CHINCHILLA. *Ob. Cit.*, p. 65; señala que “la teoría del Servicio Público fue definitivamente elaborada por la Escuela de Burdeos (JÈZE, DUGUIT, BONNARD y ROLLAND) que hizo de ella el centro de las instituciones de Derecho Público, hasta el punto de sostener que los tres elementos esenciales del Estado eran la Nación, los Servicios Públicos y el territorio”. Sobre los seguidores de la doctrina del Servicio Público, *vid. MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, *Loc. Cit.*, *idem*.

<sup>58</sup> HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General* (prefacio de la Décimo primera edición – 1927). En: *Obra Escogida*, Traducción de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 117. Respecto de las posiciones de M. Hauriou sobre el Servicio Público *vid. MUÑOZ MACHADO, S. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, *Ob. Cit.*, pp. 983-984.

<sup>59</sup> CHEVALLIER, J., *Loc. Cit.*, *idem*.

<sup>60</sup> SENDIN GARCIA, M. A., *Ob. Cit.*, p. 44.

<sup>61</sup> Seguimos aquí la pauta del interesante estudio de M. A. SENDIN GARCIA, *Ob. cit.*, p. 47.

<sup>62</sup> HAURIOU, M., *Précis de Droit administratif et de Droit public*. Sexta Edición. Editorial: Sirey, 1907, p. 53, citado por M. A. SENDIN GARCIA, M. A., *Loc. Cit.* *idem*.

prerrogativas, de un régimen exorbitante de Derecho común, que es lo que determina la autonomía del Derecho Administrativo<sup>63</sup>.

HAURIOU profundizará aún más al señalar que el poder público subsiste e incluso está por encima del Servicio Público, ya que éste no puede definirse más que a través suyo<sup>64</sup>, aunque reconoce que la dureza de sus críticas están dirigidas sobre todo a JÈZE, al que llama el *enfant terrible* de la Escuela, y, respecto de cuyos planteamientos, manifiesta su preocupación ya que considera que lo único que conseguirá, será “empujar a una cruel confusión a los juristas de las jóvenes generaciones (...)”<sup>65</sup>.

### 3. La compatibilidad de posiciones: la concepción amplia u objetiva del Servicio Público

Cuando nos referimos a la noción amplia del Servicio Público, tenemos que volver a las fuentes matrices de la formulación de la noción de Servicio Público que ya hemos ido exponiendo, para situarnos en la teorización de DUGUIT, es decir, en la concepción **objetiva** del Servicio Público.

De acuerdo con esta noción amplia, aquellas actividades cuyo cumplimiento se considera obligatorio para los gobernantes, constituyen el objeto de los Servicios Públicos. Eso quiere decir que no se puede establecer cuáles son esas actividades así como delimitar su extensión por lo que debe estarse al proceso evolutivo, lo que implica que en la medida en que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los Servicios Públicos aumenta, y, por lo mismo aumenta el número de Servicios Públicos<sup>66</sup>.

Es necesario tomar nota respecto a cómo es que DUGUIT, si bien imbuido de una postura

sociológica<sup>67</sup>, no pierde de vista que el Estado tiene un rol preponderante en el desarrollo de los Servicios Públicos, y, que consecuentemente, ésta es la base para identificarlos con la actividad administrativa general, de lo cual se colige que la concepción objetiva del Servicio Público tiene como fin delimitar la esfera de intervención del Estado.

La noción *dugüista* del Servicio Público permitía justificar la existencia de un Derecho Administrativo derogatorio del Derecho Privado y confería, en ciertos puntos, prerrogativas importantes a la Administración y de forma más apremiante sobre algunos aspectos del Derecho Privado, para de esa forma tener en cuenta las necesidades específicas de los Servicios Públicos y de las demandas que pesaban sobre ellos, en nombre de las exigencias de la satisfacción del interés general<sup>68</sup>. El Servicio Público devenía así – según LACHAUME<sup>69</sup> - en “*la caution du bon usage de la puissance*”, y, el justificante de las “prerrogativas del Estado por los grandes fines que se persiguen”.

Como síntesis de los postulados de esta concepción, puede señalarse – siguiendo a SOUVIRON -, que la satisfacción de las necesidades de interés general se identifican con el Servicio Público, y éste con el régimen especial administrativo y su fiscalización judicial, de forma, que el Servicio Público deviene en un concepto sinónimo de la actividad administrativa, definiéndose consecuentemente el Derecho Administrativo como el Derecho de los Servicios Públicos<sup>70</sup>.

A pesar de existir serias divergencias, según ESPLUGAS<sup>71</sup>, esta concepción objetiva del Servicio Público fue igualmente adoptada por HAURIOU<sup>72</sup>, y, ello se desprende del prefacio a la décimo primera edición de su *Précis de Droit Administratif* cuando

<sup>63</sup> HAURIOU, M., Loc. Cit. Idem.

<sup>64</sup> HAURIOU, M., Ob. Cit. p. 118.

<sup>65</sup> HAURIOU, M., Ob. Cit. p. 121.

<sup>66</sup> DUGUIT, L., Ob. Cit., pp. 34-35.

<sup>67</sup> Como refiere A. S. MESCHERIAKOFF, Ob. Cit., p. 47; “(...) el Servicio Público aparece como la explicación del lugar que ocupa lo político en lo social o como un sistema de unidad entre la sociedad y el Estado dedicado a asegurar el respeto del derecho objetivo, es decir, de la “*loi de but*”, realización de la solidaridad social”.

<sup>68</sup> LACHAUME, J. F., *Grands services publics*, Ed. Masson, París, 1989, pp. 18-19.

<sup>69</sup> LACHAUME, J. F., *Grands services publics*, Loc. Cit., idem. Cita a J. CHEVALLIER, *Le service public*, QSJ, 1987, N° 2359, p. 35.

<sup>70</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., Ob. Cit., p. 114.

<sup>71</sup> ESPLUGAS, P., *Le service public...*, Ob. Cit., p. 16.

<sup>72</sup> Al respecto, L. DUGUIT, Ob. cit., pp. 47-48; hace un apunte respecto de las coincidencias de fondo de sus planteamientos con los de M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, 1910, p. 94: “Nos place consignar que por caminos y con expresiones diferentes, un eminente publicista, M. Hauriou, llega exactamente a las mismas conclusiones que nosotros. Los Servicios Públicos - dice - considerados con relación al público llamado a usarlos constituyen (...) situaciones establecidas. El público no es acreedor de los Servicios Públicos; está solamente en situación de aprovecharlos. Los administrados tienen a su disposición un medio práctico de mejorar su situación: formular una reclamación e inmediatamente acudir al Consejo de Estado por la vía contenciosa del exceso de poder; pero por este medio práctico no nos separa del supuesto de la situación objetiva”.

señala que “es la idea del servicio la que entraña la autolimitación objetiva del poder público”, de forma que “la autolimitación del poder posee un medio de objetivarse que le es propio, y que es la organización transformada gradualmente en institución. La organización administrativa es tanto la organización del poder administrativo, como la de los servicios”<sup>73</sup>.

El núcleo de los aportes de HAURIOU y DUGUIT en esta materia ha sido bien condensado por RANGONE, al sostener que en la búsqueda del origen del Servicio Público, será M. Hauriou quien reconozca que aquél constituye la misma razón de ser de la Administración; por lo que, queda atado al poder público y está condicionado únicamente por el servicio que debe restituirse al público; asimismo, considera que con L. Duguit el Servicio Público no es solo una modalidad de intervención, sino que asume el papel central de fundamento de la Administración y del Estado de tal forma que emerge una teoría política en base a la cual las leyes del Estado se imponen en cuanto expresión del interés general y el poder del Estado está justificado por la necesidad de satisfacer las necesidades colectivas del público<sup>74</sup>.

Estas ideas matrices de HAURIOU y aquellas que aportó DUGUIT, no estuvieron exentas de ciertos cambios formulados por los seguidores de la Escuela del Servicio Público, de ahí que se considere que esta concepción amplia u objetiva del Servicio Público ha sufrido una serie de distorsiones principalmente a través del desarrollo doctrinario realizado por G. JÈZE; por ello, que no debe llamar nuestra atención las severas críticas de HAURIOU en torno a los planteamientos de JÈZE, en las que desmarca a DUGUIT de las mismas, ya que consideraba que sus formulaciones del Servicio Público eran más generales y, por lo tanto, más prudentes.

Si bien hemos podido apreciar que los tres maestros franceses se distancian en algunos aspectos, las diferencias entre ellos no son tan profundas en el fondo y sus doctrinas se aproximan en cuanto

acaban uniendo indisociablemente Servicio Público y procedimiento de Derecho Público-exorbitancia de derecho común<sup>75</sup>.

### III. Los elementos y principios fundadores básicos del *Service Public*<sup>76</sup>

#### 1. Elementos

Más allá de las divergencias sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la noción de Servicio Público, quienes formaban parte de la Escuela del Servicio Público – y hoy gran parte de la doctrina –, estuvieron de acuerdo en reconocer tres elementos en la definición del Servicio Público asociados de manera invariable. Estos tres elementos constitutivos, son el componente orgánico de la persona pública (a); el elemento funcional de interés general (b); y, el elemento material de régimen jurídico derogatorio del Derecho Privado o exorbitante (c)<sup>77</sup>.

#### A. Orgánico: la persona pública

La construcción de DUGUIT se desarrollará en un contexto administrativo donde el elemento orgánico (el gestor del Servicio Público) y el elemento material del Servicio Público (el objetivo perseguido), se confunden frecuentemente. El gestor de un Servicio Público era, en principio, una persona pública que tomaba a su cargo las necesidades de interés general que en ese momento estaban menos desarrolladas por otra persona. En consecuencia, toda aprehensión de una actividad por una persona pública, le confería, en principio, el carácter de Servicio Público<sup>78</sup>.

La presencia de un elemento orgánico como criterio de un Servicio Público, significa que éste se encuentra dirigido por una persona pública, lo que implica que los cuerpos de la Administración serán los encargados de gestionar directamente la actividad del Servicio Público con su propio personal y con sus propios medios materiales y financieros<sup>79</sup>. Paralelamente, también se ha

<sup>73</sup> HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General...*, Ob. Cit. p. 123.

<sup>74</sup> RANGONE, N., Ob. Cit., p. 14.

<sup>75</sup> SENDIN GARCIA, M. A., Ob. Cit., p. 49.

<sup>76</sup> Respecto de esta temática, vid. J. M. SOUVIRON MORENILLA, Ob. Cit., p. 158 y ss.

<sup>77</sup> En este punto seguimos el trabajo de P. ESPLUGAS, Ob. cit., p. 18 y ss., así también, vid. lo señalado por J. CARBAJO, *Droit des services publics*, Editorial: Dalloz, París, 1997, p. 9; J. F. LACHAUME, Ob. cit., p., 19; y N. RANGONE, Ob. cit., p. 297. O. MEDAUAR, Ob. Cit., p. 349, ha seguido también este planteamiento de identificar elementos comunes a las actividades calificadas como Servicio Público.

<sup>78</sup> LACHAUME, J. F., Loc. Cit. ídem.

<sup>79</sup> SCHIRATO RHEIN, Vitor, *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 117; señala acertadamente que, en sus orígenes, la noción de Servicio Público, se utilizó para separar las acciones que pertenecen a la persona pública, de aquellas acciones que pertenecen a los particulares, con la finalidad de definir en qué casos existía incidencia del derecho administrativo y la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado francés.

utilizado el concepto de establecimiento público en los sectores de enseñanza y sanidad, y, la figura de la concesión en caso de actividades de carácter industrial y comercial, en los cuales es la colectividad estatal la que conserva la dirección y el control de la actividad considerada como Servicio Público<sup>80</sup>.

Para PONTIER, definir orgánicamente el Servicio Público significa evocar las estructuras administrativas tanto en sus aspectos más visibles, como en sus aspectos algunas veces menos visibles. De esta forma, el servicio puede ser una simple división administrativa del trabajo, o puede estar personalizado, por lo que la noción de personalidad jurídica es esencial, porque ella sola puede eventualmente otorgarle a un servicio cierta autonomía<sup>81</sup>. En suma, dentro de esta línea, la expresión Servicio Público encierra a una pluralidad de estructuras administrativas de las que derivarán los Servicios Públicos nacionales y los Servicios Públicos locales, como niveles diferenciados de la Administración a cargo de la prestación de Servicios Públicos.

## B. Funcional: actividad de interés general

Es indudable que la noción de interés general es omnipresente al Derecho Administrativo, como lo han puesto en evidencia los autores de la Escuela de Burdeos, al señalar que este criterio es el fundamento mismo, la razón de ser del Servicio Público<sup>82</sup>.

El interés general puede ser explicado simplemente por el hecho que éste es una transposición y una laicización, con las correspondientes reservas de la noción de "bien común" sostenida por Aristóteles y desarrollado por Santo Tomás de Aquino, noción que está en la base de toda sociedad<sup>83</sup>. El interés general desfasa los intereses particulares de los individuos y los trasciende; en otros términos, constituye un arbitraje de estos intereses particulares y ello se proyecta hacia los Servicios Públicos, de

manera que no solo sean consideradas como tales actividades necesarias para mantener el equilibrio social, sino también aquellas actividades de soberanía como la instrucción pública, la ayuda social y la higiene pública.

Es importante señalar que la noción de interés general se extiende - luego de la formulación de la noción clásica del Servicio Público -, hacia los servicios industriales y comerciales sobre la base de la interpretación de los textos relativos a la libertad de comercio y de industria<sup>84</sup>.

Desde luego, el hecho que el interés general vinculado con una actividad sea uno de los elementos que configuran la noción de Servicio Público, no disminuye el carácter impreciso del mismo, ya que dependiendo de la concepción que se haya hecho de la intervención de los poderes públicos en el sistema social global, y de aquella del sistema mismo, la noción de interés general es evidentemente variable en el tiempo y en el espacio<sup>85</sup>.

## C. Material: régimen jurídico<sup>86</sup>

Este elemento material concierne a las reglas de derecho aplicables al Servicio Público, y dentro de la concepción clásica del Servicio Público supone la exorbitancia del régimen, lo que a su vez implica prerrogativas de poder público<sup>87</sup>. Permite la entrada a aquellos derechos y obligaciones diferentes de aquellos que son utilizados en las relaciones privadas (prerrogativas o sujeciones exorbitantes del derecho común)<sup>88</sup>.

El régimen jurídico estaría formado por reglas que los particulares, en el ejercicio de sus actividades, no pueden utilizar. Siguiendo esta pauta, no se podría hablar de Servicio Público si es que determinadas prerrogativas de poder público - derivadas del régimen jurídico - no pertenecen o no están de acuerdo con los agentes que gestionan o ejecutan el servicio de interés general<sup>89</sup>.

<sup>80</sup> ESPLUGAS, P., *Le service public...*, Ob. Cit. p. 20.

<sup>81</sup> PONTIER, J. M., *Les service publics*. Editorial : Hachette, Paris, 1996, Ob. Cit., p. 16.

<sup>82</sup> ESPLUGAS, P., Loc. Cit., *idem*.

<sup>83</sup> PONTIER, J. M., Loc. Cit. *Idem*.

<sup>84</sup> ESPLUGAS, P., Loc. Cit. *Idem*.

<sup>85</sup> M. BAZEX, "Le concept de service public en Droit National Française", en L. GRARD, J. VANDAMME, F. van der MENSBRUGGHE (Dir.), *Vers un service public européen*. Editorial : Aspe, Paris, 1996, p. 121.

<sup>86</sup> J. F. LACHAUME, Loc. cit., *idem*; sostiene que ciertos autores contemporáneos son reticentes a tomar en consideración el régimen jurídico específico como elemento que entra en la definición del Servicio Público, ya que estiman, no sin razón, a la vista de la lógica jurídica, que el régimen jurídico específico es una consecuencia de la presencia de una misión de Servicio Público y no de una condición de su existencia.

<sup>87</sup> ESPLUGAS, P., Ob. Cit., pp. 21-22.

<sup>88</sup> BAZEX, M., Ob. Cit., p. 122.

<sup>89</sup> ODENT, R., *Manuel de Contentieux Administratif*, citado por P. ESPLUGAS, Loc. Cit., *idem*. En el mismo sentido SCHIRATO RHEIN, Vitor, Loc. cit., *idem*, cuando afirma que "Vale dizer, na perspectiva da Escola do Serviço Público, a atividade é relevante

## 2. Principios

La existencia misma de un Servicio Público postula, aunque de manera intuitiva, reglas que de partida son necesariamente específicas. Estos principios informan la organización y la gestión de todos los Servicios Públicos, los servicios administrativos (interesados en un régimen especial y solo excepcionalmente disciplinado por el derecho común) y los servicios de carácter industrial y comercial (sometidos al derecho común y solo excepcionalmente al Derecho Administrativo)<sup>90</sup>.

Estas reglas, progresivamente creadas, fueron sistematizadas por L. ROLLAND - de ahí el nombre que recibieron como "*lois de Rolland*"<sup>91</sup> - y son las que se exponen a continuación.

### A. Continuidad

Este es el primer principio enunciado, tal vez porque es el más importante ya que sin continuidad no hay Servicio Público, ni institución alguna, ni un Estado.

Para BAZEX<sup>92</sup>, este principio expresa la exigencia del funcionamiento ininterrumpido del servicio en las condiciones adecuadas a las necesidades de la población, y, se traduce especialmente en la restricción al derecho de huelga (servicios mínimos).

El principio de continuidad no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una suerte de escala de la continuidad, según la naturaleza del servicio y de las prestaciones que estos últimos ofrecen a los ciudadanos<sup>93</sup>.

En todo caso, la continuidad puede ser entendida como la base sobre la cual se sustenta la prestación del Servicio Público, y se funda en que una determinada actividad que ha recibido dicha consideración se ponga a disposición de los ciudadanos - considerados usuarios - de forma permanente o regular para que pueda satisfacer aquellas necesidades que le puedan surgir.

### B. Igualdad

Los Servicios Públicos son uno de los dominios de aplicación del principio de igualdad, consagrado en el artículo 1º de la Declaración de Derechos de 1879, y por tanto, constituyen uno de los soportes de la República Francesa.

En el ámbito de los Servicios Públicos el principio de igualdad obliga a quienes los tengan a su cargo, a tratar de la misma manera a las personas que se encuentran en una misma situación de derecho o de hecho, salvo que existan exigencias de interés general relacionadas con la explotación del servicio<sup>94</sup>.

El principio de igualdad tiene diversas connotaciones, y en el caso de los Servicios Públicos, encuentra numerosas expresiones a las que la judicatura ha establecido límites, ya que si no fuera de esta manera, por sí mismo, el principio constituiría una materia de discusión filosófica y de reivindicación política, que no puede ser precisada (es, en sí mismo, un principio multiforme que conoce de numerosas aplicaciones)<sup>95</sup>.

### C. Mutabilidad

Destinados a satisfacer necesidades, los Servicios Públicos son llamados a evolucionar en función de éstas, y también en función de la apreciación que tengan las autoridades públicas del alcance de estas necesidades<sup>96</sup>.

Desde esta perspectiva, el principio de mutabilidad o adaptación, impone el poder de cambiar las condiciones de intervención del servicio sobre base de las nuevas necesidades de interés general, justificando de esa manera el ejercicio de la autoridad administrativa, de los poderes - unilaterales - de ejecución de los contratos administrativos<sup>97</sup>.

La adaptación del servicio debe consistir en la mejora del servicio que la Administración realizará, de manera que se produzca una satisfacción de

*para a satisfação de necessidades sociais; logo torna-senatribuição do Estado e, portanto, é dotada de um regime jurídico propio, exorbitante del derecho privado, na medida em que confere ao seu prestador poderes que não existem nas relações do direito civil, dando origen á competencia do Conselho de Estado".*

<sup>90</sup> RANGONE, N., *I servizi pubblici...*, Ob. Cit., p. 296. Por parte, para O. MEDAUAR, Ob. Cit., p. 350, una de las consecuencias de la caracterización de una actividad como Servicio Público, es que están sometidos a un grupo de principios.

<sup>91</sup> En este apartado seguimos a J. M. PONTIER, Ob. Cit., p. 75 y ss.

<sup>92</sup> BAZEX, M., Ob. Cit., p. 131.

<sup>93</sup> PONTIER, J. M., Ob. Cit., p. 76.

<sup>94</sup> BAZEX, M., Loc. Cit., ídem.

<sup>95</sup> PONTIER, J. M., Ob. Cit., pp. 78-79.

<sup>96</sup> PONTIER, J. M., Ob. Cit., pp. 90-91.

<sup>97</sup> BAZEX, M., Loc. Cit., ídem.

calidad y en las más eficientes condiciones, de las demandas de los usuarios.

#### IV. Caracteres esenciales del régimen jurídico del *Service Public*

##### 1. La creación de Servicios Públicos: especial referencia a las previsiones constitucionales

El alcance de la noción de Servicio Público y su relevancia constitucional, es escasamente manejado en los textos articulados de las diversas constituciones francesas que se han sucedido desde 1789. Ha sido el juez constitucional, el que ha ido elaborando una doctrina, siempre, en el marco de una concepción amplísima del Servicio Público<sup>98</sup>.

En la doctrina francesa la principal referencia a la Constitución, se hace en el aspecto vinculado con la creación de los Servicios Públicos. Antes de la Constitución del 4 de octubre de 1958, se admitía que en la creación de un Servicio Público nacional podía intervenir de hecho el legislador, sea porque la Ley misma creaba el servicio, sea porque la misma autorizaba su creación por la autoridad administrativa, de manera que toda creación de Servicios Públicos se traducía por una limitación de libertades individuales<sup>99</sup>.

Con la Constitución de 1958 no se ha confirmado este principio tradicional, es decir no se ha reservado explícitamente a la Ley la creación de Servicios Públicos; sin embargo, puede

considerarse que la competencia legislativa permanece, en la medida que la Constitución en su artículo 34<sup>100</sup> ha otorgado al legislador las competencias que incluyen el poder crear nuevas categorías de establecimientos públicos y la de nacionalizar empresas privadas, como modo de creación de Servicios Públicos, a lo que se añaden las competencias más puntuales de interés para los grandes Servicios Públicos tales como la justicia, la defensa nacional, la enseñanza y la seguridad social.

Hay coincidencia<sup>101</sup> de modo más general, en el Preámbulo del artículo 4º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el propio artículo 34º de la Constitución francesa, al haberse establecido que el ejercicio de las libertades se encuentra bajo la protección del legislador.

En lo que se refiere a la posibilidad que por vía reglamentaria (artículo 37<sup>102</sup>) se cree un Servicio Público, RIVERO sostiene que salvo que el acto de creación tome la forma de Ley, ésta entra hoy en la competencia reglamentaria, bajo reserva de la intervención del Parlamento para la concesión de las habilitaciones necesarias<sup>103</sup>.

La cuestión a valorar, se da cuando la Constitución atribuye al Estado la responsabilidad de organizar determinados Servicios Públicos, pudiendo ésta encomendarse totalmente a la iniciativa privada, lo que ha dado lugar al desarrollo de los *Servicios Públicos constitucionales*<sup>104</sup>. La jurisprudencia del Consejo Constitucional nos acerca a la temática

<sup>98</sup> FERNANDEZ GARCÍA, M. Y., *Estatuto Jurídico...*, Ob. Cit., p. 94. Sobre la aparición del Servicio Público en los textos de las constituciones, *vid.* el estudio de L. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El derecho de acceso a los servicios de interés económico general", en L. COSCULLUELA M. (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor D. Sebastián Martín Retortillo*. Editorial: Civitas, Madrid, 2003, p. 495 y ss.

<sup>99</sup> CARBAJO, J., Ob. Cit., p. 30.

<sup>100</sup> Al respecto, el artículo 34º de Constitución francesa de 1958 dispone: "Artículo 34º.- Las Leyes serán votadas en el Parlamento. (...) La ley fijará asimismo las normas referentes (...) – a la creación de categorías de entes públicos; (...) – a las nacionalizaciones de empresas y transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado; (...)".

<sup>101</sup> Al respecto, *vid.* CHAPUS, R., *Droit administratif general. Tome I*, Ed. Montchrestien E. J. A., París, 1993, p. 503; CARBAJO, J., Ob. Cit., p. 31.

<sup>102</sup> Al respecto, el artículo 37º de Constitución francesa de 1958 dispone: "Artículo 37º.- Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley. Los textos con forma de Ley referentes a dichas materias podrán ser modificados por decreto acordado previo dictamen del Consejo de Estado. Los textos de este carácter que se aprobaran podrán ser modificados por decreto si el Consejo Constitucional hubiera declarado que tiene carácter reglamentario en virtud del apartado anterior."

<sup>103</sup> RIVERO, J., Ob. Cit., p. 559.

<sup>104</sup> MUÑOZ MACHADO, S., "Límites constitucionales a la libertad de empresa", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor D. Sebastián Martín-Retortillo*, Editorial: Civitas, Madrid, 2003, p. 149. S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Ed. TED & DOC, París, 2000, pp. 51-52; respecto a la inserción de los Servicios Públicos constitucionales en el marco de la Constitución francesa, sostiene que: "en el marco de la Constitución Francesa de 1958, el artículo 34º establece, por una parte que "la ley fija las reglas relativas: (...) a la creación de categorías de establecimiento públicos (...), las nacionalizaciones de empresas y las transferencias de propiedad de empresas del sector público al sector privado" y, por otra parte, que "la ley determina los principios fundamentales de la organización general de la defensa nacional (...), de la enseñanza (...), y de la seguridad social". "Los otros aspectos relativos por ejemplo a la organización interna de los Servicios Públicos constituye materia reglamentaria conforme a lo dispuesto en el artículo 37º de la Constitución".

que vincula al Servicio Público con la Constitución, y a propósito de la noción de Servicio Público constitucional aparece como consecuencia de una decisión referida a las privatizaciones<sup>105</sup>.

Si bien entre los años 1986 y 1996 se sucedieron una serie de decisiones del Consejo Constitucional, siempre quedó pendiente definir la noción de Servicio Público constitucional, a pesar de las fórmulas empleadas para caracterizarlo: Servicio Público en el cual “la necesidad emana de principios o de reglas de valor constitucional” (Nº 86-207 DC des 25-26 juin 1986, cons. 53), “Servicio Público que tiene su fundamento en las disposiciones de naturaleza constitucional” (Nº 86-217 DC du 18 septembre 1986, cons. 9); “Servicio Público exigido por la Constitución” (Nº 88-232 DC du 7 janvier 1988, cons. 30); “Servicio Público en el cual la existencia y el funcionamiento serán exigidos por la Constitución” (Nº 96-375 DC du 9 avril 1996, cons. 5)<sup>106</sup>.

De esta manera, según MUÑOZ MACHADO<sup>107</sup>, se ha podido elaborar una distinción entre los servicios “exigidos por la Constitución” y los regulados en la legislación ordinaria por decisiones de la Administración, donde los primeros no podrían ser encomendados al sector privado, y, los segundos en cambio, son perfectamente privatizables.

Si bien la distinción es clara, sin embargo no hay nada explicitado en las fórmulas jurisprudenciales, ni se han dado ejemplos positivos susceptibles de aclarar el sentido de la noción sobre el texto de la Constitución; por lo que, FAVOREU considera necesario recurrir nuevamente a la jurisprudencia<sup>108</sup> para, a partir de ella, plantearse, la siguiente fórmula: “todos los Servicios Públicos constitucionales son Servicios Públicos nacionales, pero ¿todos los Servicios Públicos nacionales son Servicios Públicos constitucionales?”<sup>109</sup>.

El primer planteamiento no merece mayores comentarios, pero al contrario, respecto del interrogante planteado, es necesario tener presente que hay una tendencia a considerar que los Servicios Públicos nacionales son naturalmente Servicios Públicos constitucionales. Sin embargo, cuando a raíz de la decisión de 23 de julio de 1996, se considera a las telecomunicaciones un Servicio Público nacional, pero no un servicio constitucional, las cosas no quedan del todo claras.

En general, es posible sostener que la aplicación de los principios del Servicio Público como es el caso del de igualdad, así como el de neutralidad y de confidencialidad de los servicios, pueden vincularse con diversas normas constitucionales y especialmente aquellas que protegen la igualdad, la laicidad y la vida privada. Del mismo modo, respecto a la continuidad, ésta puede tener como fuente al artículo 5º<sup>110</sup> de la Constitución francesa.

De forma específica, estando a que les corresponde a los Servicios Públicos constitucionales desarrollar funciones de soberanía, éstos deben estar necesariamente gestionados por organismos públicos, a diferencia de los Servicios Públicos nacionales legislativos que pueden ser gestionados por personas de Derecho Privado. “Los Servicios Públicos son los garantes de la seguridad y del orden público, esto es, de la justicia y de la fuerza pública entendida como la policía y la defensa; los Servicios Públicos garantes de la soberanía externa, esto es, la diplomacia; y los Servicios Públicos garantes de la soberanía económica y financiera, esto es, la Hacienda y el Tesoro Público”<sup>111</sup>.

Lo señalado nos lleva a concluir respecto de los Servicios Públicos constitucionales que como categoría, están excluidos de la actividad económica y están vinculados al monopolio de la demanda pública<sup>112</sup> vinculándose a actividades

<sup>105</sup> Respecto a los límites a las privatizaciones en Francia, *vid.* la referencia que se hace sobre este tema en MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, Ob. Cit., pp. 1058-1060.

<sup>106</sup> La referencia ha sido tomada de FAVOREU, L., “Service public et Constitution”. En: *AJDA*, París, 20 juin 1997, Spécial, p. 17.

<sup>107</sup> MUÑOZ MACHADO, S., “Límites constitucionales a la libertad de empresa”. Loc. Cit. ídem.

<sup>108</sup> Para S. MUÑOZ MACHADO, “Límites constitucionales a la libertad de empresa”..., Ob. Cit., p. 150; “Esta metodología tópica parece la única posible y, desde luego, es la que ha empleado la jurisprudencia Francesa. El Consejo Constitucional ha dicho, por ejemplo, que el denominado “Servicio Público de crédito” no es constitucional, ya que no puede afirmarse que las empresas bancarias o de seguros “exploten un servicio cuya existencia y funcionamiento están exigidos por la Constitución” (Decisión 207, de 25-26 de junio de 1986). Tampoco la televisión por vía hertziana ha sido considerada por el Consejo como una “actividad de Servicio Público que tenga su fundamento en disposiciones constitucionales” (Decisión 217, de 18 de septiembre de 1986)”.

<sup>109</sup> FAVOREU, L., Loc. Cit., ídem.

<sup>110</sup> Al respecto, el artículo 5º de la Constitución de francesa dispone:

“Artículo 5º.- El presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará, mediante arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la permanencia del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y del respeto de los tratados”.

<sup>111</sup> ESPLUGAS, P., *Le service public...*, Ob. Cit., p. 41.

<sup>112</sup> Seguimos lo señalado por A. WINCKLER. “Quelques réflexions a propos de la réforme des services publics”, en la obra colectiva dirigida por J. CHEVALLIER, J. M. EKELAND, M. A. FRISON-ROCHE, *La idée de service public est-elle encore soutenable?*, vol. col., Ed. PUF, París, 1999, p. 22.

como la educación, la salud, la policía o la defensa, pero que, desde un punto de vista conceptual, están permanentemente superpuestos con la de los Servicios Públicos nacionales que engloba a todas las categorías que antes hemos mencionado<sup>113</sup>.

## 2. Principios comunes

La complejidad de la funcionalidad del Servicio Público ha llevado a que se plantee una unidad teórica respecto de dicha concepción, siendo ésta otra de las originalidades del Servicio Público “a la francesa”. Sin embargo, hoy en día no existe un régimen jurídico general uniforme y común a todas las categorías de Servicios Públicos, a pesar de lo cual, no puede afirmarse que esta diversidad implique la falta de existencia de algún elemento común a todas las categorías de Servicios Públicos.

El Estado y aquellas otras personas públicas tienen la carga de satisfacer a través de una determinada modalidad de Servicio Público las necesidades de la vida nacional y local y sobre todo para no depender de las incertidumbres de la iniciativa privada y de los riesgos del mercado.

Teniendo como premisa lo señalado, se plantea la necesidad que los Servicios Públicos, cualquiera que sea su actividad material, y, su régimen jurídico, deban obedecer a las mismas reglas generales<sup>114</sup>. De ahí que pueda colegirse que otra particularidad francesa reside en la existencia de un conjunto de principios simultáneamente aplicables a todos los Servicios Públicos<sup>115</sup>.

Como antes señalamos, estos principios son el de continuidad, igualdad y adaptabilidad o

mutabilidad y, son principios que han trascendido de la formulación original de la noción de Servicio Público, a los que se incorporan otro grupo de principios cuyo devenir es producto de “las exigencias vinculadas al funcionamiento de una sociedad democrática, la evolución de los espíritus, la emergencia de nuevas necesidades, la apertura de las fronteras, imponen a los Servicios Públicos reglas de comportamiento y de acción que prologan los principios fundamentales”<sup>116</sup>.

Si bien no hay uniformidad en la doctrina respecto de los principios que se incorporan, puede citarse entre los más importantes al principio de neutralidad<sup>117</sup>, correcto funcionamiento de los servicios, transparencia y responsabilidad, simplicidad y accesibilidad, participación de los usuarios, y, confianza y fiabilidad.

Es necesario tener presente que, más que aspectos técnicos, estos principios expresan en realidad la diferencia que separa una intervención de tipo administrativo de los mecanismos resultantes del juego del mercado, y que el régimen específico difiere según las categorías de Servicios Públicos considerados<sup>118</sup>.

## 3. La aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado según el tipo de servicio

En relación con la aplicación de un régimen de Derecho Público o de Derecho Privado a los Servicios Públicos, BAZEX considera que más allá de los análisis que se hagan de cada situación concreta, puede plantearse la pregunta de si en definitiva no es necesario reconocer la existencia de dos tendencias, es decir, una que consagra un

<sup>113</sup> Es interesante la referencia que inserta S. MUÑOZ MACHADO, “Límites constitucionales a la libertad de empresa”. Ob. Cit., pp. 151-152; respecto del criterio general de distinción que proponen FAVOREAU y PHILIP con relación a lo que constituiría un Servicio Público constitucional y aquél que puede ser objeto de privatización: “consistiría en considerar que algunos Servicios Públicos no están en competencia con el sector privado; son, propiamente los servicios que ejercen “funciones de soberanía”. En estos casos la prohibición de privatización se conecta con la exigencia constitucional de que exista un “nivel mínimo de Servicio Público”, de modo que todos los ciudadanos puedan beneficiarse del mismo. (...) Frente a esta clase de prestaciones se situarían aquellas otras que se desenvuelven en competencia con el sector privado, o son susceptibles de ejercerse de esta manera. Este sería el ámbito propio de la privatización”.

<sup>114</sup> OBERDOFF, H., Ob. Cit., p. 93.

<sup>115</sup> Nos remitimos al apartado en el que se desarrolló el tema de los principios de la noción de Servicio Público.

<sup>116</sup> Document du ministère de la Fonction publique et des réformes administratives, p. 13, citado por OBERDOFF, H., Ob. Cit., p. 94.

<sup>117</sup> Respecto del contenido de este principio, Y. GAUDEMET, Ob. Cit., p. 751; considera que: “La neutralidad del Servicio Público significa que el servicio tiene que funcionar teniendo en cuenta únicamente las exigencias del interés general; el administrador del servicio no puede utilizarlo como un instrumento para sacar ventaja de ciertos intereses en detrimento de otros intereses, para hacer de ello un medio de propaganda o favoritismo”.

<sup>118</sup> Para los fines de nuestro trabajo, nosotros vamos a referirnos únicamente a la categoría de Servicios Públicos administrativos y a la de Servicios Públicos industriales y comerciales, lo cual no hace que desconozcamos que en Francia se ha generado además otras categorías como son la de Servicio Público social. Sobre la “aparición y desaparición”, “vida y muerte” de los Servicios Públicos sociales, vid. CARBAJO, J. Ob. Cit., pp. 14 - 15 y MESCHERIAKOFF, A. S., Ob. Cit., pp. 60-62, entre otros; la de Servicios Públicos corporativos que a su vez comprende la de los Servicios Públicos de intervención económica y la de los Servicios Públicos de disciplina profesional. Sobre estas categorías de Servicios Públicos, vid. J. F. LACHAUME, Ob. Cit., p. 53 y ss.; Y. GAUDEMET, Ob. Cit., p. 763 y ss.; J. CARBAJO, Ob. Cit., p. 17 y ss.; J. RIVERO, Ob. Cit., p. 567 y ss.; R. CHAPUS, Ob. Cit., p. 479 y ss.; entre otros.

régimen de Servicios Públicos de gestión pública, en el cual la aplicación del Derecho Administrativo y de la contabilidad pública tenga su nivel máximo y, la segunda, que reconozca un régimen de Servicios Públicos de gestión privada caracterizada por una situación inversa<sup>119</sup>.

En el caso de los Servicios Públicos administrativos, su presencia supone la aplicación de un régimen de Derecho Público, es decir, las autoridades administrativas emplearán procedimientos de Derecho Público; en cambio, en el caso de los Servicios Públicos industriales y comerciales, debe señalarse que se encuentran sometidos a un régimen jurídico profundamente diferente del antes citado, ya que, en este supuesto se tratará de un régimen mixto en el que se encuentran combinados elementos de Derecho Privado generados por el carácter comercial de la actividad y de los elementos de Derecho Público justificados por la idea de un Servicio Público<sup>120</sup>.

## V. La reacción institucional a la incidencia del Derecho comunitario: el *Service Public* frente a los servicios de interés general

### 1. Los efectos de la construcción comunitaria<sup>121</sup>

Si bien la construcción comunitaria ha significado la liberación de la economía en lo que a capital, bienes y servicios respecta, este proceso supone además la apertura de los Estados miembros que "exige una nueva identificación de las necesidades no solo en consideración a los distintos contextos de descentralización territorial de la esfera pública, sino sobre todo por el hecho de que la diversidad y la complejidad de las situaciones subjetivas, las necesidades de los ciudadanos y de las empresas y organismos *non profit* crecen a un ritmo veloz"<sup>122</sup>.

Como apunta MALARET, no se trata de *comunitarizar* el Derecho Público Nacional, sino de repensar las categorías jurídicas fundamentales en este nuevo

contexto<sup>123</sup>, es decir, en cada país, es necesario reconstruir el discurso relativo a los Servicios Públicos, partiendo de los derechos y libertades, así como de la "realidad que supone la diversidad de los Servicios Públicos y de la heterogeneidad de las formas de prestación"<sup>124</sup>. De esta forma, el producto no solamente tendrá que estar centrado en un nuevo Servicio Público, sino en una teoría capaz de responder al pluralismo en los Servicios Públicos y a garantizar que se cumplan las misiones encomendadas a ellos de manera que puedan articularse de distintas formas la relación entre interés general y la libertad de empresa.

Uno de los modelos de referencia de la idea y de la experiencia en materia de Servicio Público de una parte de los Estados miembros de la Comunidad Europea y por consiguiente del ordenamiento de esta última es innegablemente el *service public à la française*<sup>125</sup>. De ahí que sea indispensable establecer cuáles han sido los efectos que ha producido la normativa europea en el ordenamiento jurídico francés y fundamentalmente en la noción de Servicio Público.

La primera idea que debe exponerse es que en Francia se ha producido una apertura para situar la noción francesa del Servicio Público dentro del mercado (definido como el sistema global de intercambios de bienes y servicios por un precio) de manera que se plantea la existencia de una confrontación que evidencia que, tradicionalmente en dicho país, las relaciones entre ambos son complejas. De esta forma, "la doctrina y la jurisprudencia llegaron incluso a inventar la noción de Servicio Público de carácter industrial y comercial para enfatizar su respectiva situación, noción que no brilla por su claridad"<sup>126</sup>.

Según MESCHERIAKOFF, por naturaleza, el Servicio Público en tanto que principio de legitimidad solo puede situarse fuera del mercado mientras que como prestatario a menudo y de modo parcial se opone al mismo<sup>127</sup>. Por otra parte, para este autor, el Derecho comunitario acrecienta la complejidad

<sup>119</sup> BAZEX, M., Ob. Cit., pp. 131-132.

<sup>120</sup> En este punto seguimos el Tratado de Y. GAUDEMET, Ob. Cit., pp. 754 -759.

<sup>121</sup> Para J. MORAND-DEVILLER, Ob. Cit., p. 532, en su larga historia, "el Servicio Público a la francesa" ha debido afrontar numerosas turbulencias. La última, obligándolo a adaptarse a las reglas de derecho comunitario, en particular, la de la libre competencia".

<sup>122</sup> MALARET, E., "Servicios Públicos, actividad económica y competencia ¿Presenta especificidades la esfera local? En: *Revista de Estudios de la Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*. Editorial: INAP, N° 291, Enero-abril, 2003, Ob. Cit., p. 602.

<sup>123</sup> MALARET, E., Loc. Cit., ídem.

<sup>124</sup> MALARET, E., Ob. Cit., p. 603.

<sup>125</sup> Al respecto, seguimos lo señalado por D. SORACE en "*Servizi Pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*", Ob. Cit., p. 375.

<sup>126</sup> MESCHERIAKOFF, A.S., *Droit des services publics...*, Ob. Cit., p. 68.

<sup>127</sup> MESCHERIAKOFF, A.S., *Droit des services publics...*, Loc. Cit., ídem.

en la medida en que su voluntad de creación de un mercado europeo lo más unificado posible le lleva a crear un mercado de prestaciones de Servicio Público<sup>128</sup>.

Ahora bien, es importante destacar que el Derecho Comunitario por su voluntad creadora de un mercado europeo unificado, también posibilita la salida para crear un mercado de prestaciones, de lo que deriva que el suministro de prestaciones de Servicio Público pueda realizarse en las mismas condiciones que las de una empresa privada, estando sometido al derecho común del mercado y especialmente al derecho de la competencia<sup>129</sup>. Del mismo modo, que la puesta en funcionamiento de un servicio se vincula con la organización administrativa y, a su vez, pone en marcha una serie de prerrogativas de poder público, lo que supone que el Servicio Público se aparte del derecho de la competencia que sujeta el mercado pero solo de forma parcial, ya que es una empresa la que interviene<sup>130</sup>.

En definitiva, el Servicio Público aparece, o bien como modo de organización de los poderes públicos fuera del mercado, o bien como actor económico dentro del mercado; esta doble naturaleza va a llevar a las instituciones europeas a crear un verdadero mercado de los Servicios Públicos, fundamentalmente de red<sup>131</sup>.

## 2. El *Rapport Public* del Consejo de Estado

### A. La preocupación por la vigencia de los Servicios Públicos

Para tener un mayor acercamiento con lo que significa en Francia esta confrontación de la noción del Servicio Público con los cambios que se han ido generando desde el ámbito comunitario, debemos hacer referencia al contenido del *Rapport Public*

*du Conseil d'État Française pour 1994*, que lleva el sugestivo título *Service Public, services publics: déclin ou renouveau*<sup>132</sup> y que se constituye en uno de los documentos más importantes respecto de la defensa de la noción en el contexto nacional francés, así como en el de los países miembros receptores de la noción<sup>133</sup>.

En la introducción del referido *Rapport* se hace un recorrido por la configuración ideológica y jurídica del Servicio Público, así como de su proceso de expansión en el ámbito Estatal, considerando que la teoría del Servicio Público - desbordada de la esfera propiamente jurídica en forma frecuente - ha contribuido en proveer a los gobernantes y a los aparatos administrativos, de un refuerzo de legitimidad<sup>134</sup>, de ahí que se llame la atención que, en el ámbito de la Unión Europea, no figure - sino en el recodo de un artículo de carácter técnico -, el concepto de Servicio Público, y que las ideas más próximas, aquellas de interés general, de servicio económico de interés general, de cohesión social, no ocupen, en la construcción europea, más que "un lugar residual"<sup>135</sup>.

Esto último - según el *Conseil d'État* -, afirmaría más la evidencia que el derecho francés como los derechos nacionales de los otros países miembros de la Unión, estarían en lo sucesivo condenados a ser elaborados, en gran medida, bajo la influencia comunitaria, y a ser aplicados en las mismas condiciones, estando claro que el futuro de la noción de Servicio Público tiene - si no se es vigilante - los días contados<sup>136</sup>.

Se manifiesta así la preocupación del *Conseil d'État* por lo que vendría a representar la falta de conservación y reafirmación de la noción de Servicio Público, bajo el signo de la subsidiariedad dentro de la autonomía de una nación o, llevada al ámbito europeo con la suficiente determinación

<sup>128</sup> MESCHERIAKOFF, A.S., *Droit des services publics...*, Loc. Cit., idem.

<sup>129</sup> MESCHERIAKOFF, A.S., *Droit des services publics...*, Loc. Cit., idem.

<sup>130</sup> MESCHERIAKOFF, A.S., Ob. Cit., pp. 68-69; según el autor, este planteamiento ha sido confirmado por el derecho europeo, como se observa en la jurisprudencia: STJCE de 19 de mayo de 1994, asunto 364/92, Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol.

<sup>131</sup> MESCHERIAKOFF, A.S., Loc. Cit., idem.

<sup>132</sup> La incidencia del derecho comunitario sobre la concepción nacional del Servicio Público ha suscitado mucha preocupación en Francia, tanto que el problema ha sido afrontado institucionalmente y ha sido objeto de propuesta en tres ponencias oficiales: El citado *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., pp. 15-134; y el *Rapport de la Commission présidé par Stoffaës 1995. Services Publics. Question d'avenir*, Commissariat général du plan, Edition Odile Jacob, La documentation française, París, pp.437; y, el *Rapport au Premier Ministre de la mission présidé par R. Denoix de Saint Marc. Le service public, Coll. Des rapports officiels*, La documentation française, París, 1996, p. 63; precisamente en éste último *Rapport* se incluía la propuesta de una modificación al Tratado Comunitario dirigida a precisar los fundamentos del *service public* y dejar claro que "la construcción europea se funda sobre los dos pilares del mercado y de la cohesión".

<sup>133</sup> CHINCHILLA, C., Ob. Cit., pp. 80-81; considera que no es exagerado incluir entre los factores que han contribuido a la promoción y relanzamiento del Servicio Público al Consejo de Estado francés.

<sup>134</sup> *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., pp. 16-17.

<sup>135</sup> *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., p. 17.

<sup>136</sup> *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Loc. Cit., idem.

para que ella se distinga y, se tome en cuenta un concepto propio para fundar más allá de la singularidad francesa, una singularidad europea, con una singularidad ética y socialmente fecunda, apropiada para asegurar una reconciliación entre los ciudadanos y los poderes públicos<sup>137</sup>.

Está claro que lo que cuenta para el *Conseil d'État* es preservar la esencia de la noción de Servicio Público por lo que representa para Francia y los países que son parte de la Unión Europea y hacia los cuales se proyectó la misma. Dicho objetivo es independiente de la situación de la noción en el ámbito francés o en el ámbito comunitario, y debía caracterizarse por reivindicar su vigencia.

Siendo ésta la idea matriz del *Rapport*, uno de sus apartados, el denominado "El nuevo orden europeo", muestra el énfasis que el *Conseil d'État* pone al criticar la posición asumida por las instituciones de la Unión Europea, al afirmar que no se ha informado del proceso de los Servicios Públicos en Europa y que ha hecho algo peor: ha ignorado largamente la noción de Servicio Público y la existencia de Servicios Públicos, y tiene una tendencia a no identificar ninguna zona intermedia entre los servicios regalianos o sociales, situados bajo un régimen especial, pero no por ser Servicios Públicos sino en razón, esencialmente, de su participación en las prerrogativas del poder público, y las empresas ordinarias<sup>138</sup>.

Por este motivo, lo que le interesa el *Conseil d'État*<sup>139</sup>, bajo la premisa que la realización del Gran Mercado Europeo depende de la aplicación de la política de competencia y que la clave de la misma es la aplicación igualitaria a las empresas públicas y privadas<sup>140</sup>, es clarificar las posturas en torno al Servicio Público de cara a lo que progresivamente se ha ido regulando a nivel europeo a través de la jurisprudencia: nos referimos a la aplicación de artículos 85º, 86º y 90º numeral 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Desde luego no vamos a repetir todos los argumentos reproducidos en el *Rapport*, por lo que hemos seleccionado algunas de las ideas fuerza que utiliza el *Conseil d'État*<sup>141</sup> - que expondremos en los siguientes apartados -, para sustentar su postura de defensa de la noción del Servicio Público y de la capacidad de la misma para adaptarse a los cambios que progresivamente se han ido introduciendo a nivel europeo.

## B. El deslinde del Servicio Público y las situaciones de monopolio

Uno de los puntos fuertes del análisis del *Rapport* tiene que ver con el deslinde que se realiza entre la noción del Servicio Público y el monopolio. Al respecto, el *Conseil d'État* considera que si bien antaño era uno de los rasgos característicos de la primigenia noción de Servicio Público, bajo esta

<sup>137</sup> *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Loc. Cit., idem.

<sup>138</sup> *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., p. 38.

<sup>139</sup> Al respecto, *vid. Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Loc. Cit., idem. que inserta como cabecera de su análisis lo dispuesto en el antiguo artículo 222º (hoy artículo 295º) del Tratado de Roma: "El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros".

<sup>140</sup> Para lo cual es necesario tener claro que el campo de acción del Derecho Europeo de la Competencia se determina de acuerdo con la naturaleza de la actividad que se desarrolle ya que no toda actividad económica será susceptible de ser ejercida por una empresa privada y que el operador podrá ser también una empresa estatal.

<sup>141</sup> En todo caso, convenimos con C. CHINCHILLA, Ob. Cit., pp. 81-82; en que entre las más importantes conclusiones del *Rapport*, están las siguientes: bajo el signo del Servicio Público deberían situarse solamente las actividades que sean *indispensables*, para la realización y el desarrollo de la cohesión social, excluyendo, pues, de dicha calificación las actividades que si bien son útiles para ese fin pueden alcanzarlo desde el mercado o desde la categoría de las actividades privadas de interés general; constituye una responsabilidad de los gobernantes delimitar el perímetro del Servicio Público; definir sus ámbitos de aplicación y las reglas de su funcionamiento; la eficacia impone que en ciertos sectores y en determinadas circunstancias no se deba renunciar al Estatuto público o a la propiedad pública; el mantenimiento del monopolio puede estar justificado en algunos casos por la necesidad de favorecer las economías de escala y de evitar elevados costes de armonización o de coordinación; la búsqueda de la eficacia de los Servicios Públicos no debería nunca llevar a perder de vista los objetivos de cohesión social que los justifican; la noción de Servicio Público no debe quedar reducida a la de servicio universal o servicio mínimo, pues ello conllevaría un empobrecimiento de las perspectivas susceptibles de ser tomadas en consideración; la diversificación de las formas de regulación pública a la que llevan las reivindicaciones locales; de un lado, y la construcción europea; de otro, no debería conducir a una disminución excesiva de las responsabilidades asumidas por el Estado. La creación de las autoridades independientes no debería entrañar tampoco un debilitamiento sistemático de los responsables políticos; debe hacerse un esfuerzo considerable para que los usuarios confíen en los Servicios Públicos, creando estructuras y procedimientos de participación adecuados para ello; debe regularse en las mejores condiciones posibles los problemas que suscitan la conciliación del derecho de huelga y la exigencia de continuidad del Servicio Público; la afirmación del principio de responsabilidad debería incitar a buscar, junto a los procedimientos ya existentes de control democrático y jurisdiccional, procedimientos de evaluación que favorezcan el debate público; debería, por último, hacerse un esfuerzo para aligerar las imposiciones del Derecho Comunitario, sacando a los Servicios Públicos industriales y comerciales del estatuto derogatorio en que los tiene encerrado el objetivo europeo de la competencia y, restituyendo al principio de subsidiariedad la pausabilidad de la que ahora carece.

perspectiva, el monopolio no puede aparecer ni como la única garantía de Servicio Público, ni como la única forma bajo la cual se esté libre del riesgo de las acciones abusivas respecto de la libertad de iniciativa de las empresas privadas, o no contribuya a alienar al usuario bajo el pretexto de proteger sus intereses<sup>142</sup>.

Del mismo modo - según el *Conseil d'État* -, "la noción actual del Servicio Público no impone ni la de la propiedad pública, ni la de monopolio, ni la de gratuidad, incluso la de distribución igualitaria; por tanto, parece en cambio, posible afirmar, que no habría Servicio Público sin dominio o regulación pública, y más precisamente sin la puesta en funcionamiento de procedimientos de regulación distintos de aquellos que están normalmente a disposición del poder público (informaciones económicas y sociales, normas fiscales, sociales, de policía, incluso técnicas y de competencia), en sus relaciones con el mercado de los actores económicos<sup>143</sup>.

### C. El Servicio Público y la libre competencia: armonización y regulación

El *Conseil d'État* incide también sobre la necesidad de "cercar el campo del Servicio Público", es decir, tiene claro que deberían establecerse un consenso sobre los límites y los riesgos que comporta, en una perspectiva de optimización de las satisfacciones colectivas, el libre juego del mercado.

Para procurar dicho objetivo, identifica aquellas situaciones que imponen llegar a dicho consenso: la impotencia del mercado para asegurar que se tomen en cuenta las necesidades no solventadas o mal solventadas; la tendencia a multiplicar los efectos de la externalización de diferentes suertes de costos; las preferencias acordadas muy generalmente por los operadores económicos revistiéndose sobre el mercado en el corto plazo sobre el largo plazo, con las consecuencias que aquello comporta en materia de inversiones y de I+D; los efectos destructores engendrados por la competencia excesiva que hacen el juego de infratarificación y de "descreme"

de los servicios rentables, desamparándose los servicios que no lo son<sup>144</sup>.

Señaladas aquellas situaciones en las que se muestra la necesidad de establecer un marco regulado respecto de aquellas actividades que se desarrollan a través de Servicios Públicos, el *Conseil d'État* considera que es necesario saber hasta qué punto la noción de interés general puede, dentro de tal perspectiva, justificar los avances sea del Servicio Público, sea del sector público, a la vista de consideraciones extraídas directamente de los límites del mercado, o a la vista de los criterios derivados de la exigencia de la rentabilidad o de competitividad de los operadores pertenecientes a su esfera de influencia<sup>145</sup>.

Dentro de esta línea, un apunte interesante en el *Rapport* es aquél que señala que "si bien la construcción europea se ha establecido esencialmente sobre el signo de la promoción o del restablecimiento de la competencia, la idea que existe un lugar, al lado de la competencia, de una parte para las preocupaciones de cohesión económica y social, y de otra parte para la colaboración de entre los países miembros, no está totalmente ausente del Tratado de Maastricht"<sup>146</sup>.

Según el *Conseil d'État*, lo señalado se puede encontrar expresado en el artículo 129-A (Título XI) y 130-A (Título XVI), y de ello puede desprenderse la disponibilidad que se revela en este tipo de preocupaciones, que pueden ser encaminadas para "echar las bases de Servicios Públicos a escala europea y de forma más general, de una concepción europea del Servicio Público"<sup>147</sup>.

Este último planteamiento es el que luego encamina el *Rapport* dentro de la idea de ir hacia una *Carta europea de los Servicios Públicos*; por lo que, hace referencia a lo que considera un esbozo de dicha *Charte* y que es producto del trabajo del Grupo X Europe-Réseux, de la Misión Europe Equipment (EUREQ) y de un grupo de trabajo interministerial presidido por Jean Louis Bianco, entonces (1992) Ministro de Infraestructuras.

<sup>142</sup> *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., p. 56. Dentro de esta línea, A. WINCKLER, Loc. Cit., ídem; considera que si bien hace mucho tiempo se ha asimilado en Francia Servicio Público y monopolio, ambas deben distinguirse ya que "ciertos monopolios públicos no realzan el ejercicio de una actividad de Servicio Público (es, por ejemplo el caso de los monopolios fiscales, tales como el de SEITA en Francia) mientras que ciertos Servicios Públicos funcionan fuera de todo monopolio del Estado (tal como el Servicio Público hospitalario o aquél de la educación)"; de acuerdo con esto, según el autor, "el recurso al monopolio está raramente justificado por el objeto mismo del servicio".

<sup>143</sup> Ob. Cit., p. 61.

<sup>144</sup> Ob. Cit., pp. 63-64.

<sup>145</sup> Ob. Cit., p. 68.

<sup>146</sup> Ob. Cit., p. 109.

<sup>147</sup> Ob. Cit., p. 110.

Este documento se elaboró con el propósito de “promover una aproximación nueva y consensual *“d’une service public au niveau européen”* y de contribuir a la construcción europea para la apertura de redes a la competencia, dentro del respeto de sus especificidades, pero también para la armonización y la integración de sus redes, así como para la puesta al día de políticas comunes, sea sectoriales (energía, transporte, comunicaciones), sea transversales (social, industrial, comercial, ambiental)”<sup>148</sup>.

De las principales ideas de la Carta, el *Conseil d’État* destaca aquella en la que se señala la necesidad de una aproximación relativa y pluralista de la noción de Servicio Público (misión de interés general en la cual una autoridad pública tiene decidido asegurar la gestión; institución pública o privada que haya recibido la delegación para ejercer tal misión; o todavía gestión o regulación pública), de manera que se respeten las tradiciones culturales y jurídicas nacionales, y la oportunidad que se haya puesto el acento sobre las misiones a las que se apunta y los procedimientos de dominio público movilizados, antes bien que sobre las dimensiones estatutarias o institucionales<sup>149</sup>.

Lo señalado va a redundar, entonces, en el reforzamiento de los principios tradicionales del Servicio Público (igualdad, continuidad y adaptación) y va a llevar a proponer otros como el de universalidad de un servicio mínimo, transparencia y participación, por un lado, y del lado institucional el de subsidiariedad, relatividad, pluralismo de los estatutos de los reguladores y neutralidad de la Unión Europea respecto de este estatuto, separación de reguladores y de operadores, unidad de reguladores sobre un territorio establecido, así como complementariedad entre reguladores y combinación entre los operadores de la competencia y de la cooperación.

#### D. El servicio universal

Finalmente, otro de los planteamientos que destacan en el *Rapport* es el referido a el *Servicio Universal*, ya que de un análisis de la figura, el *Conseil d’État* considera que “la aparición en cierto número de textos comunitarios de la noción de servicio universal tiene; en primer lugar, que ser vista como un paso sobre el reconocimiento de la noción de

Servicio Público, al menos como testimonio de la evolución del pensamiento de los responsables europeos en un sentido favorable para la toma de conciencia de que las necesidades de interés general no pueden encontrar su satisfacción por el solo funcionamiento del mercado (...), en vista de la satisfacción de las cuales se ha hecho un llamado a la noción de Servicio Público”<sup>150</sup>.

Aunque extensa, la cita expresa claramente la preocupación del *Conseil d’État* de hacer hincapié en que a pesar que las autoridades comunitarias han introducido nuevas nociones, aquellas no han podido sustraerse de algunos de los elementos característicos de la noción del Servicio Público, no sin antes reconocer que “si numerosos y diversificados son los parámetros que gobiernan la evolución de los contornos y las características de los Servicios Públicos no es fácil identificar aquellos sobre los cuales es conveniente de actuar prioritariamente para favorecer una reevaluación del concepto y una renovación de sus ilustraciones”<sup>151</sup>.

Respecto de esto último, el *Conseil d’État* considera que una y otra - identificar y favorecer -, pasan por un retorno a las fuentes, y para una mejor toma de conciencia de los nuevos acontecimientos que se manifiestan en la materia, y de nuevos apremios que la regirán.

### 3. Las transformaciones en el funcionamiento y organización de los Servicios Públicos

#### A. La liberalización de ciertos sectores

La síntesis que hemos hecho del contenido del *Rapport Public 1994* constituye la más clara defensa institucional del Servicio Público “a la française” en el contexto comunitario europeo. Sin embargo, dicha temática ha sido también materia de análisis en sucesivos trabajos en los que podemos encontrar las transformaciones operadas luego que el Derecho francés ha aplicado la normativa comunitaria en las actividades de interés económico general, en las que la noción de Servicio Público constituía su marco de referencia.

Uno de los importantes estudios sobre esta materia es el colectivo dirigido por R. KOVAR y D. SIMON, *Service public et Communauté européenne: entre l’intérêt general et le marché*<sup>152</sup>, en el que, de

<sup>148</sup> Ob. Cit., pp. 110-111.

<sup>149</sup> Ob. Cit., p. 111.

<sup>150</sup> Ob. Cit., p. 114.

<sup>151</sup> Ob. Cit., p. 126.

<sup>152</sup> KOVAR, R. y SIMON, D. (Dirs.). *Service public et Communauté européenne: entre l’intérêt général et le marché. Tome I: Introductions et approche sectorielle. Tome II: Approche transversale et conclusions*. Editorial: La documentation Française, París, 1998.

forma general, se señala que Francia no ha sido ajena a los cambios que progresivamente ha ido generando el espacio comunitario.

Esta ofensiva comunitaria, en opinión de MARCOU, a menudo ha sido percibida en Francia como el cuestionamiento de un modo de organización y de ejercicio de funciones consideradas esenciales para la colectividad que parecería íntimamente ligada a la concepción del Estado, más ampliamente admitida en la sociedad, la de un Estado a la vez protector y responsable del desarrollo económico, que si bien no es propia de Francia, ha encontrado en este país una expresión sintética en la noción de Servicio Público, que desde principios del siglo XX se ha impuesto, a la vez como una filosofía política y como una noción central de Derecho Público<sup>153</sup>.

Respecto del proceso seguido, WINCKLER ha señalado que el debate se había cristalizado en Francia “alrededor de un enfrentamiento maniqueo oponiendo el “Servicio Público a la francesa” a la libre competencia pretendidamente defendida por Bruselas, “el interés general en la ley del mercado”<sup>154</sup>.

Esto significaba, según el citado autor, olvidar que el derecho comunitario no está solo, ni es el principal factor que impulsa hacia una reforma de los Servicios Públicos y la liberación de ciertos sectores sometidos a un monopolio público, sino que, es necesario considerar también las evoluciones tecnológicas.

Asimismo, el WINCKLER subraya el hecho de que sacrificar al Servicio Público en Francia, volvería entonces más difícil su necesaria modernización, considerando que el derecho comunitario obliga a salir de esos esquemas de pensamiento simplificadores para aprender a “pensar el Servicio Público dentro de un ambiente competencial”<sup>155</sup>.

Si bien se justifica la agudeza de la opinión antes señalada, de hecho, hoy en día encontramos que no obstante el apego a su modelo teórico de Servicio Público, éste no ha sido ni es un punto dogmático

que haya impedido a Francia hacer evolucionar progresivamente, pero de manera significativa, sus Servicios Públicos. Una lectura contemporánea de los elementos que componen la noción, así como de los principios que la sustentan, ha ido impulsando su transformación en profundidad<sup>156</sup>.

Después de muchos años, en Francia, se asiste a importantes transformaciones del funcionamiento y organización de numerosos Servicios Públicos, lo cual se explica por múltiples factores, como el hecho que los usuarios de los Servicios Públicos adopten más y más frecuentemente la postura de cliente y de consumidor de Servicios Públicos, con las exigencias comparables sobre todo de cara a los servicios industriales y comerciales; además de ello, la evolución técnica obliga a los Servicios Públicos a modernizarse<sup>157</sup>.

VOISSET sostiene que este proceso se ha debido a una serie de factores que han reducido la originalidad de la noción de Servicio Público francés<sup>158</sup>; por su parte, MODERNE justifica que ciertas mutaciones contemporáneas se estén produciendo en la referida noción<sup>159</sup>. Ahora bien, a pesar de tener puntos de partida distintos, ambos autores coinciden en que esto se ha debido a la búsqueda de una gestión más eficaz que implica adaptar las reglas de gestión a las nuevas demandas técnicas, económicas o políticas del momento (liberalización de la economía mundial); y, por la voluntad de ajustar los modos de gestión de los Servicios Públicos a los imperativos comunitarios es decir, a tomar más en cuenta las reglas de la competencia y de la competitividad insertas en el Derecho de la Unión Europea.

Según MODERNE, es necesario reparar en el hecho que todavía persisten las consideraciones nacionales que no se apoyan, ni sobre la preocupación de eficacia en la gestión, ni sobre la voluntad de abrirse a la competencia; “y, bien entendido, las demandas financieras o comúnmente públicas, pesarán mucho, llegado el caso, sobre el ritmo de las reformas emprendidas y ciertamente sobre la voluntad de emprenderlas”<sup>160</sup>.

<sup>153</sup> MARCOU, G., “De l’idée de service public au service d’intérêt général”, en F. MODERNE, y G. MARCOU (éds.). *La idée de service public dans le droit des États de l’Union Européenne*. Editorial: L’Harmattan, París, 2001, pp. 365-366.

<sup>154</sup> WINCKLER, A., Ob. Cit., p. 22.

<sup>155</sup> WINCKLER, A., Ob. Cit., p. 23.

<sup>156</sup> OBERDOFF, H., Ob. Cit., p. 98.

<sup>157</sup> OBERDOFF, H., Loc. Cit., idem.

<sup>158</sup> VOISSET, M., “Le services publics en France”. “Le services publics en France”. En: A. MASSON – COLIN, *Europe, Concurrence et Service Public*, Ceep, París, 1995, p. 120.

<sup>159</sup> MODERNE, F., “Les mutations des services publics en droit français”..., Ob. Cit., p. 20. Para el autor, “ciertas de las mutaciones contemporáneas son justificadas por la necesidad de conformar las reglas de gestión con las nuevas demandas técnicas, económicas o políticas del momento”.

<sup>160</sup> MODERNE, F., “Les mutations des services publics en droit français”..., Loc. Cit., idem.

Ahora bien, son evidentemente los Servicios Públicos más próximos al mercado - aquellos de objeto industrial y comercial -, los que han conocido las evoluciones más profundas, y, los que se han conservado en Francia, porque el mercado único ha conducido hacia una armonización de las legislaciones y a una cierta homogenización de los modos de gestión de estos servicios, bajo pena de distorsionar la competencia<sup>161</sup>.

## B. Las tensiones derivadas de la aplicación de las exigencias comunitarias

Desde un punto de vista dogmático, este proceso de mutación<sup>162</sup> ha afectado directamente los principios esenciales de la noción de Servicio Público, lo que ha hecho necesario, frente a la extensión sin control de los principios de funcionamiento de los Servicios Públicos, su consolidación y modulación de acuerdo con las circunstancias, cometido este último de difícil consecuencia en el caso de los principios adyacentes<sup>163</sup> por su dispersión y débil coherencia.

De otro lado, se han identificado tensiones en los modos de gestión de los Servicios Públicos, donde la noción de red, que era desconocida por los juristas hasta una época reciente, ha interferido con la aproximación clásica del Servicio Público y le confiere una connotación específica, difícil, para traducir en términos jurídicos apropiados<sup>164</sup>.

Las referidas tensiones han tenido, según MODERNE, de un lado, su manifestación en la fragmentación orgánica de la gestión de los Servicios Públicos debido principalmente al fenómeno de la privatización, el fenómeno de la descentralización y el fenómeno de la autonomización de las estructuras de gestión<sup>165</sup>. De otro lado, se manifiestan también desde un punto de vista funcional en la disociación "que tiende a separar, al menos en la gestión, los Servicios Públicos "comerciales", el "Servicio Público" y la "gestión en monopolio"<sup>166</sup>; y, en la disociación entre las funciones de regulación y las funciones de gestión, siendo una tendencia relevante en los

procesos de adecuación de los Servicios Públicos franceses contemporáneos<sup>167</sup>.

Ahora bien, al aplicar directamente al derecho francés de Servicios Públicos la reglamentación comunitaria, respecto a lo que ha generado importantes movimientos es principalmente sobre tres elementos de este derecho: en primer lugar, sobre sus fuentes jurídicas; en segundo lugar, sobre sus fronteras y su campo de aplicación; y, en tercer lugar, sobre sus reglas de funcionamiento<sup>168</sup>.

Tratándose de las fuentes jurídicas y de forma específica en aquellas del ámbito constitucional, con la adopción del Tratado de Maastricht en Francia fue necesaria la adecuación de la Constitución de 1958, que se efectuó a través de la revisión constitucional del 25 de junio de 1992 (Ley Constitucional N° 92-554); asimismo en el ámbito legislativo, reglamentario y jurisprudencial dichas fuentes del derecho de los servicios público han sido modificadas para la recepción de la normativa comunitaria en el derecho interno, sea porque ésta tiene un efecto directo, sea por armonización. A ese respecto, la jerarquía de las fuentes del derecho ha sido modificada y una suerte de colaboración se esboza en la elaboración del derecho, por acuerdo previo para la promulgación de normas nacionales, con las autoridades comunitarias.

Sobre la evolución de las fronteras y el campo de aplicación de los Servicios Públicos bajo la influencia de la normativa comunitaria de los servicios de interés económico general, el desarrollo de la normativa comunitaria ha mostrado que hay diferencias entre lo que Francia entiende por Servicio Público de carácter industrial y comercial y aquella noción de empresa a cargo de la gestión de servicios de interés económico general. Esto se deriva de que en la normativa comunitaria de actividades de Servicio Público, el respeto del principio de competencia es singularmente importante y ello es conforme con el objeto de los Tratados que, para establecer un mercado común, apuntan a eliminar los obstáculos a la libre circulación de mercancías y de servicios,

<sup>161</sup> VOISSET, M., Loc. Cit., idem. Sobre este período de cambios el autor sostiene: "estamos actualmente en un momento bisagra en los cambios que afectan a estos servicios: los reglamentos antiguos o modificados, de forma pragmática, con sucesivas imprints, sector por sector, pero las nuevas reglas del juego, las nuevas fronteras, no están absolutamente dibujadas o claramente perfiladas. La coexistencia de reglas de diferente inspiración, en este período de dulce ruptura, no resulta siempre fácil".

<sup>162</sup> Seguimos aquí el análisis de F. MODERNE, "Les mutations des services publics en droit français"..., Ob. Cit., p. 23-24.

<sup>163</sup> El autor se refiere a los principios de neutralidad, participación y transparencia, entre otros.

<sup>164</sup> MODERNE, F., "Les mutations des services publics en droit français"..., Ob. Cit., p. 25.

<sup>165</sup> Loc. Cit., idem.

<sup>166</sup> Ob. Cit., p. 27.

<sup>167</sup> Ob. Cit., p. 29.

<sup>168</sup> En este punto seguimos el trabajo de M. VOISSET, Ob. cit., pp. 123-128.

de los capitales y de las personas, estableciendo especialmente un régimen que asegure que la competencia no sea falseada.

En el caso de los servicios industriales y comerciales franceses, al ser gestionados directamente por los poderes públicos o a través de empresas públicas, disponer de un monopolio, de derechos exclusivos o especiales, se benefician frecuentemente de las finanzas públicas y son susceptibles de falsear la competencia. Por este motivo es que el artículo 37º del Tratado de Roma había previsto la reorganización progresiva de los monopolios nacionales que presenten un carácter comercial y especialmente las empresas públicas, a las cuales los convenios otorgan derechos especiales o exclusivos, de manera que estos derechos debían ser reorganizados o suprimidos, salvo si se trataba de empresas a cargo de la gestión de servicios de interés económico general (artículo 90º numeral 2 TUE), si las reglas de competencia fuesen un obstáculo para el cumplimiento de su particular misión.

Si bien estas reglas son de interrelación delicada y evolutiva, las mismas han introducido una gran novación en el derecho francés de los Servicios Públicos de carácter comercial e industrial. Han conducido al reordenamiento de las fronteras entre actividades que constituían las misiones particulares y que podían derogar aquellas reglas de competencia establecidas en la normativa comunitaria<sup>169</sup>.

Las reglas de funcionamiento de los Servicios Públicos han tenido que modificarse al incorporar el Derecho francés de los Servicios Públicos a la normativa comunitaria; así, de un lado, se han reorganizado las reglas en materia de monopolios, de derechos exclusivos y especiales, y, de otro, se han vuelto más transparentes y se han clarificado cierto número de reglas tradicionales de funcionamiento de los Servicios Públicos de carácter industrial y comercial.

Finalmente, como en el resto de países de la Unión Europea, la aplicación de la normativa comunitaria ha tenido como efectos, la separación de funciones entre regulador y operador de los servicios - como

se señalaba en el *Rapport Public 1994* - y la aplicación de obligaciones de servicio universal que progresivamente van siendo diseñadas por el Derecho comunitario.

El acercamiento entre el derecho interno francés y el derecho comunitario sobre este terreno revela, según MODERNE, una convergencia de aproximaciones teóricas que permiten observar, a través de un análisis económico, que “la especificidad de los servicios reside más en su ejecución de carácter colectivo y en su financiación por el contribuyente, que en las relaciones que éstos mantienen con los usuarios”<sup>170</sup>.

La aplicación de la legislación comunitaria ha traído consigo, como se hizo referencia en el apartado precedente, la noción de servicio universal, la misma que encuentra en una óptica de mercado, o si se prefiere, en lo que se denomina la lógica mercantil del consumo, la que establece, a su manera, la superioridad del mercado en la satisfacción de las necesidades de interés general, de manera que el operador a cargo del servicio universal no será necesariamente operador público y es susceptible de adaptarse asimismo a las demandas de los clientes y a que la delimitación de su perímetro, es operada para cada sector por enumeración precisa de las prestaciones debidas por los operadores<sup>171</sup>.

Lo que es cierto, conforme lo manifiesta el *Rapport Public 1994*, es que muchas de las consideraciones que están en la base de la noción del servicio universal (existencia de una misión de interés económico general, aplicación de los principios clásicos de igualdad o de continuidad, etc.), “se reencuentran mutatis mutantis en las reivindicaciones vinculadas con el sector público “a la francesa””<sup>172</sup>. Según MODERNE, en opinión que compartimos, lo dicho no será suficiente para sustituir el servicio universal con el *service public* francés, ya que este último tiene otras exigencias y responde a objetivos sensiblemente más diversificados<sup>173</sup>.

Dentro de este nuevo contexto, en Francia, el Servicio Público aparece fuera del mercado como una forma de organización de los poderes públicos y

<sup>169</sup> VOISSET, M., Ob. Cit., p. 124.

<sup>170</sup> MODERNE, F., “Les transcriptions doctrinales de l’idée de service public”..., Ob. Cit., p. 32.

<sup>171</sup> Loc. Cit., idem. Sobre el servicio universal, el autor sostiene que “se trata de por lo esencial de un servicio mínimo, en el cual las prestaciones serán determinadas sector por sector en función de las características del sector liberalizado, y en el cual se beneficia a todos los usuarios con una demora razonable y un precio aceptable”.

<sup>172</sup> p. 34.

<sup>173</sup> Loc. Cit., idem.

luego, dentro del mercado en tanto que es un actor económico; así, esta doble naturaleza va a conducir a las instituciones europeas a situar un verdadero mercado de servicios especialmente en red<sup>174</sup>.

A modo de conclusión, es necesario señalar que si bien es posible que, insertado en el nuevo contexto nacional y comunitario, el Servicio Público podrá ser un poco menos francés, ya que tendrá que trabajar, y esto es lo deseable, en el mantenimiento de la cohesión social, la cual es, no se olvide, uno de los pilares de la Europa comunitaria<sup>175</sup>. Es de esta forma que éste se habrá vuelto más europeo<sup>176</sup>.

## VI. El *Service Public* y el sistema conceptual europeo

El Derecho Comunitario ha representado un factor de cambio en el sector de los Servicios Públicos al ser un componente esencial del Estado social (o del bienestar), y encontrarse en expansión buena parte del siglo pasado<sup>177</sup>.

Como es conocido, uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea es el de la promoción, mediante la instauración de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la actuación de políticas de acción común, un crecimiento sostenible y antiinflacionista, un elevado nivel de producción social, el mejoramiento de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros<sup>178</sup>.

Es sobre estas bases, que actualmente vienen operando una serie de transformaciones y han surgido una serie de corrientes que frente a algunos planteamientos radicales que niegan al Estado toda función interventora, postulan la búsqueda

de un punto de equilibrio estable entre el Estado y la Sociedad, entre el Estado y el mercado, lo que ha realzado sorprendentemente de nuevo el viejo concepto de Servicio Público<sup>179</sup>. Lo que resulta notorio en este contexto es que el Derecho comunitario ha establecido su propio sistema conceptual, en el que es posible identificar los servicios de interés general, los servicios de interés económico general, las obligaciones de Servicio Público y el servicio universal.

### 1. Los servicios de interés general

En palabras de MALARET, "los servicios de interés general representan un factor esencial del modelo europeo de sociedad"<sup>180</sup>, y esta idea de centralidad, según la autora, se encuentra presente en todos los sistemas jurídicos de la Unión, "a pesar de que también por sus distintas tradiciones constitucionales sean profundas las divergencias en relación a las ordenaciones institucionales, a las concepciones y a las teorías jurídicas, a las relaciones Estado sociedad, a la distribución de obligaciones entre Administración y mercado, a las culturas jurídicas, a las formas de intervención pública"<sup>181</sup>.

Para la Comisión, los servicios de interés general son "actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones de Servicio Público"<sup>182</sup>. Asimismo, a través de la Comunicación de 1996 señala que "estos servicios responden, en efecto a necesidades fundamentales"<sup>183</sup>, que son sus "principios esenciales de funcionamiento: continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia"<sup>184</sup>; y, se concluye expresando: "en el núcleo de las consideraciones figura el interés del ciudadano, cuyo ejercicio exige en nuestras

<sup>174</sup> MESCHERIAKOFF, A.S., Ob. Cit., p. 69.

<sup>175</sup> Seguimos el planteamiento de F. MODERNE, "Les mutations des services publics en droit français"..., Ob. Cit., p. 31.

<sup>176</sup> MODERNE, F., "Les mutations des services publics en droit français"..., Loc. Cit., idem.

<sup>177</sup> CLARICH, M., "Servizi Pubblici e diritto europeo della concorrenza: L'esperienza italiana e tedesca a confronto", *Rivista Trimestrale di diritto pubblic*, fasc. 1, 2003, p. 91.

<sup>178</sup> LUCIA, L. de, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*. Editorial: Giappichelli, Torino, 2002, p. 49.

<sup>179</sup> MARTIN REBOLLO, L., Ob. Cit., p. 627. Respecto del proceso que se está desarrollando, en palabras del autor: "Se trata de una cuestión por lo demás apasionante y, en estos momentos (...) en pleno proceso de evolución, cuyas consecuencias últimas no se vislumbran aún completamente en el mundo de acelerados cambios que vivimos. Se trata, en efecto, de una cuestión de plena actualidad que conecta directamente con las transformaciones de los últimos años, con el auge de las privatizaciones, la liberalización económica, la globalización, el nuevo papel del Estado y, por lo que hace a la Europa comunitaria, la incidencia de un Derecho nuevo, el Derecho Comunitario como Derecho supranacional que superpone al de los Estados que integran la Unión y que, poco a poco se abre paso planteando nuevos interrogantes y apuntando renovadas perspectivas de evolución en el futuro inmediato" (p. 628).

<sup>180</sup> MALARET, E., Ob. Cit., p. 579. Esta es precisamente la idea con la que se inicia la última Comunicación de la Comisión sobre *Servicios de Interés General*, COM 2001/C 17/04.

<sup>181</sup> Loc. Cit., idem.

<sup>182</sup> Al respecto, *vid.* la COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, p. 2.

<sup>183</sup> Al respecto, *vid.* la COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, numeral 6, p. 3.

<sup>184</sup> Al respecto, *vid.* la COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, numeral 7, p. 3.

sociedades la garantía de acceso a servicios esenciales y la persecución de objetivos prioritarios. Los servicios de interés general están de esta forma al servicio del conjunto de la sociedad y por lo tanto, de todos los ciudadanos (...)”<sup>185</sup>.

De otro lado, el Libro Verde señala que los servicios de interés general “constituyen una realidad compleja y en constante evolución”<sup>186</sup> que “abarca un amplio espectro de actividades de diverso tipo – desde ciertas actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, servicios postales, transporte y telecomunicaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales -, de dimensiones diversas - unas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local -, y de diferente naturaleza - sometidas o no a la disciplina del mercado”<sup>187</sup>. “La forma en que se organizan estos servicios difiere en función de las tradiciones culturales, la historia y las condiciones geográficas de cada Estado miembro, así como de las características propias de la actividad en cuestión, sobre todo en su desarrollo tecnológico”<sup>188</sup>.

El Libro Blanco de los servicios de interés general, ha seguido la pauta de la definición de tales servicios, estableciendo que si bien la expresión no ha sido incluida en el TUE y que su origen deriva de la expresión “servicios de interés económico general”, debe ser entendido en un sentido más amplio que éste último, ya que “abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina del mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de Servicio Público”<sup>189</sup>.

Sobre la base de lo señalado, consideramos que son *servicios de interés general* aquellas actividades públicas o privadas que pueden abarcar servicios de mercado o no, que tienen a su cargo misiones de interés general - por lo que deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia -, y que por ello están sometidas a obligaciones de Servicio Público en atención a razones diversas que plasman valores

colectivos comúnmente asumidos: la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar<sup>190</sup>.

Lo que debe destacarse es que los servicios de interés general no pueden equipararse con aquellas actividades reglamentadas o sometidas a control o supervisión administrativa. Como sostiene MALARET, se trata de servicios que suministran prestaciones a la colectividad, “a la colectividad contemplada en su conjunto o de manera individualizada a los ciudadanos como miembros de la comunidad, y de esta prestación deriva un incremento del bienestar colectivo, generan una mayor cohesión social”<sup>191</sup>.

Esto último explicaría, en palabras de MALARET, el por qué los poderes públicos asumen unas funciones especiales en relación a estas tareas, no dejándolas al albur del mercado, sino que determinan el qué, quién y cómo y con cargo a qué fondos deben realizarse determinadas misiones de interés general<sup>192</sup>.

Respecto a la relación entre la noción de servicio de interés general y la noción de Servicio Público, MARCOU sostiene que el proceso europeo ha conducido a formar una noción comunitaria de Servicio Público bajo la denominación de servicio de interés general, y su elaboración parece asociada a la constitución de la Unión Europea como una nueva colectividad política, sin embargo, “esta noción difiere de aquella del Derecho Administrativo francés moderno, aunque también ha sido la heredera, a causa del estatuto reconocido a las libertades económicas por el Tratado; se introduce en las relaciones comerciales antes que en la interdependencia social”<sup>193</sup>.

Por su parte, MONTI considera que tanto “en el Tratado como también en la política comunitaria, es reconocida la exigencia de templar el funcionamiento de la economía de mercado para la persecución de objetivos de solidaridad y de igualdad de trato, en esa medida, los servicios

<sup>185</sup> Al respecto, *vid.* la COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, numeral 8, p. 3.

<sup>186</sup> Al respecto, *vid.* la COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, p. 6.

<sup>187</sup> Al respecto, *vid.* la COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, Loc. Cit., *ídem.*

<sup>188</sup> Al respecto, *vid.* la COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, Loc. Cit., *ídem.*

<sup>189</sup> Al respecto, *vid.*, la COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2003, p. 24.

<sup>190</sup> Sobre este tema *vid.* las definiciones propuestas por L. MARTIN REBOLLO, *Ob. Cit.*, p. 640 y J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *Ob. Cit.*, pp. 2798-2799. *Vid.* también la caracterización que hace de los servicios de interés general LUCIA, L. de, *Ob. Cit.*, p. 51

<sup>191</sup> MALARET, E., “Servicio Público, actividad económica y competencia ¿Presenta especificidades la esfera local?...”, *Loc. Cit.*, *ídem.*

<sup>192</sup> *Loc. Cit.*, *ídem.*

<sup>193</sup> MARCOU, G., *Ob. Cit.*, pp. 375-376.

de interés general responden a esta exigencia de ofrecer una contribución esencial a la cohesión económica y social de nuestra sociedad<sup>194</sup>.

Asimismo, complementando el planteamiento de MARCOU, convenimos con MONTI en que “los criterios a los cuales responde la prestación de servicios de interés general son criterios inherentes al Servicio Público: satisfacción de las necesidades comunes, protección del medio ambiente y del territorio, cohesión económica y social, protección de los consumidores<sup>195</sup>; y de que “sobre el plano funcional eso se manifiesta en el respeto de los criterios de continuidad, de libertad y de igualdad de acceso a la prestación y a la universalidad de esta última<sup>196</sup>.

### B. Los servicios de interés económico general

Previo a realizar un desarrollo más amplio del significado de los servicios de interés económico general en el que pueda destacarse su importancia<sup>197</sup>, una definición que consideramos apropiada para caracterizarlos es la que sostiene SORACE, para quien, por servicio de interés económico general “puede entenderse todos los servicios susceptibles de disfrute económico en el sentido de los servicios que pueden ser producidos y distribuidos en el mercado para así obtener un beneficio y que por tanto puede ser objeto de negocio<sup>198</sup>.

Como ha afirmado SCHIRATO, es importante resaltar que la construcción de la noción de servicios de interés económico general en el derecho comunitario deriva de un complejo desafío, ya que al regular las actividades económicas desarrolladas en cada uno de los países miembros, fue necesario encontrar una fórmula que se aplicase a todas las realidades jurídicas los países miembros, formadas a partir de institutos jurídicos distintos, razón por la cual, se creó una noción con carácter neutro y supranacional que no se confundiese ni con los *service public* la francesa, ni con el *Daseinvorsorge* del derecho alemán, ni con las *public utilities* del derecho anglosajón<sup>199</sup>.

De acuerdo con lo señalado los servicios de interés económico general constituyen un subconjunto de los servicios de interés general, y comprenden únicamente la actividad de carácter económico prestada a título oneroso y que los poderes públicos se ocupan de promover en pro del interés general.

Por otro lado, es necesario referir que la Comisión europea ha caracterizado y definido de forma general los servicios de interés económico general, en los distintos documentos que ha producido sobre esta materia. En el caso de las Comunicaciones de 1996 y 2000:

COM 96(443) final:

“Mencionados en el Tratado en el artículo 90, designan las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de Servicio Público. Este es el caso de los servicios en red de transportes, energía y comunicación”.

COM (2000) 580 final:

“14. Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo. Esto no quiere decir que en muchos casos el mercado no sea el mejor mecanismo para prestar tales servicios (...)”.

El Libro Verde de 2003, define los servicios de interés económico general de la siguiente manera:

“17. La expresión “servicios de interés económico general”, utilizada en el artículo 16° y en el apartado 2 del artículo 86° del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con

<sup>194</sup> MONTI, M., “Libéralisation des services publics et croissance économique dans l’Union européenne”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, N° 2, 2000, p. 249.

<sup>195</sup> MONTI, M., Loc. Cit., idem.

<sup>196</sup> MONTI, M., Loc. Cit., idem.

<sup>197</sup> Conforme lo refiere E. MOAVERO MILANESI, Ob. Cit., p. 122; “El Consejo europeo ha subrayado recientemente la importancia de esta noción con respecto del equilibrio entre las diferentes disposiciones del sistema reglamentario comunitario. El punto 19 de las conclusiones de la Cumbre de Lisboa (de 23 y el 24 de marzo de 2000), declara que “el Consejo europeo estima que es esencial, en el marco del mercado interior y una economía del conocimiento, de tener en cuenta plenamente las disposiciones del Tratado relativo a los servicios de interés económico general y a las empresas encargadas de la gestión de estos servicios. Invita la Comisión a poner puesto al día su comunicación de 1996, obligada cuenta de las disposiciones del Tratado”.

<sup>198</sup> SORACE, D. *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*. Editorial: Il Mulino, Milano, Segunda edición, 2002, p. 114.

<sup>199</sup> SCHIRATO RHEIN, Vitor. Ob. Cit., pp. 164-165.

este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de Servicio Público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades sometidas también a obligaciones de Servicio Público”.

“49. Probablemente no sea ni posible ni conveniente acuñar una definición europea única y global del contenido de los servicios de interés general. La legislación comunitaria vigente en materia de servicios de interés económico general contiene sin embargo una serie de elementos comunes que podrían servir de base para la definición de un concepto comunitario de estos servicios. Entre estos elementos destacan los siguientes: servicio universal, continuidad, calidad de servicio, asequibilidad, y protección de los usuarios y los consumidores. Todos ellos remiten a valores y objetivos comunitarios. Han sido incorporados como obligaciones en las legislaciones respectivas y tienen como objeto garantizar objetivos tales como la eficacia económica, la cohesión social o territorial y la protección y la seguridad de todos los ciudadanos. Pueden ser completados asimismo por obligaciones más específicas en función de las características del sector de que se trate. Aunque han sido desarrollados para ciertas industrias de redes, podrían resultar asimismo pertinentes para los servicios sociales”.

Finalmente Libro Blanco de 2004, define los servicios de interés económico general de la siguiente manera<sup>200</sup>:

“La expresión “servicios de interés económico general” utilizada en el artículo 16º y en el apartado 2 del artículo 86º del Tratado no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria se suele designar con

éste término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de Servicio Público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran en este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones (...)”.

### C. El servicio universal

De forma general puede señalarse que el servicio de interés económico general “contiene” a su vez al servicio *universal*, que consiste en un conjunto mínimo de servicios de buena calidad, que debe ser prestado en cualquier Estado miembro a un precio accesible a todos los usuarios, independientemente de la localización geográfica.

La noción de servicio universal tiene un origen reciente y las razones de ello pueden encontrarse principalmente en la lenta realización del proceso de liberalización y en la falta de certeza en que se encontraba la política comunitaria cuando se trato de afirmar un régimen jurídico que garantice los principios de igualdad y de solidaridad en los cuales declara inspirarse la Comunidad<sup>201</sup>.

Ahora bien, si queremos explicar este origen y el contenido del servicio universal<sup>202</sup> podemos partir de que al haber sido individualizadas como interés público la satisfacción de algunas necesidades de todos los ciudadanos o de una determinada categoría, puede suceder que la misma no esté asegurada por la existente actividad económica privada libremente ejercida<sup>203</sup>.

De producirse esta situación puede ser impuesta a la empresa que ejerce tal medidas regulatorias específicas dirigidas a asegurar la deseada satisfacción del interés público, o, de otro lado, “cuando la calidad de las prestaciones vienen específicamente reguladas; así como, las correspondientes demandas de los usuarios (que deben ser de una magnitud tal que sean soportables por los consumidores), se configurará aquello que – con terminología proveniente de los

<sup>200</sup> Al respecto, *vid.*, la COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2003, p. 24.

<sup>201</sup> CARTEI, G. F., *Il servizio universale*. Editorial: Giuffrè, Milano, 2002, p. 142. Al respecto, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, Ob. cit., p. 1138; señala que el servicio universal es “una noción empleada en el marco de los procesos de liberalización, como complemento de los mismos, para garantizar la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores”.

<sup>202</sup> Para lo cual nos valemos de la explicación que hace D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Ob. Cit., pp. 117-118.

<sup>203</sup> Hipótesis esta última a la que los economistas describen señalando que el mercado se muestra incapaz de satisfacer las necesidades sociales y hablan por lo tanto de fallos de mercado.

Estados Unidos de América, hecha propia por el Derecho comunitario – viene a definir, para algunos sectores, el contenido del servicio universal<sup>204</sup>.

Esto quiere decir, que si se produce la *despublificación* de una determinada actividad no puede dar lugar a que los colectivos de la población más débiles, o menos rentables para quienes son los operadores, dejen de recibir aquellas prestaciones que en un momento determinado son consideradas ineludibles para desarrollar una vida humana en condiciones adecuadas; siendo esto así, la universalidad en la prestación vendrá a ser esa exigencia que puede imponerse a los operadores de las actividades liberalizadas, como un medio para garantizar su extensión a la generalidad, en condiciones asequibles<sup>205</sup>.

En el ordenamiento comunitario, observaremos que a nivel de los Tratados falta el reconocimiento de la universalidad. Ni se le alude en el Tratado Constitutivo de 1957, ni en la antes referida Acta Única Europea de 1986, ni tampoco en el propio tratado sobre la Unión Europea de 1992. También, se omite en el Tratado de Ámsterdam de 1997, que, como lo señalamos anteriormente, reconoce el rol de los servicios de interés económico general en la promoción de la cohesión social y territorial.

La elaboración de la noción, por lo tanto, ha sido desarrollada en el ámbito de interpretación de la norma del artículo 86º del TUE y “solo sucesivamente, cuando el respeto de los principios de libre circulación y de competencia, obtuvieron reconocimiento, ha comenzado a delinearse la necesidad de recurrir a una noción que salvaguardase la tutela de los intereses no económicos<sup>206</sup>”.

Ahora bien, es con la citada Comunicación de la Comisión de 1996 (sobre los Servicios de interés general en Europa) que se define el servicio universal, como:

*“Un conjunto de exigencias de interés general a las que debería someterse en toda la Comunidad las actividades de telecomunicaciones o de*

*correos por ejemplo. Las obligaciones que derivan de este servicio tienen por objeto garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible”<sup>207</sup>.*

Por su parte, la Comunicación del año 2000, cuando hace una caracterización de lo que es la misión de los servicios de interés general, alude al servicio universal de la siguiente manera:

*“10. Las necesidades de los usuarios deberían definirse ampliamente. Es evidente que las de los consumidores desempeña un papel importante. Para los consumidores, una garantía de acceso universal, gran calidad y asequibilidad constituye la base de sus necesidades. Las empresas, y en especial las pequeñas y medianas, son también usuarios importantes de los servicios de interés general, cuyas necesidades deben cubrirse. Los intereses de los ciudadanos tienen también un carácter más amplio, tal como:*

- alto nivel de protección del medio ambiente;
- necesidades específicas de ciertas categorías de la población, tal como las personas discapacitadas y los ciudadanos con ingresos reducidos;
- cobertura territorial completa de servicios esenciales en áreas alejadas o inaccesibles”<sup>208</sup>.

En otra sección de la Comunicación del 2000, establece los objetivos del servicio universal:

*“39. El servicio universal, en especial la definición de obligaciones específicas de servicio universal es un complemento clave de la liberalización del mercado del sector de servicios tales como las telecomunicaciones en la Unión Europea. La definición y garantía del servicio universal vela por que la accesibilidad y calidad continúa de servicios establecidos se mantenga para todos los usuarios y consumidores durante el proceso de transición de la prestación en régimen de monopolio a unos mercados abiertamente competitivos. El servicio universal en un entorno de mercados*

<sup>204</sup> SORACE, D. *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Loc. Cit., ídem.

<sup>205</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., pp. 1420-1421. Vid. en esta misma línea lo sostenido por A. TRONCOSO REIGADA, “Dogmática administrativa y Derecho constitucional: El caso del Servicio Público”..., Ob. Cit., p. 125; J. M. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración...*, Ob. Cit., p. 300. Es interesante incluir también la consideración que formula respecto del Servicio Público en el ámbito comunitario L. DE LUCIA, Ob. Cit., p. 56, en el sentido que: “hay que observar que el planteamiento comunitario representa en forma concreta la única técnica idónea para conjugar la organización en forma competencial de los mercados de los servicios de interés general (y por eso su mayor eficiencia económica) con las exigencias sociales de las colectividades nacionales”.

<sup>206</sup> CARTEI, G. F., Ob. Cit., p. 143.

<sup>207</sup> Al respecto, vid. la COM (96)443 final, de 11 de septiembre de 1996, p. 2.

<sup>208</sup> Al respecto, vid. la COM (2000)580 final, de 20 de septiembre de 2000, p. 7.

de telecomunicaciones abiertos y competitivos se define como el grupo mínimo de servicios de determinada calidad a la cual todos los usuarios y consumidores tienen acceso a un precio asequible, habida cuenta de las condiciones nacionales específicas. Estas disposiciones constituyen el punto de partida para introducir mejoras, a través de la competencia, en la calidad y el precio de servicio<sup>209</sup>.

Finalmente, el Libro Verde sobre los servicios de interés general, realiza una caracterización más completa del servicio universal:

*“50. El concepto de servicio universal designa un conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad específica, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible (...).*

51. El concepto de servicio universal tiene carácter dinámico, lo que permite garantizar que los requisitos de interés general tienen en cuenta la evolución política, social, económica y tecnológica y, en su caso, se adaptan regularmente a las necesidades cambiantes de los ciudadanos.

52. Se trata además de un concepto flexible, plenamente compatible con el principio de subsidiariedad. Cuando los principios fundamentales de servicios universal se definen a escala comunitaria, su aplicación puede encomendarse a los Estados miembros, lo que permite tener en cuenta tradiciones diferentes y circunstancias nacionales o regionales específicas (...)<sup>210</sup>.

La aproximación de los documentos de la Comisión citados contribuye a una caracterización general

del servicio universal, pero donde ha habido un mayor desarrollo de la noción de servicio universal, es en el sector de las telecomunicaciones<sup>211</sup> - en cuyo estudio profundizaremos más adelante - y también en el sector postal.

A modo de síntesis<sup>212</sup> de los documentos de la Comisión, de lo que se trata con este concepto comunitario, es de asegurar los servicios para todos los usuarios en función de las condiciones nacionales específicas, garantizando la prestación de servicios que se consideran de interés público y que pueden no ser de interés económico para el operador. Estamos hablando de servicios que los ciudadanos deben de usar a precios razonables y con una calidad garantizada como un derecho, aunque no en todas partes sean servicios rentables; dichos servicios son considerados básicos y en cada momento han de poder cambiarse y eventualmente ampliarse.

Estos servicios, tienen como fundamento a los principios de igualdad, universalidad, transparencia, control, adaptación tecnológica, lo que, eventualmente, puede conllevar a que el servicio deba ser cofinanciado por todos los operadores del sector<sup>213</sup>.

Algunas de las cuestiones esenciales de lo hasta aquí visto del servicio universal<sup>214</sup> pueden agruparse en cuatro rubros: el primero, tiene que ver con el contenido mismo del servicio universal, y su carácter potencialmente evolutivo; el segundo, que interesa es la concerniente al control efectivo de las autoridades (nacionales y comunitarias) a cargo de determinar el contenido del servicio universal y de las obligaciones que están vinculadas; el tercero, tiene que ver con las condiciones de acceso desde el punto de vista del operador; finalmente, el cuarto rubro es el no menos importante cuestión del financiamiento del servicio universal.

De otro lado, debe precisarse que las obligaciones de servicio universal definidas en el Derecho

<sup>209</sup> Al respecto, *vid.* la COM (2000)580 final, de 20 de septiembre de 2000, p. 17.

<sup>210</sup> Al respecto, *vid.* la COM (2003)270 final, de 21 de mayo de 2003, pp. 17 - 18.

<sup>211</sup> Así, coincidimos con M. CLARICH. *“Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi”*, *Diritto Pubblico*. 1988, p. 183; cuando sostiene que: “La definición quizás más nítida de servicio universal, retomada en varias directivas, recomendaciones y otros documentos de estudio elaborados en sede comunitaria, es contenida, por último, en la Directiva 97/33/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 30 de junio de 1997 “sobre la interconexión en el sector de las telecomunicaciones y finalizada principios de suministro de una red abierta, (ONP) “. Esta norma define como servicio universal “un conjunto mínimo definido de servicios de determinada calidad disponible a todos los usuarios a prescindir de su ubicación geográfica y, obligada cuenta de las condiciones nacionales específicas, a un precio accesible”, (artículo 2.1, g)”.

<sup>212</sup> Al respecto, seguimos las consideraciones L. MARTÍN REBOLLO, “Sociedad, economía y estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo Servicio Público)”, ..., *Ob. cit.*, p. 641.

<sup>213</sup> *Vid.* en la misma línea lo sostenido por M. CLARICH, “Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi” ..., *Ob. Cit.*, p. 184.

<sup>214</sup> En este punto seguimos las consideraciones de Y. POULLET y F. van der MENSBRUGGHE, “Service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications”, en L. GRARD, J. VANDAMME, F. van der MENSBRUGGHE, *Vers un service public européen*, Ed. Aspe, París 1996, pp. 347-348.

Comunitario representan una suerte de mínimo común denominador, respecto del cual, cualquier Estado miembro es libre de añadir ulteriores elementos que sean coherentes con la específica concesión de los servicios de interés general, siempre con la condición de que los instrumentos utilizados estén de acuerdo con el derecho comunitario<sup>215</sup>.

Si bien la caracterización del servicio universal como un servicio mínimo está, ciertamente ligada a su consideración como servicio no rentable para los operadores privados, el criterio del carácter rentable o no del servicio universal no es ningún criterio jurídico para determinar su extensión. Así, consideramos que el servicio universal solo puede referirse a un determinado estándar o nivel de prestación que, con independencia de su rentabilidad, consideren los poderes públicos, que por su carácter esencial o por su interés general, debe ser garantizado a todos los ciudadanos<sup>216</sup>.

Dentro de esta línea, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ sostiene que el servicio universal “es aquel tipo de servicio en el que debe garantizarse - precisamente por su esencialidad - que llegue a todos o que todos puedan usarlo, y obviamente con una calidad y a un precio que permita precisamente a todos ese uso efectivo y bajo básicas condiciones de igualdad”<sup>217</sup>.

Respecto a su naturaleza, al expresar el servicio universal el derecho de cualquier ciudadano a una prestación positiva, según cierta modalidad y determinado contenido, y asumir la forma de instrumento de carácter público puesto a la tutela de los valores de la colectividad, aparece haciendo referencia a la categoría de derecho social<sup>218</sup>.

En lo que respecta a la relación que puede establecerse entre la noción de Servicio Público y la de servicio universal, como premisa puede

señalarse que la afinidad entre la tradicional disciplina del Servicio Público y el régimen del servicio universal no nos lleva a concluir que este último puede ser útil integralmente a la categoría tradicional; pero lo que sí es posible sostener es que, en determinados aspectos, la noción de servicio universal refuerza y concreta la noción de Servicio Público<sup>219</sup>.

Al respecto, RANGONE sostiene que la universalidad de la prestación puede ser definida como un objetivo social impuesto en el ámbito del traslado del régimen especial del Servicio Público a la disciplina del Derecho Común, lo quiere decir, en palabras de la citada autora, que “el servicio universal se distingue del Servicio Público en primer lugar por el diferente contexto en que encuentra origen (el servicio universal puede tolerar, pero no coincide con una gestión reservada); en segundo lugar, por el contenido: no solo el servicio tiene que ser informado por los principios de continuidad, igualdad de trato y adaptación a las necesidades típicas del Servicio Público, sino que también tiene que ser ofrecido a tarifas accesibles, aunque en condiciones no rentables”<sup>220</sup>. En tercer lugar, “la obligación de prestación, típica del Servicio Público, se enriquece de una obligación de predisposición, vale decir de un vínculo a la regulación y donde sea necesario, a la institución geográfica y a las franjas horario, a un precio accesible a los ciudadanos”<sup>221</sup>.

A pesar de las diferencias, sin duda alguna es compartible la tesis según la cual la noción de servicio universal no tendría una dimensión conceptual y prescriptiva autónoma ya que constituye, en cambio, un afinamiento de la noción de Servicio Público, desde el momento en que estará orientada a focalizar la atención del regulador sobre algunos elementos ya reunidos, aunque no siempre adecuadamente explicitados en el concepto tradicional del Servicio Público<sup>222</sup>. Es decir, la noción

<sup>215</sup> CLARICH, M., “Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi”..., Loc. Cit., ídem. En este sentido, J. L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, “Servicio Público e intervención pública...”, Ob. Cit., p. 608; considera que no hay un motivo fundado para que se reduzca el alcance del servicio universal a un nivel de mínimos, o si se quiere, a un servicio mínimo, “pues ello no tendría en cuenta, precisamente, su necesaria adaptación al progreso de las tecnologías y lo reduciría, como se denunciaba en el citado *Rapport* del Consejo de Estado francés, a una simple estrategia de tipo asistencial”.

<sup>216</sup> Seguimos el planteamiento de J. L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, “Servicio Público e intervención pública...”, Loc. cit., ídem. En la misma línea, *vid.* lo sostenido por G. ARIÑO, *Principios de Derecho Público Económico...*, Ob. Cit., p. 624.

<sup>217</sup> MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L., “Servicio Público, servicio universal y “obligación de Servicio Público” en la perspectiva del Derecho Comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos”..., Ob. Cit., pp. 46-47.

<sup>218</sup> CARTEL, G. F., Ob. cit., p. 252.

<sup>219</sup> Hemos hecho una variante a la tesis que sostiene E. MALARET, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos...”, Ob. cit., p. 84; ya que consideramos que si bien el servicio universal es una vía de concreción de los principios que fundamentan la noción de Servicio Público, la misma, dentro del contexto comunitario ha tenido que adaptarse a nuevos principios y a la aplicación de las normas de competencia en un entorno económico.

<sup>220</sup> RANGONE, N., *I servizi pubblici...*, Ob. Cit., pp. 21-22.

<sup>221</sup> Loc. Cit., ídem.

<sup>222</sup> Este es un planteamiento compartido por M. CLARICH, “Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi”..., Ob. Cit., p. 195; G. F. CARTEL, Ob. Cit., p. 277 y N. RANGONE, *I servizi pubblici...*, Ob. Cit., p. 322.

de servicio universal obliga al regulador a explicitar una serie de cuestiones a las cuales no se dedicaba en el pasado atención suficiente<sup>223</sup>.

#### D. Las obligaciones de Servicio Público

Si bien es cierto determinadas actividades no se han calificado como Servicios Públicos, la noción se ha extendido hacia algunas tareas, misiones, u obligaciones, acuñándose de esta forma la noción de obligaciones de Servicio Público, íntimamente vinculada con la del servicio universal ya que comparte su naturaleza ablatoria<sup>224</sup>.

Esto ha hecho que en el ámbito comunitario tenga que diferenciarse el carácter que tienen determinadas prestaciones, precisándose “cuáles son las obligaciones o cargas de Servicio Público, esto es de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, cuyo cumplimiento vienen incorporados los operadores que actúen en él”<sup>225</sup>.

Según MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, estas obligaciones se denominan “de Servicio Público”, porque la mayoría de ellas se destinan directa o indirectamente a satisfacer necesidades públicas o colectivas de grupos que carecen de la capacidad o de la posibilidad de retribuir con sus propios medios las prestaciones de que se trate<sup>226</sup>.

Es claro que la forma en que han sido denominadas estas obligaciones no supone que tengan que establecerse en el marco del Servicio Público estricto sensu; sin embargo; a nuestro parecer, su existencia tiene su fundamento en los elementos que componen dicha noción. En contra, FERNANDEZ, considera que este tipo de obligaciones a las que denomina como “obligaciones especiales” y que, como sabemos, les son impuestas a los operadores de los servicios de interés económico general, “tienen el mérito de demostrar que el Servicio Público propiamente dicho no es la única respuesta para satisfacer las necesidades individuales y colectivas de nuestra sociedad”<sup>227</sup>.

Si bien no convenimos con este último planteamiento, ya que las ideas matrices de la noción del Servicio Público subyacen de forma independiente al proceso de transformaciones operados en la Unión Europea y de las nuevas formas que se han establecido, precisamente por esta razón es que estamos de acuerdo con la citada autora en que la principal aportación de esta figura en el ámbito de comunitario es que se impide que los procesos de liberalización de Servicios Públicos estén asociados con el abandono de ciertos cometidos sociales irrenunciables, o a lo que puede ser una simple desregulación que implique la aparición de prácticas comerciales destinadas a excluir todo tipo de concurrencia<sup>228</sup>.

<sup>223</sup> M. CLARICH, “Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi”..., Ob. Cit., p. 198. Lo dicho es concordante con lo señalado por E. MALARET, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos...”, Loc. Cit., ídem; respecto del servicio universal: “En efecto, se trata de una actividad esencial sometida a un régimen jurídico particular que puede caracterizarse de acuerdo con los principios de universalidad, igualdad, continuidad y calidad. Como puede apreciarse la calidad se incorpora al tríptico clásico. Es precisamente éste el reto actual puesto que la pluralidad de situaciones culturales y sociales presentes en nuestras sociedades introduce, precisamente vinculada a la exigencia de calidad, una demanda de diversidad en las prestaciones que, en mi opinión, constituye el desafío más severo al Estado social que conocemos; heterogeneidad en las prestaciones e introducción de condiciones económicas distintas obligarán a replantearse el alcance del principio de igualdad constitucional y a profundizar sobre el significado de la equidad (artículos 9º numeral 3 y 14º CE)”. En el mismo sentido L. MIGUEZ MACHO, Ob. Cit., p. 101; señala que “un adecuado desarrollo de la categoría de servicio universal podría poner fin a la ya mencionada indiferencia del Derecho comunitario frente a las exigencias sociales de garantía prestacional a las que atiende la técnica del Servicio Público en nuestro ambiente jurídico”.

<sup>224</sup> La naturaleza ablatoria está referida a que ya que este tipo de obligaciones no pueden establecerse o imponerse sin una justa contraprestación económica. Sobre este tema, vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tercera Edición. Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid, 2002, p. 279 y ss.; y, M. Y. FERNANDEZ GARCIA, “Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red”. En: *Revista de Administración Pública* Nº 163, Enero – abril, 2004, p. 133.

<sup>225</sup> ARIÑO, Gaspar. Ob. Cit., p. 625. Con respecto a la exigencia de diferenciación de prestaciones: en el transporte, será la cobertura de determinadas líneas regulares (pero no cualquier transporte); en el correo, el servicio básico postal de cartas y certificados con carácter universal (pero no el servicio de paquetería o transporte urgente); en las telecomunicaciones, el servicio básico telefónico con carácter universal (pero no los servicios de valor añadido, la telefonía móvil o las redes locales de cable); en la electricidad, el transporte de alta tensión por red general peninsular y la distribución universal a todo pequeño consumidor final (pero no la generación eléctrica, ni la venta al por mayor ni el suministro a grandes consumidores), etc. (...).”

<sup>226</sup> MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L., “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (A propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)”..., Ob. Cit., p. 2812.

<sup>227</sup> FERNANDEZ GARCIA, M. Y., “Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red”..., Ob. Cit., p. 131. Sobre este aspecto, vid. J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, “La regulación económica en España”..., Ob. Cit. p. 294; y J. C. LAGUNA DE PAZ, “Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo* Nº 88, Octubre-diciembre 1995, p. 506.

<sup>228</sup> FERNANDEZ GARCIA, M. Y., Loc. Cit., ídem.