

Crisis ¿y renovación? del servicio público

Julio V. González García
Universidad Complutense (Madrid)

Si existe un concepto que por la propia evolución de la sociedad con temporalidad ha adquirido caracteres casi míticos, éste podría ser el de servicio público.

Carácter mítico que se ha traducido en que ha sido tanto víctima de los ataques más furibundos por aquellos que postulan una desaparición del Estado en las relaciones económicas (encomendando las funciones que aquél desempeñaba al libre juego del *dios* mercado) como el objeto de defensa por parte de los que, desde otras posiciones ideológicas, creemos que la sociedad postindustrial obliga a una fuerte intervención estatal como vía para luchar frente a las múltiples desigualdades que, hoy igual que ayer, existen entre los diversos agentes sociales.

Los orígenes

Ciertamente, en su origen el concepto de servicio público hacía referencia a una idea muy diferente a la que hoy manejamos **(1)**. Concretamente, en el *arrêt Blanco*, del Consejo de Estado francés, de 1873 **(2)** donde surgió por vez primera, servía como un instrumento para la atribución de asuntos al juez administrativo. Más adelante, en los primeros decenios del siglo, bajo el impulso de la denominada Escuela de Burdeos, encabezada por Duguit y Jéze se apuntalaron los elementos que permiten casi una identificación entre servicio público y prestación pública. Según el primero de ellos, servicio público es *toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de dicha actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente si no es por la intervención de la fuerza gubernamental* **(3)**. Por su parte, Jéze avanzó en esta idea definiendo el servicio público como aquella actividad en la que los *agentes públicos, para satisfacer- de manera regular y continua determinada categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar la organización del servicio público sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico* **(4)**.

Solidaridad social

En definitiva, cuando se alude a la idea de servicio público se está aludiendo a una idea cuya carga ideológica no se puede desconocer: la solidaridad social. En este sentido, conviene hacer mención a una realidad que no se puede desconocer cuando se alude al servicio público y, en general, a toda la actividad prestacional de los poderes públicos. Como notara Forsthoff **(5)** la evolución de la sociedad postindustrial se ha traducido en una modificación en las necesidades del individuo y, paralelamente, en los medios para su satisfacción. Frente a la idea tradicional de espacio *vital dominado*, propio de sociedades

menos desarrolladas y en las que el individuo en su ámbito propio disponía de todos los elementos para la vida; el desarrollo industrial, las modificaciones en las circunstancias normales de los ciudadanos se ha traducido en un nuevo tipo de relación con el medio: es el denominado *espacio vital efectivo*.

La diferencia fundamental que se produce es que los elementos básicos para el desarrollo individual no se producen dentro del ámbito que cada uno domina, sino que, por el contrario, está compuesto de elementos que sólo se pueden obtener mediante una actividad prestacional por parte de los poderes públicos. Esta *Leistende Verwaltung*, Administración prestacional, debe, por consiguiente, prestar todo aquello que el individuo precisa para su tener un mínimo desarrollo individual; teniendo muy presente que las modificaciones en las condiciones de desarrollo social se traducen en que la Administración debe realizar un replanteamiento de los servicios imprescindibles, ya que a cada momento histórico las necesidades vitales son diferentes. Se trata, en definitiva, de hacer frente a la *Daseinvorsorge*, a la procura asistencial (6).

La quiebra del concepto de servicio público

Todo ello se va a traducir en un incremento de las declaraciones de servicio público para hacer frente a las necesidades colectivas. Ahora bien, los beneficios que se producían mediante la declaración de servicio público de una actividad ha conducido a la aparición de una serie de inconvenientes y dificultades en la aplicación de dicho concepto. En efecto, este concepto amplio de servicio público tiene una rápida extensión pero sufre su quiebra por dos vías: la primera de ellas, como nota **García de Enterría (7)**, surge en el proceso de municipalización de los servicios públicos, por cuanto que la admisión de actividad municipal en régimen de derecho privado rompe el principio del régimen jurídico exorbitante. Pero la brecha fundamental surgirá, como señala también **García de Enterría**, desde el momento en que se constata que no todos los servicios públicos son gestionados directamente por la Administración ni toda actividad de interés público que ésta preste se considera servicio público. El resultado final de todo este fenómeno consistirá en que, como ha señalado **Nieto**, *aunque el Estado es el gran prestador de servicios públicos, la economía se monta sobre ellos y de ellos viven los ciudadanos, paradójicamente, nadie sabe con certeza -y el legislador menos de nadie- lo que es un servicio público (8)*.

Neoliberales al acecho

A partir de esta constatación, verdadera, fácil era dirigir una crítica interesada al concepto de servicio público y a la idea que con él se representaba. E incluso, éstos mismos críticos liberales del servicio público hacían el reproche de que los servicios públicos no servían adecuadamente a los fines que tenían encomendados. En esta erosión del servicio público no puede obviarse la impronta de la Unión Europea, que sólo cita una vez el servicio público y que obliga a aplicar una política económica que favorezca, la realización de *una economía de mercado abierta y de libre competencia*, con todas las obligaciones que ello lleva consigo, en particular la obligación de reducción del déficit público. Ahora bien, dentro de este panorama sombrío del concepto de servicio público, de la idea de prestación pública, no dejan de aparecer unas luces, unas de mayor intensidad que otras pero que, con una dirección económica apropiada, podrían conducir a salir de la crisis en la que se haya sumido.

Carta de los Servicios Públicos

Un primer, aunque reducido, apoyo al servicio público se podría encontrar en la propia Unión Europea, y, en particular, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha proporcionado excepciones a la idea de la libre competencia en aras de la defensa de

servicios de interés general. De igual modo, en el marco de la Unión se ha elaborado un Proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos o Servicios de Interés Económico General, en cuyo preámbulo se reconoce que *el mercado es generalmente indiferente a los objetivos de solidaridad, cohesión o equidad que, sin embargo, algunas compensaciones tarifarias pueden contribuir a conseguir. La marginación o exclusión de algunas teorías sociales de determinados servicios básicos, esenciales en la vida diaria (educación, sanidad, transporte, vivienda, agua, electricidad...), puede generar dificultades sociales. Unos servicios públicos suficientes y a unos precios razonables contribuirán a facilitar la inserción de los ciudadanos desfavorecidos (9)*. En esta dirección, merecen destacarse las Cartas de los Servicios Públicos que se han ido aprobando en ciertos países: Reino Unido, Francia e Italia. No es que constituyan un modelo ideal pero sí suponen un pequeño avance en la defensa del servicio público.

La Constitución

No obstante, el desarrollo de la idea de servicio público tiene unos cimientos más sólidos en el propio texto constitucional. En este sentido, conviene recordar ya, de entrada, que, como dispone el art. 1.1 de la Constitución (CE), *España se constituye en un Estado social*. Afirmación que no es baladí sino que, por el contrario, tiene una indudable impronta en toda la norma fundamental y se transforma en principio informador de la actividad de los poderes públicos que deberán *promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social* (art. 9.2 CE).

Este principio, concretado a lo largo del texto constitucional sobre todo mediante los derechos sociales y económicos *conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos -especialmente los de contenido patrimonial como el de propiedad- y al cumplimiento de determinados deberes -como los tributarios*"(STC 18/84, de 7 de febrero). Ha de tenerse en cuenta que, como ha recordado la propia jurisprudencia constitucional, el reconocimiento del Estado social, los principios del art. 9.2 CE antes vistos y la concreción de uno y otros a lo largo del articulado de la norma fundamental no son meros elementos decorativos sino que, por el contrario, constituyen deberes jurídicos efectivos. Y para su satisfacción no basta con que se establezcan normas que vayan en dicha dirección sino que es preciso una acción finalista de los poderes públicos que permitan la consecución de dichos objetivos. El problema es, el de su efectividad, en la medida en que estas normas son absolutamente incompletas para producir efectos jurídicos y precisan un actuar por parte de los poderes públicos. A todo ello se añade el dato, de que el propio desarrollo del Estado social admite pluralidad de interpretaciones, que van desde la socializante de **Ipsen** a la liberal de **Dahrendorf (10)**.

Aunque esta primera aproximación pueda parecer escéptica frente a la operatividad constitucional en relación con el servicio público, hay que notar que en preceptos concretos se podría avanzar bastante. Así, el art. 27.4 CE afirma que *la enseñanza básica es obligatoria y gratuita*, y el art. 27.5 CE obliga a que los poderes públicos garanticen *el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza*; en el art. 41 CE se recoge el mantenimiento de un *régimen público de Seguridad social para todos*

los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, en el art. 43 CE se dispone que *compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*; en el art. 50 CE se obliga a los poderes públicos a garantizar, *mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad*, así como a *pro mover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*; en el art. 128 CE se reconoce la intervención económica en la actividad económica y la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. Asimismo, según el art. 131 CE el Estado podrá *planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas*. En el mismo sentido, el art. 158 CE reconoce la posibilidad de que se establezca en la Ley de presupuestos Generales del Estado una partida para asignarlo a las Comunidades Autónomas en función del volumen de servicios y actividades asumidos con el fin de garantizar un nivel mínimo en todo el territorio nacional.

Ceder la gestión a la empresa privada

Esto es, constitucionalmente, se ha previsto un grado aceptable de servicios públicos, alguno de los cuales tiene el grado de derecho fundamental y que, dispone incluso, de la cobertura del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El caso de la educación probablemente sea el que mejor ilustra lo que se puede producir ante una política pública de cesión al sector privado de todo el sistema educativo o de una parte considerable. ¿Se garantizaría el derecho de todos a la educación -esto es de la básica a la superior- si sólo existiesen instituciones privadas, con el coste medio que todas ellas tienen? No sólo en el plano cuantitativo sino que la duda aparece desde el punto de vista cualitativo ¿garantizaría una enseñanza mayoritariamente privada *el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*? Como se puede apreciar, aparecen elementos defensores de los servicios públicos pero siempre rodeados de un cierto misterio en cuanto a su aplicabilidad real, idea que se refuerza cuando observamos la legislación en la que aparece esta idea.

Las administraciones locales

Efectivamente, en la legislación no dejan de aparecer elementos que contribuyen a afirmar la permanencia del servicio público. El caso paradigmático, en la medida en que supone la única definición legal es el recogido en el art. 85.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, que señala que *son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales*. Tras esta aparente sencillez se oculta un problema ¿cuáles son estos fines? ¿las competencias del art. 5? ¿aquellos reconocidos como mínimos que aparecen en el art. 26? ¿Serán, por el contrario los esenciales del, art. 86.3? De la interpretación conjunta de dichos preceptos se desprenden tres conclusiones: por un lado, toda actividad que tienda a la consecución de los fines del municipio puede ser declarada como servicio público. En segundo lugar, los municipios deberán prestar los servicios mínimos que recoge el art. 26. Y, por último, se declaran reservados a los entes locales los servicios esenciales, tales como el abastecimiento y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, el suministro de gas y calefacción, los mataderos, mercados y lonjas centrales, el transporte público de viajeros y los servicios mortuorios **(11)**.

La Universidad

Ahora bien, es la propia legislación la que rodea de un halo de misterio todo aquello que se relaciona con el servicio público. Tomemos un ejemplo cercano a esta revista, el de la enseñanza universitaria, aunque se podrían citar algunos otros muchos. La Ley de Reforma Universitaria dispone, en su art. 1 que el *servicio público de la educación superior corresponde a la Universidad*, sin especificar si es pública o privada, teniendo que ser creada mediante una ley. En principio, como el establecimiento de una Universidad está amparado por el art. 27.6 CE, resulta incompatible con la concesión, cuya nota esencial es que el derecho no preexiste sino que se concede? En el fondo, exista o no concesión ¿no quedan sujetas a un régimen jurídico precisamente para garantizar el cumplimiento del servicio público que en todo caso prestan?

Estado social y pervivencia de lo público

Como se ha podido apreciar a lo largo de estas páginas se puede afirmar sin ningún género de dudas que en el ordenamiento jurídico español hay elementos para reforzar la idea de servicio público, aunque el concepto siga rodeado de un halo de misterio ya que ni legislador ni doctrina ni jurisprudencia representan una única idea cuando califican una actividad de tal manera. Ciertamente, como ha señalado **Chinchilla** el concepto de servicio público puede ser replanteado por constituir un régimen jurídico, concretamente el de las actividades de carácter prestacional de la Administración. Junto a esta publicatio de la actividad la Administración adquiere una responsabilidad en la efectiva prestación del servicio **(12)**. Y estos elementos se deben reforzar con el reconocimiento de un Estado social y la preferencia que, en principio, impone para la pervivencia de lo público. Esto es, se traduciría en una pervivencia de la idea de servicio público.

Que estos elementos existan es indudable y, si se quiere, el servicio público puede tener una gran virtualidad. Ahora bien, el problema radica en que estos caracteres jurídicos han de ser pasados ante el tamiz de la estructura económica que se está imponiendo en la actualidad, lo que complica extraordinariamente las cosas. Y, es que, después de muchos años de políticas neoliberales en España y en el resto de la Unión Europea nos encontramos con fenómenos que ponen en duda toda la exposición anterior sobre las necesidades del servicio público en el marco de un Estado social. En particular, merece la pena fijarse en dos.

Convergencia europea

Por un lado, el servicio público no es sólo un régimen jurídico sino que precisa una base económica con la que pueda prestarse adecuadamente. La aplicación de los criterios de convergencia económica en el marco de la Unión Europea -en particular el de la reducción del déficit público- como exteriorización de un fenómeno generalizado de disminución del peso del Estado en las relaciones económicas se traduce en la reducción de las partidas presupuestarias que atienden precisamente a la satisfacción de esas necesidades colectivas y en que constituyan una de las primeras víctimas de toda reducción de gasto público. En este sentido, también han de ser citados las valoraciones económicas de costes-beneficios que se realizan para ponderar el mantenimiento y el establecimiento de servicios públicos.

Desregulación

En segundo término, si el servicio público es, ante todo, el sometimiento a un régimen jurídico especial, en los últimos años nos hemos encontrado con la puesta en marcha de

políticas desreguladoras. La desregulación, esto es, que sean **las libres reglas del mercado** las que fijen las normas, es una decisión de carácter ideológico cuya base en encuentra en una opción de teoría microeconómica consistente en que la participación pública existe sólo en el momento inicial, para crear el mercado, no siendo necesario con posterioridad para sostenerlo y regularlo. Según este planteamiento, la ley de la oferta y la demanda servirá para determinar precios y calidades de los productos, y los condicionantes públicos sólo sirven de freno a la expansión de la producción y el comercio, impidiendo, en definitiva, el desarrollo social y económico. No hace falta ni citar qué intereses se protegen y cuales quedan absolutamente desamparados.

No nos resignamos

Esta conclusión que plantea multitud de interrogantes sobre la pervivencia futura del concepto (y lo que es más grave, de la idea) de servicio público no supone, en modo alguno, una resignación ante su pérdida. Es, simplemente, la constatación de la gravedad del problema ante el que nos encontramos aquellos que creemos en lo público y el reconocimiento de que esa batalla en su defensa sólo se puede vencer en la medida en que se consiga la aplicación de políticas económicas diferentes, que cumplan los enunciados del Estado social que proclama el art. 1.1 de la Constitución.

Notas

1. Para ver la evolución del concepto de servicio público se debe consultar Chinchilla Marín, C. **La radiotelevisión como servicio público esencial**, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, op.64 y ss.

2. El arrêt Blanco, junto con una *breve* nota al mismo, puede consultarse en **Long. M., Weil, P. y Braibant, G.** *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8ª ed, Sirey, París, 1984, pp5 y ss.

3. Duguit, L., *Traité de Droit constitutionnel*, 3ª ed., 1928, p.4.

4. Jéze, G. *Les principes generaux du Drouit administratif*, 3ª ed, Tomo II, p. 26.

5. Forsthoff, E., *Rechtsfragen der Leistende Verwaltung*, Ed. Koilhammer, Stuttgart 1957

6. Sobre la Daseinvorsorge, entre nosotros, véase **Martín Retortillo, L.** *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinvorsorge*, en la *Revista de Administración Pública*, nº 38, mayo-agosto 1962, pp. 35 y ss.

7. García de Enterría, E. *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, en la *Revista de Administración Pública*, nº 17, mayo-agosto 1955, p. 123

8. Nieto García, A. en el Prólogo al libro de **Arimany Lamoglia, E.** *La reversión de las instalaciones en la concesión administrativa de servicio*, Bosch, Barcelona, 1981, p. XVII

9. Este Proyecto se puede consultar en la *Revista de Administración Pública*, nº 136, enero-abril 1995, pp. 523 y ss.

10. Un panorama de la doctrina sobre el Estado social, con sus diversas interpretaciones sepuede ver en la recopilación de trabajos de **Abendroth, Forsthoff y Doering,** *El Estado social*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

11. Sobre estas cuestiones véase **Ortega Alvarez, L.,** *El régimen constitucional de las competencias locales*, INAP, Madrid; 1988, en particular, pp. 69 y ss.

12. Cinchilla Marín, C., *El servicio público ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión,* en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Ed. Cívitas, Madrid, 1991, en particular pp. 959 y ss.