

DR 13 167

El concepto de servicio público es uno de los más controvertidos en la doctrina, llegando incluso a algunos autores a negar su utilidad como categoría dogmática. Hoy vamos a intentar un repaso breve, procurando destacar las cuestiones más debatidas y finalizar con un resumen de la importancia del servicio público como criterio en el derecho positivo español, intentando ayudar al simple, necesario y provechoso estudio de las unidades didácticas. Para una aproximación inicial al concepto de servicio público, hemos de recordar que toda actuación administrativa está encaminada a la consecución del interés público.

Las variadas formas de la actividad pueden clasificarse como de policía, fomento o servicio público. Policía es la actividad dirigida al mantenimiento del orden público en sentido amplio. Englobaría no sólo la policía de seguridad, sino también supuestos tales como la licencia urbanística.

Fomento son las medidas que protegen o promueven actividades de los particulares que se entienden de utilidad general. La técnica prototipo es la subvención. El servicio público, como primera idea, tiende a la directa satisfacción por la administración de una necesidad pública.

En su origen, los únicos servicios públicos son los llamados asistenciales de beneficencia, sanidad y educación. Ahora bien, al lado de ellas y en la actualidad se ha propuesto añadir la llamada actividad industrial de la administración. El concepto dogmático de servicio público se crea en Francia en la obra de De Guide, que llega a concebir al Estado como una federación de servicios públicos.

Defiende lo que se ha denominado concepción amplia de servicio público. Parte de dos ideas básicas. La distinción entre necesidades que los individuos pueden satisfacer por sí solas, que en teoría no deben de ser administrativizadas, de las necesidades que son públicas encontrándose en razón contraria.

Respecto a ellas, el Estado actúa como agente de cooperación social, prestándolas directamente o creando las condiciones para que puedan ser satisfechas. Y junto a esta diferencia, parte de la observación de que la administración actúa en ocasiones sujeta al derecho privado en la llamada gestión patrimonial, en la que concurre en igualdad de condiciones con los particulares, o bien sujeta al derecho público, ostentando una preeminencia que es justamente cuando tiende a satisfacer las necesidades públicas. Con esta base, define al servicio público como un conjunto de elementos reales, personales y funcionales, dirigido a la satisfacción por el Estado de necesidades que los individuos no pueden satisfacer por sí solos y sometido a un régimen de derecho público.

Existirían pues tres elementos, un elemento orgánico, el conjunto de elementos materiales, personales y de potestades, el elemento material, de satisfacción de necesidades públicas y finalmente el elemento formal, la sumisión al derecho público. Consecuencia de estas notas es

la necesidad de la atribución al Estado de la titularidad del servicio, es decir, de la definición de una esfera de actuación como originariamente estatal, lo que se denomina *publicatio*, siendo no obstante indiferente que la gestión sea directa o indirecta a través de la concesión. La tesis de De Geertz fue perfilándose por sus discípulos de la Escuela Realista del Derecho y así se ha afirmado que para caracterizar a las necesidades que constituyen el objeto del servicio público no basta que los individuos no puedan realizarlas por sí solos, sino que su satisfacción ha de ser indispensable para la existencia del Estado, abriendo así la puerta a una concesión estricta del servicio público.

Que las prestaciones del servicio han de ser regulares, continuas y periódicas, no aleatorias ni ocasionales. Que ha de prestarse gratuitamente o a precios inferiores a los del mercado, sin incluir criterios de rentabilidad-beneficio. Los particulares accederán a las prestaciones conforme a los principios de generalidad para todos e igualdad de trato, con uniformidad en la prestación.

La doctrina italiana ha distinguido entre funciones y servicios. Las funciones son prestaciones jurídicas, dadas a la universalidad de los ciudadanos, que tienen carácter esencial para la existencia y conservación del Estado, inherentes a la soberanía, instrumentadas en relaciones de supremacía general y no concedibles, son la legislación, la jurisdicción, la policía. Los servicios frente a ellas son prestaciones materiales, no jurídicas, dadas en la utilidad singular de los usuarios, *uti singuli* y no *uti universi*, necesarias y útiles, pero no esenciales, que precisan de la asunción de la titularidad, no son manifestaciones de la soberanía, se instrumentan en relaciones de supremacía especial y son concedibles.

En la doctrina española actual podemos distinguir dos posiciones. Los defensores de una tesis amplia que identifica servicio público con la prestación de bienes, materiales o inmateriales, con o sin monopolio, y la tesis estricta, cuyos partidarios diferencian el servicio público como prestación de actividad con referencia a cosa o servicio en un régimen de derecho público y exclusividad regalista derivada de la *publicatio*, de la gestión económica o actividad industrial de la Administración, como cuarto *modus operandi* con la policía y el fomento, que es la dación de bienes al mercado en un régimen de concurrencia y sujeción al derecho privado. Son notas indiscutidas, comunes a ambas tesis, que la actividad de servicio público no es esencial al Estado, indispensable como lo son las funciones, sino de utilidad, para satisfacer una necesidad que en un momento histórico dado es pública.

Hay pues un fin de utilidad general a los ciudadanos que diferencia al servicio público de los monopolios fiscales que tienden a la obtención de ingresos. La prestación ha de ser regular y continua, lo que determina regímenes especiales para los casos de huelga y de quiebra. La prestación al público implica que haya de ser para todos los demandantes y en igualdad de trato.

Las zonas de conflicto entre ambas concepciones más importantes serían el tipo de prestación. Los preconizadores de la tesis estricta diferencian la actividad con referencia a cosa o servicio

de la producción de bienes materiales que no es servicio público, la llamada exclusividad regalística o titularidad administrativa, *publicatio*, sobre la actividad que constituye el servicio. Los partidarios de la tesis amplia entienden que no es precisa.

Frente a ellos, los defensores de la concepción estricta afirman la necesidad de que en la ley se declare que la actividad de que se trata queda asumida por el Estado como propia del mismo, distinguiendo dos formas de asunción de la titularidad. La *publicatio* concreta y total, que atribuye a la Administración una titularidad monopolística, en cuyo caso la realización por los particulares de la actividad exige concesión y que constituye el auténtico servicio público, de aquella otra *publicatio* genérica y parcial, que no da a la Administración el monopolio, sino una fuerte potestad de intervención. Los particulares, para actuar, precisan de autorización especial de la clase de funcionalidad operativa, que crea vínculos permanentes, como tercera figura entre la simple licencia y la concesión, sería este el caso, de los servicios públicos virtuales o impropios.

Es también nota discrepante, entre las dos concepciones sobre servicio público, la sumisión o no al derecho público. Los autores que defienden una tesis amplia afirman que es indiferente para caracterizar al servicio como público, pues la aplicación del régimen de derecho público o de derecho privado no procede de la materia, sino de la naturaleza intrínseca del acto. Nota que es, sin embargo, esencial para el grupo opuesto, distinguiendo, en los casos de servicio público concedido, que las relaciones ad intra-administración-concesionario están sujetas al derecho público, y las relaciones exteriores-concesionario-usuario lo están al derecho privado.

Para finalizar, hay que referirse a que el criterio de servicio público es utilizado en nuestro derecho positivo para calificar a un contrato de la administración como administrativo o privado, para determinar el régimen de responsabilidad patrimonial, como nota atributiva de la demanialidad de los bienes, para residenciar un acto ante la jurisdicción contenciosa o la civil, en fin, para determinar la existencia de las cargas y derechos derivadas de la idea de servicio público, como pueden ser el derecho de los usuarios a la prestación, la expropiación forzosa, servidumbres, exenciones y bonificaciones.