

DR 13 65

Asignatura, Derecho Administrativo 1 y 2. Título, El Servicio Público en la Constitución. Autor, Adolfo Serrano Triana. Día de grabación, 12 de mayo de 1980.

Día de emisión, 21 y 23 de mayo. En orden a estudiar brevemente la incidencia de la Constitución Española en la situación doctrinal de la teoría del servicio público, comencemos recordando unas cuestiones previas. Primera, que la noción de servicio público como pretexto de intervención es sólo posible históricamente en un Estado liberal con una economía pujante en virtud de la revolución industrial.

Segunda, que la Administración cambia el título de intervención aparentemente porque, en el fondo, quien ostenta la facultad soberana no es el monarca, sino la nación o el pueblo, y concretamente, según el artículo primero párrafo segundo de nuestra Constitución Española, el pueblo español del que emanan los poderes del Estado. Tercera, que el fenómeno de intervención administrativa es idéntico, sólo que la causa no es sólo eficiente, el derecho inminente del Estado o los poderes del príncipe, sino final, el interés general de los administrados, según también ordena el artículo 103 de la Constitución. Cuarta, que la intervención se produce con aparente sumisión a las fuerzas económicas y a sus leyes específicas, libre concurrencia, ley de oferta y demanda y subsidiariedad del Estado.

Un estar presente sin parecerlo, pero en cambio las actividades seleccionadas, transportes, comunicaciones, seguros, etc., hacen de la Administración un empresario por excelencia. Quinta, que el fenómeno expansivo de la noción de servicio vuelve a otorgar a la Administración un papel primordial en el conjunto de instituciones del Estado. Del mismo modo que antes se habló del Estado policía, hoy se hablará del Estado bienestar, y la Administración será tendencialmente configurada como una Administración de prestación incesante con primordial finalidad económica.

La idea de servicio público como causa final de la actuación administrativa y como legitimación de sus poderes exorbitantes se encuentra recogida en las leyes españolas actuales y la Constitución ha venido a recoger la significación que venimos comentando. Las alusiones a la idea de servicio público han sido frecuentes en el derecho constitucional, bien tangencialmente, bien directamente. Así, por ejemplo, en el artículo 20, párrafo tercero, se alude a la garantía de acceso a los medios de comunicación social públicos, a los grupos sociales y políticos que sean significativos.

En el artículo 27 se expresa que todos tienen derecho a la educación imponiendo la enseñanza básica, obligatoria y gratuita. En el artículo 28.2 se alude a los servicios esenciales que deben ser garantizados en el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores en la defensa de sus intereses. En el artículo 41 se afirma que en el régimen de seguridad social de carácter básico serán garantizadas a todos los ciudadanos prestaciones suficientes e, igualmente, el derecho a la protección de la salud pública en el artículo 43.

Respecto de los minusválidos, en el artículo 49 se habla de los beneficios diversos de previsión, tratamiento y rehabilitación, etcétera, que podrán ser otorgados. Más precisamente, el artículo 106 se refiere a la obligación de indemnización a los administrados por causa de lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, generalizando aún más la dicción del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En el artículo 128.2 se alude a la posibilidad de reservar al sector público servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, cuando así lo exija el interés general.

En otros casos, la propia Constitución habla del deber de promoción, fomento, de tales servicios creados o por crear. Por ejemplo, en el artículo 46, al decir, promocionará en enriquecimiento del patrimonio artístico, cultural e histórico. Y así, en definitiva, presuponiendo la base de manial o directamente contemplando la necesidad de creación de servicios como educación física y deportes en el artículo 44, etcétera.

Parece, pues, evidente que nuestro texto fundamental ha querido expresamente, bien explícita, bien implícitamente, la propia subsistencia del Régimen Jurídico de Servicio Público, y muy probablemente porque no se han planteado disyuntivas de su descalificación, ya que con los instrumentos y categorías que el jurista hoy debe operar, dicha noción de servicio parece irremplazable, dada la elasticidad de significados que su manipulación puede comportar, desde una efectiva nacionalización a una tímida intervención de la actividad de los administrados, desde enfoques socializadores a adaptaciones neoliberales. Como ha recordado Charles Debas, las razones conducentes a escoger la fórmula de servicio público, antes que la de servicio gestionado por particulares, para asegurar un identífico interés general claramente delimitado, es algo que no siempre viene impuesto por naturaleza, sino que depende en buena medida de una decisión política previa, y el paso de unas actividades de la categoría de servicio público a servicio privado es plenamente contingente, dependiendo de la voluntad estatal en función del detrimento que al interés general puede producir o no supuesta en funcionamiento. Una vez más, aboca la cuestión a un concepto jurídico indeterminado, este cabal en el ordenamiento administrativo, el interés general de difícil delimitación técnica por su propia labilidad, pero de factible aprehensión intuitiva para el propio jurista, y con concreciones tan evidentes como las que puede entrañar la configuración de una actividad farmacéutica como de servicio público en orden a la vigilancia del precio de los productos, o considerar que ciertos comercios deben tener precios intervenidos para garantizar el suministro de alimentos a la colectividad.

Finalmente, también, hoy después de la aprobación de la Constitución, la perspectiva adoptada en la configuración de la teoría general del servicio público puede variar en función de las posiciones doctrinales mantenidas al respecto. Así, para un cierto sector de la doctrina francesa, el enfoque dominante de la sistemática teórica es la actividad administrativa que se condensa en el régimen jurídico de los servicios públicos como tipos o clases de la actividad del poder público. Igualmente, es compartida dicha configuración por cierto sector del derecho administrativo español, así, por ejemplo, según Garrido Falla, el interés público no sólo justifica la actuación administrativa por vía de actuación o de fomento, sino que puede exigir que la administración aparezca como titular de una actividad fundamentalmente consistente en

proporcionar bienes y servicios a los administrados.

También para García Trevijano, que clasifica las actividades del servicio como verticales dentro del marco estatal. Del mismo modo, para la doctrina italiana, con Renato Alessi, tanto las llamadas prestaciones administrativas a los particulares como los servicios públicos son modos de actividad administrativa. Ningún inconveniente presenta adoptar tales puntos de vista como los que inciden en la elaboración de la teoría desde la perspectiva de la posición general del administrado y sus situaciones jurídicas, ya sean de carácter activo o pasivo.

Siempre que se tenga presente que el resultado es siempre el mismo en cuanto a su significación última. La idea de servicio como técnica de intervención administrativa a la vez que institución prestacional de o para los administrados. Esto es, como idea encrucijada, idea comprensiva de muy distintas técnicas según Villar Palasí, atribuyentes de plusvalor en la esfera jurídica particular.

Sin embargo, con tal resultado presente, parece más adecuada la adopción de la perspectiva doctrinal del estudio del servicio público como aspecto concretado de la teoría del administrado, ya que, efectivamente, es un dato incuestionable que el derecho administrativo surgido en el contexto de la Revolución Liberal ha ido construyendo fatigosamente sus técnicas con la atención puesta en la defensa de la libertad y de la propiedad del individuo frente a las eventuales injerencias no justificadas del poder público, según afirmó Fernández Rodríguez. Y por cuanto que administrado, es una definición expansiva suficientemente sustantiva en orden a una construcción sólida de la teoría general del servicio público, ya que, como recuerda García Enterría, dicho término administrado no sólo es referible a la detentación de situaciones jurídicas pasivas, sino de situaciones jurídicas activas en relación con una Administración que, antes que poder impuesto extrañamente, es una organización servicial sentido posicional abundantemente ratificada por la Constitución Española, no sólo por declaraciones difusas de fomento, sino, como hemos visto, con determinaciones precisas de la idea de servicios efectivos a la comunidad nacional. Recordemos, finalmente, que la norma fundamental del ordenamiento jurídico ha sido pródiga en alusiones directas, por ejemplo, en el artículo 43 o indirectas, en el artículo 28, párrafo segundo, artículo 50, etc., a la idea expansiva de servicio público, ya sea encajando algunos de ellos en el marco del capítulo tercero, regulándolos como principios rectores de la política social y económica, ya situándose en el capítulo segundo bajo el título de los derechos y libertades.

Algunos de ellos conteniendo concretas demandas subjetivas, por ejemplo, en materia de educación general básica o en el derecho de los afiliados a la seguridad social, mientras que otros implicando una pura concepción de declarar un mero interés común, más o menos directo o consolidado, que sólo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. Correlativamente con esta concepción de un Estado social y democrático de derecho y de una Administración de fomento prestadora de servicios incesantes, se ha sentido obligada la norma constitucional a proclamar unos deberes de promoción y garantía específica por parte de los poderes públicos a los usuarios y

consumidores. Así se habla de defensa, seguridad, salud y protección de los legítimos intereses económicos, de información, educación, fomento y audiencia de las organizaciones de consumidores y usuarios, participación de los administrados en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general, etcétera.

Bien es verdad, por tanto, que lo supuesto en que se remite la Constitución a los términos que una ley establezca en futuro en cuanto al desarrollo de estos verdaderos principios generales de ordenación de la situación jurídica del usuario, existe una acentuación de la voluntad firme de imposición a través de la ley formal, por lo que ni la ley formal podrá tener un contenido distinto de las directrices constitucionales, ni la propia norma habrá de ser otra que la suprema de producción estatal, en tanto que se instrumenta o habilita un cierto contenido del interés del usuario susceptible de protección y defensa. Recapitulando, sin duda la Constitución debe abrir la posibilidad de creación de un elenco de normas jurídicas protectoras del usuario de los servicios públicos que fijen con precisión su posición respecto a la creación, mantenimiento, participación y control y garantías del funcionamiento del servicio, pese a lo cual tampoco podrá ser idéntica la solución a que se llegue en cada caso, precisamente en virtud de la propia diversidad material de los distintos servicios, pues efectivamente, si es deseable la categorización de principios generales de ordenación jurídica, no puede soslayarse en pero que cada servicio entraña prácticamente unas relaciones jurídicas sumamente matizadas respecto de sus análogas.