

Luis Ortiz Zamora

- Presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER).
- Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho, así como de los cursos de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid.
- Miembro del Jurado de las Pruebas de Grado de la Maestría en Derecho Público del Instituto de Enseñanza de Posgrado e Investigación de la Universidad Autónoma de Centroamérica.
- Reconocido por el Directorio Legal Who's Who Legal como uno de los cuatro expertos más reconocidos en Derecho Administrativo de América Central y por el Directorio Chambers and Partners como abogado recomendado en las áreas de Derecho Público, Telecomunicaciones e Infraestructura.
- Experto en Derecho Público y Regulación Económica de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIEE).
 - Árbitro del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR).
- Socio de BLP en la oficina de San José y dirige las prácticas de Derecho Público, Contratación Administrativa & Regulación Económica a nivel regional.
 - lortiz@blplegal.com





EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

THE CONCEPT OF PUBLIC SERVICE

Resumen

El concepto de servicio público es ambiguo. No obstante, si se examina desde el punto de vista histórico y con apego al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es posible precisar su concepto.

Abstract

The concept of public service is ambiguous. However, if we examine it from the historic point of view and with strict adherence to fundamental rights of citizens, it is possible to specify its concept.

Palabras clave

Servicio público, regulación económica, libertad de empresa, iniciativa privada.

Keywords

Public service, regulation, freedom of enterprise, private initiative.

Sumario

I. ORÍGENES- a. Derecho Anglosajón - b. La Escuela del Servicio Público - c. Daseinsvorsorge II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL - a. Desarrollo y crisis - b. Tipología de la actividad administrativa. El servicio público en sentido estricto. - 1. Función pública. - 2. Fomento. - 3.- Servicio público (en sentido estricto). - 4. Gestión económica. - III. SUMA DE LA POLÉMICA. - IV. CONCLUSIÓN-

INTRODUCCIÓN

Los unicornios son un símbolo; representan imaginación, sueños e ilusiones. Aunque pasado el Romanticismo pocos historiadores se

refirieren a ellos más que para desmentir supuestas apariciones, los unicornios de alguna manera están presentes, porque lo que simbolizan sigue existiendo: las ilusiones y las ganas de soñar.¹

Pues bien, algo parecido sucede cuando creemos que la conversión de una actividad determinada en servicio público es la solución a todos los males; el bálsamo de Fierabrás² para superar las crisis financieras, o la Pomada Canaria³ para el desarrollo socioeconómico de los pueblos.

Cualquiera podría pensar que seguir hablando del concepto de servicio público, ya bien entrado el Siglo XXI, es machacón. Sin embargo, la experiencia, tanto académica como profesional, me demuestra todos los días que, como dijera Villar Palasí, "Como el Matías Pascal de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que se conoce es que se llama servicio público."

1 <https://hablemosdemitologias.com/c-mitologia-griega/unicornio/>

2 El bálsamo de Fierabrás es una poción mágica capaz de curar todas las dolencias del cuerpo humano que forma parte de la leyenda del ciclo carolingio. Según la leyenda épica, cuando el rey Balán y su hijo Fierabrás conquistaron Roma, robaron en dos barriles los restos del bálsamo con que fue enbalsamado el cuerpo de Jesucristo, que tenía el poder de curar las heridas a quien lo bebía. En el capítulo X del primer volumen de Don Quijote de la Mancha de Miguel Cervantes, después de una de sus numerosas palizas, Don Quijote menciona a Sancho Panza que él conoce la receta del bálsamo. En el capítulo XVII, Don Quijote muestra a Sancho que los ingredientes son aceite, vino, sal y romero. El caballero los hierva y bendice con ochenta padrenuestros, ochenta avemarías, ochenta salves y ochenta credos. Al beberlo, Don Quijote padece vómitos y sudores, y se siente curado después de dormir. Sin embargo, para Sancho tiene un efecto laxante, justificado por Don Quijote por no ser caballero andante. Cfr: <http://elhidalgodonquixote.blogspot.com/2011/04/el-balsamo-de-fierabras.html>

3 Expresión utilizada en Costa Rica, para referirse a algo que es la solución ideal a cierto problema.

There are no sources in the current document.⁴

Por supuesto que, lo que en adelante diré está plenamente influenciado por la realidad de mi país, Costa Rica, donde, a veces nos comportamos como una economía mixta, en otras como una social - sin el mercado - y en todos los casos, como una sociedad estatista. Ello hace que hablar del concepto de servicio público sea no solo actual, sino imprescindible, pues se utiliza la figura como verdadero Caballo de Troya de las libertades; por ejemplo, cuando, para justificar el monopolio de la revisión técnica vehicular se le asigna artificialmente ese carácter a la actividad, o bien, cuando el Instituto Costarricense de Electricidad se apropia indebidamente de la casi totalidad de frecuencias que pueden utilizarse para 5G bajo la premisa falaz de que presta un servicio público.

Por tanto, viene a bien preguntarse si es posible, bajo el prisma de la ciencia jurídica, definir un concepto de servicio público. Yo creo que sí. Veamos.

I. ORÍGENES

a. Derecho anglosajón

En la Inglaterra de los siglos XII a XIV, existieron los denominados common calling. Estos eran prestadores de ciertos servicios ajenos a las estructuras feudales que, como tal, se convertían en únicos o escasos. Dentro de estos estaban herreros, sastres y cirujanos que quedaban sujetos a la obligación de proporcionar sus servicios a todo aquel que lo solicitase bajo circunstancias razonables y, tras la escasez de profesionales generada por la peste negra de 1348, también se les exigió cobrar un precio razonable.

Con la desaparición de las estructuras feudales desaparecieron también los common calling, pero surgieron entonces los common carrier, quienes hacían profesión de un co-

⁴ Villar Palasí. J.L (1968), Prólogo a José Luis Meilán Gil, La cláusula de progreso en los servicios públicos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, XVI.

mercio necesario para el bien común y, por ello, según lo estableció la sentencia dictada en el caso Lane v. Cotton en 1701 por los tribunales ingleses, quedaban obligados a servir a todos los súbditos del Rey. Así, por ejemplo, si en el camino una herradura caía de un caballo, el herrero estaba obligado a ponérsela de vuelta; si un viajero solicitaba hospedarse en una posada que no estuviese llena, el posadero tenía que albergarlo; y un porteador cuyo caballo no estuviese cargado, también venía obligado a llevar el paquete solicitado.⁵

Andando el tiempo y sobre esta misma institución del common carrier construirían los juristas norteamericanos, sobre todo a partir de la sentencia Munn v. Illinois dictada por la Corte Suprema en 1876, lo que hoy conocemos como regulación económica. Así, pues, a las actividades de transporte, eléctricas, gasistas y más adelante de telecomunicaciones se impondrían obligaciones de precio, prestación y otras bajo la premisa de que cuando la propiedad “es afectada por un interés público, cesa de ser solo ius privati”. Este concepto luego evolucionaría, sobre todo a partir de la sentencia USA v. Terminal Road Association dictada en 1912 en lo que hoy conocemos como la doctrina de las facilidades esenciales.⁶

b. Escuela del servicio público

La construcción teórica del servicio público se produce, en sentido estricto, en la Francia de los primeros años del Siglo XX, sobre todo de la mano de la Escuela de Burdeos, con León Duguit y Gastón Jèze a la cabeza. También, sería a partir de ésta, sobre todo, que se construiría en América Latina el concepto de servicio público, arraigada en la solidaridad y la equidad, como causas y fines de éste.

En efecto, para Duguit, los cambios formida-

⁵ Vid. in toto. Montero Pascual, J. J. (2014). Regulación Económica. La Actividad administrativa de regulación de los mercados, Valencia, Tirant Lo Blanch.

⁶ Cfr: Burdick, C. K. (1911). The Origin of the Peculiar Duties of Public Service Companies. Part I, Columbia Law Review, Vol. 11, No. 6, pp. 514-531.

bles en la economía sucedidos a partir de la segunda mitad del Siglo XIX habían dejado sin fundamento las construcciones jurídicas rígidas y metafísicas de la Revolución francesa que se basaban en un sistema de economía doméstica que había sido sustituida por la gran economía nacional sustentada en los descubrimientos científicos y el progreso industrial. A la luz de tales cambios, se hacía necesaria la presencia del colectivo para asistir las falencias del individuo y atender la gran masa de sus necesidades elementales, mediante la prestación de servicios públicos.

De esta forma, en la concepción original de los servicios públicos no reposaba otra cosa distinta que la más pura solidaridad e interdependencia social generadora de deberes funcionales para los gobernantes. En consecuencia, la finalidad de toda actividad de los gobernantes no podía ser otra que la de crear, dirigir, organizar y hacer funcionar ininterrumpidamente los servicios públicos.

El Estado ya no sería más un poder soberano que manda, sino un grupo de individuos con una fuerza que debía emplearse en crear y dirigir los servicios públicos. El concepto de soberanía había sido así sustituido por el de servicio público, en cuanto que, al hecho objetivo y palpable, comprobable de las necesidades colectivas, correspondía una respuesta real, y ésta sólo podía provenir de la materialización de la solidaridad y la equidad que implica el servicio público.

Consecuentemente, los agentes del Estado no eran más poderosos señores superiores con autoridad de mando o amos empotrados, ni los gobernados simples subalternos destinados a obedecer; no, ahora estos roles mutaban absolutamente, al transformarse sustancialmente el contenido conceptual del Estado propiamente dicho, en el que los gobernantes se convertían en verdaderos servidores de la comunidad y los individuos los servidos, los destinatarios de la acción y actividades de aquellos a quienes se les deben las prestaciones serviciales públicas. Los gobiernos no eran más los representantes de

un poder social que manda: eran los gerentes de los servicios públicos. Podían los hombres decir que los gobernantes eran sus servidores y no sus amos.⁷

c. Daseinsvorsorge

Mientras tanto, en Alemania, el profesor Forsthoff explicaría por primera vez la doctrina de la Daseinsvorsorge en 1938 con un libro denominado "La Administración como soporte de prestaciones".

Planteaba el profesor alemán – con evidente similitud de criterio que Duguit y Jéze – que ya no era el individuo por sí solo suficiente para procurarse los medios para llenar su existencia. Su independencia había pasado a ser dependencia. Lo que antes eran problemas individuales ahora eran un problema social que exigía, por tanto, una solución supraindividual. Estábamos así ante un cambio fundamental del contenido de las tareas del Estado, pues ya no podía quedarse como mero garante del orden, sino que ahora debía comportarse como Estado distribuidor y repartidor con el objeto de satisfacer las prestaciones vitales de los individuos.

De suerte que, si el objeto particular del Estado en Esparta consistía en la guerra; en Roma se trataba de su extensión; para el pueblo judío lo era, fundamentalmente, la religión; el comercio para Marsella; la navegación para Rodas y la libertad para Inglaterra, hoy día – decía Forsthoff – la Daseinsvorsorge ha de constituir el objeto de la Administración contemporánea; es decir, la procura existencial.⁸

7 Véase por todos: Santofimio Gamboa, J. (2011). Revista digital de Derecho Administrativo, N° 5, primer semestre/2011. pp. 43-86.

Rodríguez Arana, J. (2013). Sobre las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguit, Revista de Administración Pública, núm. 190, Madrid, enero-abril, págs. 61-100.

8 Sobre el concepto de Daseinsvorsorge véase: Martín-Retortillo Baquer, L (1962). La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge". Revista de Administración Pública, núm. 38, Madrid, mayo-agosto, págs. 35-65.

Bullinger, M. (2005). El Service Public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania. Revista de Administración Pública, núm. 166, Madrid, enero-abril, págs.29-49.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

a. Desarrollo y crisis

El concepto de servicio público es un término ambiguo, que tiene tantas definiciones como concepciones del Estado se han elaborado. Por ello, como señala Ariño Ortiz, "su servidumbre ha sido que, como ocurre tantas veces en el Derecho Público, su misma vinculación a finalidades políticas, ha hecho del concepto algo difícil de precisar, enormemente lábil, inaprensible desde una sola perspectiva; en suma, un concepto en crisis."⁹

Ahora bien, como muchos otros institutos del Derecho público, el concepto de servicio público sólo puede comprenderse desde una perspectiva histórica, dividida cronológicamente en tres fases o etapas básicas.

Durante la época de construcción del Estado constitucional - precisamente por la preocupación de garantizar las libertades individuales - la participación del Estado se traducía en un gran abstencionismo, reduciendo su actividad al mínimo. Con sustento en la doctrina del *laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*, se concebía su competencia como limitada a asegurar el orden público a través del ejercicio de su poder de policía. Sin embargo, ante la necesidad - nunca dispensable - de construir grandes obras públicas y establecer servicios públicos de importancia, la idea del concesionario o contratista interpuesto vino a conciliar su papel de mero gendarme.

Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII, el Estado activaría políticas de fomento de la actividad empresarial de los particulares, como respuesta a las doctrinas económicas del mercantilismo. De esta forma, cual vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, se pretendió conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia directa sobre la voluntad del individuo.¹⁰

⁹ Ariño Ortiz, G. (1993). *Economía y Estado*. Marcial Pons, Madrid, pág. 277.

¹⁰ Araujo-Juárez, J. (2003). *Manual de Derecho de los Ser-*

Una tercera fase se desarrollaría con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la subida al poder del Partido Laborista en Gran Bretaña y del Partido Socialista en Francia. Producto de ello, el Estado, además de sus funciones esenciales de mantenimiento del orden público (poder de policía), se convertiría en un aparato prestador de servicios públicos tanto asistenciales como económicos. A esta transformación la conocemos como el Estado de bienestar.

De acuerdo con este somero repaso histórico es fácil comprender por qué la noción de servicio público es tan ambigua y difícil de aglutinar en un solo concepto. Ese intento por unificar actividades tan disímiles entre sí - de acuerdo con el momento y lugar - ha sido la principal dificultad para su construcción.

Con todo, un primer intento por objetivar su sentido lo encontramos en Francia, a partir del conocido *arrêt Blanco* y la idea central del Tribunal de Conflictos de que, en la gestión de los servicios públicos, el Estado actuaba siempre como *puissance publique*. Ello conllevaba, automáticamente, un fuero de atracción hacia la competencia de la jurisdicción administrativa. Se introduce así el criterio del servicio público como exclusivo de la competencia de la jurisdicción administrativa, y, por tanto, sin posibilidad de gestión privada.

Luego, esas ideas y conceptos los recogería León Duguit y posteriormente autores como Jèze, Bonnard y Rolland para hacer de la noción de servicio público el eje central del Derecho administrativo.¹¹ Así, su Escuela de Burdeos o Escuela del Servicio Público pretendió construir toda la teoría del Estado a partir del servicio público como concepto central. En su concepción, como explica Santamaría Pastor, "el Estado no sería tanto una orga-

vicios Públicos. Hermanos Vadell Editores, Caracas, pág. 30.
¹¹ Farrando, I. (1994). La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos. En la obra colectiva *Los Servicios Públicos. Régimen Jurídico Actual*. Buenos Aires: Editorial Depalma, pág. 23.

nización soberana como una organización prestadora de servicios públicos".¹² Toda actividad estatal o administrativa, en consecuencia, era sinónimo de servicio público.

Sin embargo, la primera crisis del concepto no tardó en llegar. En efecto, el *arrêt Commerciale de L'Ouest Africain/Bac D' Elora* dictado por el Tribunal de Conflictos reconocería a los servicios públicos industriales y comerciales como regidos por las reglas del Derecho Privado, y, por tanto, sometidos a la jurisdicción ordinaria. Asimismo, en los años treinta, el Consejo de Estado, en su *arrêt Caisse Primaire Aide et Protection*, admitiría como viable la gestión privada de los servicios públicos.

Más sin embargo, fue la ola de nacionalizaciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial y la consecuente aparición de actividades estatales desprovistas de conexión directa con el interés público propio de aquél, lo que terminó por desbordar el servicio público como concepto unitario y único. De esta forma, la concepción del servicio público volvió a ser, tan sólo, la forma de legitimación de la actuación del Estado en función del servicio de los ciudadanos y de la solidaridad social.¹³

Un segundo intento de racionalización del concepto lo encontramos con la aparición de la actividad económica e industrial del Estado. Ante su realidad, se optó por concebir la actividad administrativa ya no como sinónimo de servicio público, sino conformada por tres actividades, siendo el servicio público tan solo una de ellas.

En este sentido, Jordana de Pozas, secundado por Garrido Falla, planteaban la tesis de que el Estado realiza básicamente tres actividades, a saber: policía, fomento y servicio público, incluyendo dentro de este último

la actividad meramente económica e industrial del Estado. Sin embargo, entre otros Villar Palasí, García de Enterría y Ariño Ortiz, consideraban necesaria la independización de la actividad puramente económica e industrial, enmarcándola bajo la calificación de dación de bienes y servicios al mercado, actividad sometida al Derecho Privado y prestada en concurrencia con los particulares. De tal forma, el concepto de servicio público, según su tesis, abarca actividades estrictamente públicas y prestadas en régimen de monopolio por entidades administrativas.

Como hemos visto, la noción de servicio público es histórica. Por tanto, su concepto, cambiante como es, debe buscarse pues, en el marco de los fines generales del Estado, en cada tiempo y lugar. De esta forma, cada una de las tres fases o etapas históricas de la evolución del servicio público ya analizadas, van a coincidir con una actividad administrativa distinta. Así, la fase del Estado policial se entiende hoy como función pública, sea aquellas actividades del Estado sin las cuales éste no existe, y que, por tanto, en ningún caso pueden quedar a cargo de la iniciativa privada; la segunda, que consistió en estimular o presionar desde fuera sobre las fuerzas sociales, se identifica actualmente con la función de fomento; mientras que la fase donde el Estado asumió un papel protagónico en la prestación directa del servicio público, coincide con su actividad de servicio público y/o, en su caso, con su actividad de gestión económica o dación de bienes y servicios al mercado. Viene a bien, por tanto, examinar cada una de las actividades administrativas, pues se tiende a denominar servicio público, indistintamente, a cualquiera de estas, en lo que he denominado el concepto amplio de servicio público, cuando lo cierto es que el servicio público, bien conceptualizado y delimitado, es solo una de tales actividades. No es correcto, como tan a menudo se entiende, que actividad administrativa y servicio público son equivalentes, sino que la primera es el género y el servicio público la especie.

12 Santamaría Pastor, J. A. (2000). Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Segunda edición. Colección CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

13 Chevallier, J. (1987). *Le service public, Que sais-je?* PUF, París.

b. TIPOLOGÍA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. EL SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO ESTRICTO.

1. Función pública

Desde su formulación por Bodino, la soberanía del Estado se ha configurado como una "cualidad originaria del poder estatal en la medida en que por encima de él no hay otro. Esto supone, por un lado, la afirmación de su independencia frente al exterior y, por otro, la de su supremacía en el interior."¹⁴

El concepto construido por Bodino consistió, por tanto, en atribuir al Estado una cualidad de supremacía caracterizada por ser absoluta, perpetua, intrínseca al poder estatal, además de originaria e independiente en el ámbito internacional. No obstante que Bodino consideraba que el derecho a legislar por sí mismo sintetiza todas las características de la soberanía, estableció ocho características específicas para identificarla, a saber:

- El derecho a legislar.
- El derecho sobre la paz y la guerra.
- El derecho a nombrar altos dignatarios.
- El derecho supremo de justicia.
- El derecho a exigir a los súbditos fidelidad y obediencia.
- El derecho de gracia.
- El derecho de acuñar moneda.
- El derecho a recabar impuestos.

Actualmente, la función que desarrolla el Estado en la consecución de sus fines esenciales o inherentes se denomina función pública y es aquella que consiste, precisamente, en el ejercicio de esas potestades propiamente soberanas, que no se conciben ejercidas por los particulares y cuya titularidad - como no podría ser de otra forma - corresponde exclusiva y perennemente al Estado.

Según explica Troncoso Reigada, con ocasión del creciente fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, la doctrina y jurisprudencia administrativa han reaccionado

mediante la construcción del concepto de garantía institucional de la Administración Pública como una exigencia del mantenimiento de una organización y de unas funciones regentadas y sometidas necesariamente al Derecho administrativo que constituyen, precisamente, esa función pública indelegable, intransmisible e imprescriptible. Al respecto manifiesta:

"La reserva constitucional de Administración – en su sentido amplio de reserva del Poder Ejecutivo – está formada por la actividad de dirección política y la actividad de policía y de fomento. Estas actividades, que son funciones públicas de soberanía, tienen que ser desarrolladas obligatoriamente por una Administración tal y como se encuentra regulada por la Constitución, es decir, con los rasgos de su garantía institucional. Hay una identificación entre reserva de Administración y prohibición de privatización formal – recurso al ordenamiento jurídico privado. Es el objeto material de la reserva lo que justifica la singularidad constitucional de la Administración pública. No existe libertad de elección de forma o régimen jurídico para desarrollar estas actividades que pertenecen a la reserva de Administración pública. La huida al Derecho Privado de estas Administraciones que ejercen funciones públicas soberanas es inconstitucional".¹⁵

De conformidad con su naturaleza, pues, la función pública supone un régimen autoritario que se ejerce a través de actos jurídicos de imperio tales como sentencias, certificaciones, órdenes, licencias, permisos, autorizaciones, aprobaciones, sanciones, ejecuciones, actividad policial, actividad legislativa, judicial, de defensa, fiscal y tributaria; todos ellos coactivamente impuestos al particular. Se trata, siguiendo la vieja distinción de la teoría de la Hacienda Pública, de necesidades públicas absolutas, pues son actividades esenciales, constantes, vinculadas existencialmente al Estado y de satisfacción exclu-

¹⁴ Lucas Murillo le la Cueva, P. (1990). Manual de Derecho Político. Volumen Primero. Segunda Edición. Editorial Tecnos, S.A., pág. 167.

¹⁵ Troncoso Reigada, A. (1997). Privatización, Empresa Pública y Constitución. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, págs. 458-459.

siva por él; en esencia “la razón de ser del Estado mismo (dentro de lo que se considera Estado de derecho) por lo cual éste desaparecería como tal si dejase de cumplir esos cometidos esenciales.”¹⁶

¿Cuáles son esas actividades? Pues bien, como señala el profesor Valdés Costa, ello dependerá de la noción de soberanía que rija en cada lugar y tiempo. Empero, tanto la Sala Constitucional como la Procuraduría General de la República han tenido oportunidad de anticipar algunos ejemplos.

*“La Sala entiende además que la concesión de las obras y servicios públicos a que se refiere este proyecto de ley, exceptúa todo aquello relativo a la **seguridad nacional, control aduanero, migración y todo aquello que tenga que ver con funciones propias del Estado, las que son indelegables e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas.** Así, por ejemplo, aun cuando un aeropuerto sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la **seguridad portuaria, migración y aduanas entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan ser ejercidas esas funciones ni directa ni indirectamente por los particulares.**”¹⁷ (Resaltado no es del original).*

*“Por otra parte, en virtud del marco normativo, la Administración estaría autorizada a promover y otorgar en concesión cualquier servicio público, salvo los expresamente excepcionados por ley: las telecomunicaciones y el servicio de transporte remunerado de personas por buses o taxis, que se regularían por las leyes específicas. Es claro, empero, que en razón del sistema de retribución del concesionario no todo servicio público es susceptible de ser dado en concesión. **Además, existen servicios públicos que por***

sus particularidades en cuanto son expresión del poder soberano del Estado deben ser explotados directamente por la Administración. Tal es el caso de los servicios de defensa y seguridad del Estado, los servicios fiscales, migratorios, la dirección y vigilancia del servicio penitenciario y aquellos que impliquen en el ejercicio del poder de policía. *Estima la Procuraduría que resulta necesario y conveniente para el interés público que se mantenga la excepción que hoy día puede considerarse implícita en el artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa. Ciertamente, la concesión no hace desaparecer la titularidad pública en la prestación del servicio ni la Administración delega la dirección y supervisión, pero juzgamos que no debe hacer participar a un tercero en el ejercicio directo de sus poderes soberanos.”¹⁸ (Resaltado no es del original).*

2. Fomento

El ejercicio de la actividad de fomento supone estímulos económicos del Estado sobre las fuerzas sociales con el objeto de lograr un determinado sentido a su actuación. Se ejerce desde fuera y de modo no coactivo.

La claridad de Jordana de Pozas al respecto nos complementa para definir el fomento como “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos”.¹⁹ Ejemplos de ello podemos encontrar en las subvenciones y subsidios, las exenciones fiscales, los créditos, y en fin, en todas esas actividades que el Estado no ordena, sino que ofrece, para cuya validación se requiere el consentimiento y colaboración del particular a fin de cumplir con las cargas impuestas por la Administración que la confiere con el objeto de lograr fines públicos.

16 Villegas, H. (1994). Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. 5ª Edición, Depalma, Buenos Aires, p.p. 4-5.

17 Sentencia # 2319-98 de las 17:51 hrs. del 31 de marzo de 1998. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

18 Procuraduría General de la República. O.J.-068-97 del 18 de noviembre de 1997.

19 Jordana De Pozas, J. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo, REP. N°48.

3. Servicio público (en sentido estricto)

Seguimos en su definición a Ariño Ortiz para quien: "Servicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social".²⁰ Se trata, pues, "de asumir con carácter exclusivo, apartando a los demás, una determinada actividad que, por exigencias de interés general, se sustrae de su realización por el sector privado."²¹

De esta definición se extraen al menos siete características del servicio público para reconocer su presencia, a saber:

i. La actividad de servicio público se subsume en una actividad de prestación, que necesariamente asume la Administración Pública, ya sea directamente o por delegación, mediante concesión.

ii. La actividad de servicio público se manifiesta a través de la prestación positiva, cuya titularidad correspondía originalmente a los particulares, pero que, transformada en indispensable para la vida social, asume el Estado. De ahí que, la titularidad de la Administración, aunque sea prestada por un tercero mediante delegación (concesión), es requisito sine qua non de su clasificación (publicatio).

iii. La función o actividad de la que se trate debe ser prestada en régimen de Derecho Público.

iv. Las actividades de servicio público no son actividades necesarias, inherentes, esenciales, consustanciales o inmanentes al Estado, sino indispensables para la vida en sociedad en un momento dado.

v. Su régimen de prestación es continuo y regular.

vi. Debe ser una prestación al público, dirigida a su utilidad general. De ahí, entonces, deriva el derecho público subjetivo del usua-

rio a exigir su prestación.

vii. La actividad de servicio público no supone ejercicio de poderes soberanos, sino que se ejerce a través de prestaciones de tipo técnico. Por lo tanto, el servicio público no se le impone al particular, sino que se le ofrece. No es, en consecuencia, actividad coactivamente impuesta.

Así, no obstante que tanto la función pública como el servicio público son titularidad del Estado, éste último se diferencia de la primera porque consiste en prestaciones positivas de tipo técnico que aquel realiza directa o indirectamente en aras de la consecución de fines de bienestar para la vida social y no al ser del Estado. Por ello mismo, no se imponen al particular, sino que se le ofrecen; no constituye, por ello, intervención mediante coacción, sino por vía de prestación.

En Costa Rica, por su parte, el artículo 3 inciso a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos define servicio público como "el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley." No obstante que la norma y la definición que esta contiene le atribuyen una gran discrecionalidad al legislador para crear un servicio público, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos ha precisado que:

"(...) si bien es cierto, el Legislador cuenta con la facultad plena de calificar un servicio como público (relación de los artículos 121 Constitucional, 11 y 12 de la Ley General de la Administración Pública y 3 inciso a) de la Ley N° 7593 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos), se debe considerar que tal servicio al menos debe contar con aquellos elementos o requisitos que lo configuren como público y en virtud de lo cual se le someta a un régimen de regulación especial.

Ello es así por cuanto, "un adecuado concepto facilita la sanción legislativa del régimen jurídico básico de los servicios públicos" (Sarmiento García, J. (1994) Los Servicios Pu-

²⁰ Ariño Ortiz, G. op. cit., pág. 299.

²¹ Martín-Retortillo, S. (1988). Derecho administrativo económico, I. La Ley, Madrid, pág. 251.

blicos, *Regimen Juridico Actual*, Depalma, Buenos Aires, obra colectiva, pág. 2).

Dentro de estos elementos que integran la noción de "servicio público", la doctrina es conteste en señalar que la generalidad del servicio constituye un requisito esencial en su determinación. Significa que "el concepto de necesidad colectiva debe referirse al de una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado de personas" (Marienhoff, Miguel citado por Sarmiento García, ob. Cit, pág. 16).

*En tal sentido, y conforme con la más autorizada doctrina y los ejemplos que nos brinda el derecho comparado, puede afirmarse que una actividad constituirá "servicio público" en el tanto se trate de la prestación de servicios industriales o comerciales."*²²

A partir de lo que viene señalado queda claro que, si bien el legislador tiene discrecionalidad política a la hora de decidir convertir una actividad en servicio público, también lo es que tiene un límite, que es el respeto al Derecho de la Constitución. Por ello, como ha dicho Alejandro Nieto, la legitimación del poder político y por tanto de la ley como su producto más importante, sólo opera cuando existen tales intereses generales; fuera de ellos la actuación se convierte en ilegítima.²³ Quiere ello decir, entonces, que la posibilidad de declarar una actividad privada que está dentro del comercio de los hombres como servicio público y, por tanto, sustraerla de la iniciativa privada, solamente puede ser admitida en el tanto y cuanto se justifique y demuestre la necesidad real de tal medida para satisfacer una necesidad colectiva y no suponga, por su extensión o falta de delimitación, un vaciamiento del contenido esencial de la libertad de empresa.

¿Hasta qué punto puede la Sala Constitucional ejercer el control de constitucionalidad que le compete en relación con las valora-

²² Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. OFICIO N° 063-RG-2000 de 18 de enero del 2001.

²³ Nieto, A. (1991). La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En Libro Homenaje al Profesor García de Enterría, pág. 2251.

ciones que haya tenido en cuenta el legislador para declarar una actividad como servicio público?

Pues bien, los ejemplos y la doctrina producida al efecto se remontan a 1962, cuando en Italia se nacionalizó la producción y distribución de energía eléctrica, expropiando casi todas las empresas eléctricas y transfiriéndolas a ENEL. En su sentencia N°14 de 7 de marzo de 1964, el Tribunal Constitucional desarrolló un depurado análisis de matización entre el juicio político que corresponde al poder legislativo y el propio del control de la jurisdicción constitucional que, para poder acreditar que la ley que declara como servicio público una cierta actividad no responde a los fines de la utilidad general, debe tener por demostrado que el poder legislativo no valoró los fines y los medios para alcanzar aquélla o que esta valoración fue hecha por medios ilógicos, arbitrarios o contradictorios, o que estén en contradicción con los presupuestos de hecho. La ley, por tanto, sería inconstitucional si estableciera medios no idóneos o en contraste con los fines perseguidos o bien si los órganos legislativos se sirven de la ley para una finalidad diversa de la consecución de la utilidad general.²⁴

Idéntica cuestión se planteó en las nacionalizaciones francesas de bancos y compañías financieras por motivos estrictos de política económica en las que el Consejo Constitucional francés, mediante su decisión de 16 de enero de 1982, arribó a la conclusión de que, ante un error manifiesto del legislador, sí era competente para ejercer el control de constitucionalidad al respecto.

4. Gestión Económica

Dentro de esta clasificación se incluyen las actividades de producción y dación de bienes y servicios al mercado que el Estado realiza a través de la empresa pública, cuya actividad está regulada por el Derecho pri-

²⁴ Cfr: BASSOLS COMA, Martín. Constitución y Sistema Económico. Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1988, págs. 199-201.

vado, verbigracia: los bancos del Estado o el Instituto Nacional de Seguros (vid. artículo 3 Ley General de la Administración Pública)

Además, es requisito que falte en éstas, la exclusividad regalística o monopolio de la actividad por parte del Estado, pues junto a éste, pueden los particulares, igualmente, ejercerla sin necesidad de una concesión, bastando a tales efectos una simple autorización (verbigracia los intermediarios financieros privados, vid. artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, N°7558)

Por lo demás, en su gestión no existe una finalidad de servicio público, sino, antes bien, de ordenación económica, de conformación social o de promoción económico-social. Por lo tanto, falta en la actividad la igualdad, obligatoriedad y continuidad de la prestación que son consustanciales al servicio público. Con fundamento en lo anterior, tampoco ostenta el consumidor – que no usuario - un derecho público subjetivo a exigir su prestación.

III. Suma de la polémica

Actualmente, la polémica en cuanto al concepto de servicio público se bifurca en dos corrientes antagónicas: la ampliativa, que considera que basta la existencia de un interés público en la actividad para que esta pueda ser reputada como servicio público; es decir, una especie de *publicatio* tácita que incluye cualquiera de las diversas actividades que a través de la historia ha ejercido la Administración; y la restrictiva, que considera, no solo que es necesaria una *publicatio* expresa del legislador, sino además, que la actividad objeto de la declaratoria de servicio público debe ser indispensable para la vida en sociedad en un momento dado, mas no inescindible al Estado.

Nosotros, particularmente nos inclinamos sin temor a dudas por la segunda, pues coincidimos con el profesor Cassagne²⁵ cuando

explica que, en el campo de la regulación económica es necesario distinguir los servicios públicos de las llamadas actividades privadas de interés público. Con la primera tesis, es claro que ambos conceptos, que producen regímenes jurídicos totalmente diversos, no se podrían diferenciar. Por ello, me inclino por el concepto restrictivo de servicio público, sea aquella actividad que el Estado ha publicado de manera expresa y de la cual, por tanto, es su titular, con exclusión de la libertad de iniciativa privada de los agentes económicos.

Ahora bien, el concepto de servicio público que asumamos y apliquemos no es un tema de poca monta ni mucho menos, pues basta comprender las implicaciones jurídicas de uno u otro (restrictivo y ampliativo) para caer en cuenta del enorme impacto que, en los derechos fundamentales de reserva de ley, autonomía de la voluntad, iniciativa privada, empresa, competencia y elección tiene la determinación de una actividad como tal.

Y es que, a partir de su declaración como servicio público, las libertades económicas del particular simple y sencillamente quedan anuladas, de ahí que uno de los mejores juristas de Francia haya señalado con acierto que: “El servicio público, en sí mismo, constituye una amenaza para las libertades públicas, es decir, para la capacidad de los ciudadanos de aquellas esferas de actividad que les pertenecen como propias.”²⁶ Es justamente por ello que, cuando el Estado delega la prestación de un servicio público a un privado por medio de concesión, las potestades de la Administración pública ya no derivan solamente de la norma, sino de la propia declaración concesional que confiere a la autoridad concedente un poder general y continuado de modelización de la actividad.

público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). Revista de Administración Pública, Núm. 140, Mayo-Agosto.

26 Devolvé, P. (1985). Service Publique et Libertés Publiques? Revue de Droit Administratif, número 1, págs. 1 y sigtes.

25 Cassagne, J. C. (1996). El resurgimiento del servicio

Por el contrario, en relación con la tutela de las actividades privadas, por más interés público que pueda estar imbuido en ellas, a la Administración únicamente se le confieren las competencias previstas en una norma, por lo que en ningún caso ostenta una potestad configuradora interna; o lo que es igual, no puede intervenir individualmente en el ejercicio de la actividad para cambiar algo de su contenido jurídico, en el tanto que todas las modificaciones debe hacerlas siempre desde afuera, es decir, por vía general y por tanto normativa.

Ello así, la gran diferencia entre ambos conceptos estriba en que, cuando se es mero gestor, se baila al compás del son que dicta la Administración delegante; mientras que, cuando se trata de actividades privadas, en las que preexiste un derecho subjetivo del agente económico para ejercer la actividad – ciertamente bajo los parámetros regulatorios establecidos por el ordenamiento jurídico -, todo ello debe ser analizado bajo la óptica de la regulación de derechos fundamentales del agente económico que no existen propiamente cuando se es concesionario de un servicio público ante el cual no se tiene derecho preexistente alguno.

IV. CONCLUSIÓN

El concepto de servicio público, sin duda, es un término ambiguo. No obstante, para aquellos que creemos firmemente en la existencia de un contenido esencial de la libertad de empresa, que incluye dentro de sus postulados la libertad de emprender actividades económicas²⁷, es claro que la declaración de ciertas actividades como servicio público no puede limitarse a la mera discrecionalidad del legislador, sino que, por el contrario, se debe exigir que tal servicio cuente al menos con los elementos o requisitos que lo configuren como público.²⁸

27 Ariño Ortiz, G. (1995). Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Marcial Pons, Madrid, pág. 85.

28 Sarmiento García, J. H. (1994). Los Servicios Públicos, Régimen Jurídico Actual. Depalma, Buenos Aires, obra colectiva, pág. 2.

Recuérdese que hoy es signo de los tiempos que el servicio público tradicional o clásico ya no goza de favor, precisamente por poner en cuestión el espacio de las actividades privadas y amenazar la existencia de las libertades públicas, de manera que, declarar como público un servicio que sustancialmente no lo es resulta inconstitucional por violatorio del régimen de libertad, y más específicamente de las libertades de iniciativa privada, contratación y empresa, en consonancia con los derechos fundamentales a la competencia y elección.

Las instituciones jurídicas tienen su individualidad propia, pues, así como no se puede asimilar el divorcio con el matrimonio, la compraventa con el leasing, o el fideicomiso con la hipoteca, pues tampoco se puede declarar servicio público lo que sustancialmente no es. Si el milagro no tiene cabida en el campo del Derecho administrativo²⁹, pues tampoco la tiene para declarar servicio público una actividad económica que ni jurídica ni técnicamente es tal. De ahí la importancia de delimitar el concepto del servicio público, pues de ello dependerá la visión del Estado y de las libertades, que tendrá el operador jurídico.

BIBLIOGRAFÍA:

Araujo-Juárez, J. (2003) Manual de Derecho de los Servicios Públicos. Caracas: Hermanos Vadell Editores.

Ariño, G. (1993) Economía y Estado. Madrid: Marcial Pons.

Ariño, G. (1995). Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Madrid: Marcial Pons.

Bassols, M. (1988) Constitución y Sistema Económico. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

Bullinger, M. (2005). El Service Public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania. Revista de Administración Pública, núm. 166, págs.29-49

Burdick, Ch. (1911) The Origin of the Peculiar

29 García de Enterría, E. (1983). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Editorial Civitas, Madrid, pág. 32.

- Duties of Public Service Companies. Columbia Law Review. Part I, Vol. 11, No. 6, págs. 514-531.
- Cassagne, J.C. (1996). El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). Revista de Administración Pública, Núm. 140.
- Chevallier, J. (1987) Le service public, ¿Que sais-je? Paris: PUF.
- Devolvé, P. (1985) Service Publique et Libertés Publiques? Revue de Droit Administratif, número 1.
- García, E. (1983) La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Madrid: Civitas.
- Farrando, I. (1994) La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos. En la obra colectiva Los Servicios Públicos. Régimen Jurídico Actual. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Jordana De Pozas, J. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. REP. N°48.
- Lucas, P. y Lucas Murillo, P. (1990). Manual de Derecho Político. Volumen Primero. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.
- Meilán, G. (1968). La cláusula de progreso en los servicios públicos. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Martín-Retortillo, L. (1962). La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge". Revista de Administración Pública, núm. 38.
- Martín-Retortillo, Sebastián. (1988). Derecho administrativo económico, I. Madrid: La Ley, Madrid.
- Montero, J.J. (2014). Regulación Económica. La Actividad administrativa de regulación de los mercados. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nieto, Alejandro. (1992). La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En Libro Homenaje al Profesor García de Enterría (pág. 2251).
- Rodríguez, J. (2013) Sobre las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguít. Revista de Administración Pública, núm. 190, págs. 61-100.
- Santamaría Pastor, J.A. (2000). Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Sarmiento, J. (1994). Los Servicios Públicos, Régimen Jurídico Actual. Buenos Aires: Depalma (pág. 2).
- Troncoso, A. (1997). Privatización, Empresa Pública y Constitución. Madrid: Marcial Pons.
- Villegas, H. (1994). Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Buenos Aires, Depalma, Buenos Aires.

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 10 Octubre 2022

Costa Rica



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD