

# EL CONCEPTO DE SERVICIO PUBLICO EN DERECHO ESPAÑOL (\*)

Por  
FERNANDO GARRIDO FALLA  
Universidad Complutense  
Madrid

*SUMARIO: I. Identificación del concepto; delimitación de otros afines.—II. Definición del concepto.—III. ¿Qué prestaciones económicas y sociales considera el ordenamiento jurídico español como de interés general? Creación y supresión de misiones de interés general.—IV. Los modos de organización, gestión y control de los servicios públicos.—V. El régimen jurídico de los servicios públicos.*

## I. IDENTIFICACIÓN DEL CONCEPTO; DELIMITACIÓN DE OTROS AFINES

1. Considero necesario hacer con carácter previo algunas precisiones de carácter metodológico. El concepto de *Service Public*, como eje central del Derecho administrativo, es una construcción típicamente francesa y del Derecho francés fue importada en España por nuestra doctrina científica, legislación y jurisprudencia. Ahora bien, en el momento actual tiene sus rasgos propios, que son la consecuencia, en primer lugar, de que el Derecho administrativo español, a diferencia del francés, no es una construcción doctrinal cerrada en su propio ordenamiento jurídico-positivo (por el contrario, aparte la francesa, las influencias de las doctrinas italiana y alemana son notorias); en segundo lugar, porque las propias exigencias de nuestro ordenamiento positivo han determinado un uso del concepto que, en algunos aspectos, difiere bastante del francés.

Sin embargo, el modelo francés es conocido como punto de referencia en toda Europa; así es que pienso que las peculiaridades del concepto español de servicio público se comprenderán mejor por el lector europeo si se subrayan las diferencias con el sistema francés.

2. El artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 *constitucionaliza* —por primera vez en nuestra Historia— el concepto de Administración Pública:

---

(\*) Texto de mi contribución para un estudio de la *Trans European Policy Studies Association*, sobre el servicio público europeo, que se publicará en una obra editada conjuntamente por TEPSA y el ISUPE.

«La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.»

Este precepto (que considerado aisladamente justificaría una concepción *institucionalista* —como yo mismo lo he dicho en otras ocasiones— de la Administración Pública) ha de ser inmediatamente puesto en relación con lo que la propia Constitución española nos dice en el artículo 97:

«El Gobierno *dirige* la política interior y exterior, *la Administración Civil y Militar* y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes.»

Así es que, de acuerdo con este precepto constitucional, tenemos como «cosas diferentes» el Gobierno que *dirige* y la Administración que *es dirigida*. La función del Gobierno (que orgánicamente se identifica con el Consejo de Ministros, según el artículo 98 de la Constitución) consistiría en establecer los objetivos de la «política interior y exterior» y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria «de acuerdo con la Constitución y las Leyes»; y a la Administración se le reserva el papel subordinado de implementar la consecución de tales objetivos políticos o de gobierno. Hay que subrayar que, de acuerdo con el artículo 103.1, la función de la Administración Pública va más allá de lo que parece deducirse del artículo 97: «servir con objetividad los intereses generales con sometimiento a la Ley y al Derecho» es, desde luego, algo más que «ser dirigida por el Gobierno» para alcanzar los objetivos que éste fije. Ahora bien, cualquiera que sea la explicación que se dé a la «falta de ajuste» entre los artículos 97 y 103 de la Constitución, lo cierto es que la misión que la Constitución atribuye a la Administración Pública comprende, cuando menos, la «*gestión de los servicios públicos*» necesarios para la satisfacción de los intereses generales.

En conclusión: desde el punto de vista de las funciones de los órganos constitucionales del Estado, podríamos resumir lo siguiente: 1) los que la doctrina tradicional denomina «fines del Estado» (o misiones a cumplir) vienen establecidos en la Constitución y desarrollados por las Leyes del Parlamento; 2) el Gobierno, como suprema instancia del Poder Ejecutivo (es decir, el Consejo de Ministros), establece las políticas concretas, dentro del amplio margen que la

Constitución y las Leyes puedan permitir, para alcanzar los fines del Estado; 3) la Administración gestiona la organización de medios personales y materiales cuya actuación concreta resulta necesaria para alcanzar la satisfacción de los intereses públicos y las necesidades colectivas de los ciudadanos. Estas organizaciones serían, en una primera aproximación, los servicios públicos.

Dicho en breve fórmula: los intereses públicos a conseguir y las necesidades a satisfacer vienen ya preestablecidos; a la Administración toca satisfacerlos a través de los servicios públicos.

3. Como ya observamos al principio, en el Derecho administrativo francés el concepto de servicio público se convierte en la columna vertebral del sistema. A comienzos de siglo, en sus *Transformaciones del Derecho Público*, LEON DUGUIT pretendió sustituir la bases tradicionales de esta rama del Derecho que había venido girando en torno al concepto de *soberanía*, para poner en su lugar el de *servicio público*; toda actuación administrativa deviene así actuación de servicio público. Para los continuadores de la *escuela realista*, «decir que en determinadas hipótesis existe el servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de Derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las Leyes y Reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico» (G. JÈZE). Y el propio HAURIUO, incluso polemizando contra la Escuela realista, también acepta ocasionalmente el concepto amplio de servicio público: éste es la *obra a realizar por la Administración*, si bien el *poder (puissance publique)* es el medio para su realización. En definitiva, pues, estamos aquí en presencia de un concepto amplio de servicio público; del *medio* para satisfacer las necesidades generales hemos pasado a la *finalidad* misma de toda actuación administrativa.

Las consecuencias prácticas que en el Derecho administrativo francés ha tenido esta concepción son bien conocidas. A partir del *arrêt Blanco*, del Tribunal de Conflictos en 1873, el Servicio Público se convierte también en el criterio de delimitación entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad patrimonial.

4. Sin embargo, el concepto de servicio público usual en el Derecho administrativo español presenta ciertas peculiaridades. En efecto:

a) Digamos, para empezar, que el concepto clave para establecer la línea divisoria entre la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y de la Jurisdicción Ordinaria no es, en términos generales, el servicio público (con independencia de las aplicaciones puntuales que la Jurisprudencia ha hecho en determinados casos), sino el de *acto administrativo*. Así, el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 establece:

«1. La Jurisdicción Contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.»

El problema práctico que se plantea, por consiguiente, para la interposición de un recurso contencioso-administrativo es el de saber si nos encontramos en presencia de un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo.

b) No obstante, el concepto de servicio público es relevante a los efectos de la determinación de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en dos importantes supuestos, a saber: 1) contratación administrativa, y 2) responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

a') Por lo que se refiere a los contratos, he aquí lo que establece el artículo 3 de la Ley Jurisdiccional:

«La Jurisdicción Contencioso-administrativa conocerá de: a) las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.»

De acuerdo con este criterio, un contrato cuyo objeto sea la concesión de un servicio público para su gestión por un particular; un contrato de suministro necesario para el funcionamiento de un servicio público, o, en fin, un contrato de obra para la construcción de un edificio público, son contratos administrativos cuyo conocimiento, en caso de litigio, está atribuido a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

b') Por lo que se refiere a las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el propio artículo 3.b) de la Ley Jurisdiccional los atribuye a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Pero, en relación con esta materia, el concepto de servicio público protagoniza un papel esencial. Desde que la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 introdujo en nuestro ordenamiento positivo el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños que sean consecuencia «del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», el concepto recupera su papel de eje central del Derecho indemnizatorio. Así, hay funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos —es decir, nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño producido— cuando, por falta de la debida vigilancia, un enfermo mental se arroja por la ventana del hospital psiquiátrico y causa la muerte de una persona que transita por la calle (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975); o cuando en un puerto del norte de España se produce el hundimiento del buque *Urquiola*, a consecuencia de que las cartas de navegación facilitadas al Capitán del buque por la Comandancia de Marina *no eran correctas* (Sentencia del TS de 18 de julio de 1983); o cuando un recluso es asesinado en una prisión del Estado por otros reclusos (Sentencia del TS de 22 de julio de 1988), etc. Lo que se quiere subrayar es que aquí el concepto de servicio público se emplea en un sentido amplio: comprende desde la falta de vigilancia en un hospital psiquiátrico o en una cárcel del Estado, hasta el daño casualmente producido, con motivo de una manifestación, a persona ajena a la misma por el uso de armas de fuego por la fuerza pública (Sentencia TS 2 junio 1994).

5. La doctrina, la legislación y la jurisprudencia española utilizan —junto al de servicio público— el concepto de *función o funciones públicas*. El distingo, bien elaborado por la doctrina italiana, ha sido acogido por una buena parte de la española. ZANOBINI refiere la noción de servicio público a sólo algunos aspectos de la actividad administrativa, por contraste con la «función pública» como forma superior de manifestación de dicha actividad. En su opinión, la función representa siempre el ejercicio de una potestad pública entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea, de su soberanía; los servicios públicos representan, por su parte, otras tantas actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines. En este mismo sentido se manifiesta también GIANINI, para quien la titularidad de las funciones públicas corresponde *necesariamente al Estado*, mientras que la competencia sobre los ser-

vicios se asume por razones técnicas, económicas o sociales, pero sin que repugne la idea de su gestión por los particulares.

La distinción tiene relevancia en nuestro Derecho positivo. Así:

a') La Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que «son *servicios públicos locales* cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales» (art. 85); pero inmediatamente se añade (art. 92.2) que se reserva el ejercicio de las *funciones públicas* a quienes tienen la condición de funcionarios de carrera: «son *funciones públicas*, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería, y, en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función». Esta distinción recuerda la que la doctrina alemana tradicional establecía entre *Hoheitverwaltung* y *Betriebsverwaltung*.

b') La distinción entre la Función Pública y el Servicio Público tiene también una importancia práctica en relación con el fenómeno de la descentralización administrativa. En Derecho administrativo francés, de acuerdo con la terminología tradicional, todo servicio público descentralizado con personalidad jurídica independiente se conocía con el nombre de *Etablissement Public*. Por eso, al diversificarse la tipología de estos «establecimientos», se comenzó a hablar —a mediados de siglo— de «crisis del concepto». La llamada «crisis de la noción de establecimiento público» que ha planteado la doctrina francesa (R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, París, 1950) arranca precisamente de que el concepto de establecimiento público se ha quedado estrecho para explicar la variedad de personas jurídicas creadas por el Estado en los últimos tiempos. Como señala R. DRAGO, la definición tradicional del establecimiento público lo identifica con «el servicio público personalizado», correspondiéndose con el ejercicio del tipo de funciones que tradicionalmente se han considerado propias del Estado. Este concepto tradicional sufre una grave quiebra en un doble sentido. En primer lugar, como consecuencia del nuevo intervencionismo, aparece el servicio público económico, que si en el comienzo da lugar a unos establecimientos industriales que coexisten con la noción tradicional (monopolio de tabacos, ferrocarriles, correos y telégrafos, aunque estos últimos sin

personalidad), es después de la primera guerra mundial cuando comienzan a aparecer establecimientos que ostentan simultáneamente el carácter de servicios públicos y de empresas comerciales. En segundo lugar, el concepto quiebra porque dentro de él se van a intentar acomodar unas nuevas clases de personas jurídicas que tienen naturaleza asociativa. Esto ocurre ya en 1899, cuando el Tribunal de Conflictos declara (en el *arrêt Canal de Gignac*) el carácter de establecimiento público para una asociación de intereses. Y, sobre todo, se consagra esta tendencia con el *arrêt Monpeurt*, de 1942, sobre las «órdenes profesionales». Son, pues, tres categorías las que ahora se cubren con una sola palabra. En España la terminología legislativa es más complicada. Tanto la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 como la Ley General Presupuestaria (Texto Refundido de 1988) utilizan una variada terminología legal para designar y clasificar a los distintos organismos con personalidad jurídica propia, que gestionan servicios y funciones públicas. He aquí la clasificación legal que se desprende de los artículos 4 y 6 de la Ley General Presupuestaria:

A) *Por razón del régimen jurídico aplicable*: a) Organismos Autónomos del Estado *sometidos a la legislación administrativa*, y b) Sociedades estatales que se rigen por el *ordenamiento jurídico privado* (civil y mercantil). En relación con cada uno de estos grupos:

a) Los Organismos Autónomos, *por razón de sus fines*, se distinguen en: 1) de carácter administrativo, y 2) de carácter comercial, industrial, financiero o análogos (art. 4.º.1).

b) Las *sociedades estatales* se dividen en: 1) *sociedades mercantiles* en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado; 2) *entidades de Derecho público* con personalidad jurídica sometidas al ordenamiento jurídico privado; 3) sociedades estatales que se rigen por las normas del Derecho Mercantil, Civil o Laboral, *salvo* en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley, y 4) en fin, «el resto de los entes del Sector público» (curiosa manera «residual» de definir) no incluidos en este artículo ni en los anteriores «se regirán por su normativa específica» (art. 6.º, núm. 5). La doctrina se apresuró a poner de relieve que estábamos en presencia de un fenómeno descentralizador que se caracterizaba jurídicamente por una «huida del Derecho administrativo general» (CLAVERO).

B) *Por razón de su carácter de servicio público*. Subrayemos la alusión al «sector público» que se contiene en el artículo 6.º.5 de la

Ley, pues de ahí debe extraerse la siguiente conclusión: no todos los entes (organismos autónomos, sociedades estatales, empresas públicas...) que se citan en la Ley General Presupuestaria gestionan servicios públicos en el sentido técnico del concepto. O, dicho de otra forma: el concepto de *sector público* es más amplio que el del conjunto de los servicios públicos considerados como tales. Por eso, un importante sector de la doctrina española ha añadido a la «actividad administrativa de prestación» (propia de los servicios públicos) la actividad administrativa de «dación (o producción) de bienes al mercado», que se realiza en concurrencia con los particulares que desarrollan la misma actividad y que es una de las más notables características del «Estado-empresario» (comerciante o industrial) de estas últimas décadas (aunque en actual declive).

Ni la terminología empleada ni el régimen jurídico aplicable se identifican necesariamente con el carácter de servicio público de la actividad desarrollada, aunque no puede negarse un cierto parentesco. Así:

a) Los Organismos autónomos de carácter administrativo son, como regla, servicios públicos —art. 4.º.1.a) LGP—.

b) La forma de sociedad anónima mercantil —art. 6.º.1.a) LGP— suele ser, también como regla, manifestación de la actividad empresarial del Estado sin carácter de servicio público: así, la «Empresa Nacional Bazán, S. A.» o «Astilleros Españoles, S. A.», que son creaciones del Instituto Nacional de Industria (INI), ente gestor (auténtica persona jurídica pública, aunque sin potestades exorbitantes) del sector público español y que ha contribuido tan notablemente a nuestro desarrollo industrial.

c) En fin, el Ente público RTVE (Radio Televisión Española) gestiona la radiodifusión y televisión en España («servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado», según nos dice la Ley 4/1980, de 10 de enero), a través de sociedades mercantiles: Radio Nacional de España, S. A.; Radio Cadena Española, S. A., y Televisión Española, S. A.

6. Si la situación ya resulta complicada desde el punto de vista de la clasificación general que se establece en la Ley y de la propia terminología utilizada, la complicación aumenta si se tienen en cuenta las entidades que se han creado en los últimos años (generalmente por consecuencia de preceptos introducidos en las Leyes Generales de Presupuestos del Estado a partir de 1990) y que han dado lugar a lo que la doctrina administrativista española ha dado en

denominar «*la nueva descentralización*»; y que incluye tanto ejemplos de descentralización *de funciones* (descentralización funcional) como de descentralización *de servicios*. Desde el punto de vista de la Ley General Presupuestaria de 1988, estaríamos en presencia de ese «resto de entes del sector público» a que se refiere el artículo 6.º.5.

Estamos en presencia, pues, de un conjunto de funciones y servicios personificados cuya finalidad es la satisfacción del interés general que, bajo la extendida denominación de *entes instrumentales*, presentan las siguientes notas características: 1) personalidad jurídica pública; 2) carácter instrumental; 3) coexistencia de régimen jurídico público y privado.

*a')* Empezaré por referirme a los servicios públicos descentralizados en cuyos órganos de gestión aparecen representantes de los interesados. Un ejemplo clásico en nuestro Derecho positivo nos viene dado por las Confederaciones Hidrográficas. Creadas por Decreto de 5 de marzo de 1926, su carácter curiosamente innovador se recoge ya en el Preámbulo o Exposición de Motivos de la disposición citada, en la que se nos advierte que «no deben ser funciones exclusivas del Estado la ejecución y desarrollo de las obras que afectan a la economía nacional», ya que «es preciso que su labor vaya acompañada de una cooperación ciudadana, en combinación con los Organismos, entidades e individuos interesados». La peculiaridad de la fórmula descentralizadora que de esta forma se consagra queda, asimismo, afirmada: «Estas Confederaciones habrán de funcionar... con la máxima autonomía compatible con la soberanía que en nombre del Estado ha de ejercer la Administración Pública, con sujeción a nuestra legislación vigente sobre aguas, siguiendo un plan que aquélla decretará, pero que formulará la misma Confederación.» Órgano rector de la Confederación es la Asamblea, en la que están representados los servicios del Estado y los aprovechamientos confederados, así como las Cámaras de Comercio, la Banca y la Junta Central de Colonización. Estas personas públicas, pues, combinan instrumentalidad y participación democrática.

*b')* Es indiferente al carácter instrumental del ente el hecho de que esté sometido a régimen público o privado. Más aún, es frecuente, en relación con las entidades recientemente creadas, el que se combinen ambos regímenes en el funcionamiento y actuación de este género de Organismos.

Ejemplo reciente lo constituye el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, creado por el artículo 82 de la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, y reglamentado por

el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio («BOE» de 18 de junio), y por el Estatuto de la misma fecha. Curiosamente, en el Preámbulo del citado Real Decreto se nos recuerda que «el contenido de dicho Estatuto, que se configura en forma similar al propio de otras entidades públicas que desarrollan su actividad con sujeción a regímenes de Derecho público y privado de forma complementaria, constituye el desarrollo de los fines y caracteres que la Ley de creación atribuye al ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea».

Nos encontramos aquí más cerca de la función descentralizada que del servicio público. Ya el artículo 2 del Estatuto nos dice que, a los efectos legales, «se configura como una entidad de Derecho público de las previstas en el número 5 del artículo 6 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria»; que es tanto como excluirlos del régimen general de las entidades estatales y Organismos Autónomos, pues lo que en el citado precepto se hace es remitir a «su normativa específica». Y en esta normativa específica —es decir, en el tan repetido Estatuto— se nos dice, entre otras cosas, en el artículo 5 que «los actos dictados por el ente en el ejercicio de sus funciones públicas agotarán la vía administrativa, excepto en materia tributaria, donde serán recurribles en vía económico-administrativa, sin perjuicio en ambos casos del posterior acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa». Creo que con esto sobran argumentos para insistir en que nos encontramos ante una función pública descentralizada.

c') Un ejemplo más de las nuevas fórmulas organizativas de descentralización a base de entes con personalidad jurídica pública se encuentra en la Ley 27/1992, de 26 de noviembre, sobre Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Sustituyendo la anterior configuración de los Puertos como organismos autónomos del Estado, la nueva Ley —como explica en su Exposición de Motivos— «contempla un único modelo de gestión portuaria basado en unas entidades públicas denominadas *autoridades portuarias* (denominación acuñada internacionalmente para los órganos de gestión de los Puertos), con autonomía de gestión superior a la de los actuales Puertos Autónomos y objetivos y procedimiento de gestión empresariales en sustitución de los organismos autónomos del Estado, excesivamente rígidos o burocratizados para las necesidades portuarias. Se trata de entidades públicas con características, estructura y competencias semejantes a los actuales puertos autónomos, las ventajas de cuyo régimen se han podido experimentar durante más de veinte años de funcionamiento simultáneo con el de las Juntas de Puertos y cuya

gestión será coordinada y controlada por el *Ente Público Puertos del Estado*, que asume el papel de un *holding* situado bajo la dependencia y directrices del Ministerio de Obras Públicas y Transportes».

Lo que interesa subrayar desde el punto de vista jurídico es que nos encontramos ante entes cuya actividad está sometida simultáneamente, según los casos (y no deja de ser éste un punto de inseguridad jurídica para el ciudadano), al Derecho administrativo y al Derecho privado. Así, es significativo lo que se nos dice en el artículo 24.2: «el Ente Público Puertos del Estado, que tendrá personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar, ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuya...». Y la idea se completa a continuación en el párrafo siguiente del propio artículo 24: «los actos dictados por Puertos del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas y, en concreto, en relación con la gestión y utilización del dominio público, la exacción y recaudación de los ingresos públicos y la imposición de sanciones, agotarán la vía administrativa, excepto en materia tributaria, en donde serán recurribles en vía económico-administrativa».

Otro tanto nos dice la Ley en relación con las *Autoridades Portuarias* (es decir, los órganos de administración y gestión de cada uno de los Puertos), que «actuarán con sujeción al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuye». Obsérvese la influencia anglosajona de la terminología: *authority*.

d') Peculiaridades singulares ofrece, asimismo, la reestructuración de las entidades de crédito que realiza el Real Decreto-Ley de 3 de mayo de 1991, número 3/1991, que crea la Corporación Bancaria de España, S. A. (vid. Ley 25/1991, de 21 de noviembre, sobre nueva organización de las entidades de crédito de capital público estatal). Ya en su Preámbulo se nos dice que «se establece una nueva estructura organizativa de las entidades públicas de crédito, creando la Corporación Bancaria de España, S. A., y configurándola como una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria...».

Estamos de nuevo ante un supuesto de intercambiabilidad entre las formas jurídicas utilizadas por el Estado para la reorganización de sus entes instrumentales, pues la reorganización que ahora se lleva a cabo «exige que con carácter previo se proceda a la transfor-

mación del Organismo Autónomo Caja Postal de Ahorros en la sociedad estatal Caja Postal, S. A., y a la transmisión en favor del Estado de las acciones de las entidades oficiales de crédito de las que es titular el Instituto de Crédito Oficial».

En fin, los casos de transformación de unas entidades instrumentales en otras con diferente ropaje jurídico se ha convertido últimamente en una auténtica «manía gubernamental». Valga otro reciente ejemplo: el Real Decreto 1649/1990, de 20 de diciembre, convierte la Escuela Nacional de Aeronáutica, hasta ahora Organo de la Administración Centralizada, en sociedad estatal (con la consiguiente opción de laboralización para su personal funcionario, etc.).

*e')* Sin duda, la suprema novedad organizativa está constituida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Lo que ahora se descentraliza y privatiza es algo que siempre ha estado unido a la esencia misma de una de las funciones nucleares del Estado: la gestión y recaudación de los impuestos.

La Agencia constituye (empezando por su propia denominación anglosajona, *agency*) una auténtica nueva especie organizativa. La Ley subraya su personalidad jurídica propia y su doble capacidad jurídica, pública y privada. Porque, en efecto, al establecer su finalidad y funciones, lo que la Ley hace es simple y llanamente describir una auténtica porción de lo que tradicionalmente se entiende por Administración Pública: «Corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria —dice la Ley— desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el sistema tributario estatal se aplique con generalidad y eficacia a todos los contribuyentes, mediante los procedimientos de gestión, inspección y recaudación tanto formal como material, que minimicen los costes indirectos derivados de las exigencias formales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.» Por cierto que la lectura de la última parte del precepto no deja de ser preocupante, ya que buena parte de esas «exigencias formales» que se trata de suprimir no son sino garantías del contribuyente.

Pero hay que insistir en que lo auténticamente peculiar de la nueva Agencia es su doble condición de persona jurídica pública y privada. Así es que en el desarrollo de sus funciones públicas de gestión, inspección y recaudación está sometida a la Ley General Tributaria y a la Ley de Procedimiento Administrativo y, por consiguiente, sus actos son actos administrativos «recurribles en vía económico-administrativa y fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa». Por contraste, el sometimiento al régimen jurídico privado aparece concretamente en materia de contratación y laboralización

de su personal, para cuya selección se conceden amplias facultades a la Agencia y, desde luego, una discrecionalidad absoluta en relación con el nombramiento del personal directivo. Por cierto que lo que más sorprende es el régimen especial de las retribuciones tanto del personal funcionario como del laboral de este Organismo tan singular, que se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes anuales de Presupuestos. La sospecha es obvia: ¿estará aquí cabalmente la razón última de la reforma organizativa cuyos rasgos fundamentales se están examinando?

7. Nuestro Ordenamiento jurídico-constitucional ha consagrado un nuevo concepto: *servicio esencial*. El concepto de servicio esencial aparece en la Constitución española (art. 28.2) como un límite al ejercicio del derecho de huelga: «Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

Ahora bien, si —en principio— todos los servicios públicos son (deben ser) *esenciales*, no todos los servicios esenciales son *públicos*, ya que pueden estar en manos de particulares (que no sólo los gestionan sino que son sus *titulares* en virtud del principio constitucional de libertad de empresa). Una huelga, por ejemplo, de transportistas privados puede poner en peligro el abastecimiento de una gran ciudad; la Constitución permite, por eso, el establecimiento de *servicios mínimos*, que deben ser cumplidos por los particulares que ejercen su derecho a la huelga. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar repetidamente sobre la constitucionalidad del establecimiento de servicios mínimos, especialmente en materia de transportes urbanos, ferrocarriles y aéreos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de abril y 17 de julio de 1986). Dicho esto hay que añadir lo siguiente: todo *servicio esencial* puede convertirse *mediante ley* en servicio público (es decir, de titularidad pública) en régimen de monopolio, como consecuencia de la iniciativa pública en materia económica que reconoce la Constitución, que en su artículo 128.2 dispone: «Mediante ley se podrá *reservar* al sector público recursos o *servicios esenciales*, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés nacional.»

En resumen: el concepto de *servicio esencial* tiene una doble funcionalidad en nuestro Derecho: 1) como justificante del establecimiento de limitaciones al derecho de huelga; 2) como presupuesto

para su reserva al sector público en régimen de monopolio (servicio público en el sentido tradicional del concepto).

8. Por contraste con el sentido globalizador que el concepto de servicio público tiene en Francia, el Derecho administrativo español maneja distintos conceptos para explicar las distintas formas como la actividad administrativa satisface el interés general. Desde el primer cuarto del presente siglo hizo fortuna la clasificación propuesta por el Profesor JORDANA DE POZAS: para satisfacer ese interés general, la Administración puede actuar utilizando *la coacción (policía), la persuasión (fomento) o facilitando* por sí misma las prestaciones necesarias para satisfacer el interés o la necesidad pública en cuestión (*actividad de servicio público*). Policía (concepto que hunde sus raíces en el viejo *ius polittiae*), fomento y servicio público constituyen las tres formas de la actuación administrativa. Pienso que esta clasificación formal de la actividad administrativa está debidamente justificada, y no es el momento de discutir aquí si, como consecuencia de cuanto ya se dijo sobre la composición de nuestro *sector público*, habría de añadirse una nueva forma de actividad administrativa que un sector doctrinal importante llama de «dación de bienes al mercado» (VILLAR PALASÍ, GARCÍA DE ENTERRÍA).

Por lo que se refiere a la «policía administrativa» (o actividad de coacción, o de limitación de actividades de los particulares), es obvio que con ella se persigue la satisfacción de un interés general: someter a previa autorización administrativa la apertura de un local público para verificar si reúne las condiciones de higiene o seguridad; dictar una orden de demolición de un edificio construido sobre el dominio público... y otros actos similares, vienen exigidos por el interés público. Pero, en sentido estricto, se diferencian del tipo de prestaciones en que el servicio público consiste.

Otro tanto cabe decir de las medidas de «fomento» o de estímulo a la actividad privada (al sector industrial, agrícola o pesquero) para que actúe en una determinada dirección. Dejando aparte los problemas que surgen para los Estados miembros de la Unión Europea (prohibiciones, en defensa de la libre competencia, contenidas en el artículo 92 del Tratado), es cierto que se trata de medidas (ayudas económicas directas o indirectas) que se justifican por el interés público que satisfacen.

En conclusión: el concepto de servicio público en Derecho español debe ser definido teniendo en cuenta la delimitación conceptual que nos ha traído hasta aquí.

## II. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO

De cuanto se ha dicho hasta aquí, se desprende la siguiente definición del servicio público: «*Servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial.*»

Esta definición —que coincide con las que ofrecen la doctrina tradicional, tanto francesa como española— debe ser matizada en relación con sus distintas notas constitutivas.

a) Se trata de un servicio *técnico*; lo cual es una consecuencia de las diversas modalidades que hemos señalado a la actividad administrativa. Lo que el administrado recibe no son actos administrativos (órdenes, licencias, autorizaciones o sanciones), sino *prestaciones técnicas*. En una Universidad o en una escuela pública se imparten enseñanzas; en un Hospital se reciben atenciones médicas; un servicio público de transportes facilita el desplazamiento de los ciudadanos, etc.

De aquí la distinción entre los funcionarios del Estado (o de cualquier Administración pública) «burocráticos» y «facultativos». Cabalmente, la tentación de estos últimos de apoderarse de los altos puestos burocráticos explica lo que se disponía en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo de 1958: «En los Departamentos civiles y Organismos autónomos las tareas de carácter predominantemente *burocrático* habrán de ser desempeñadas exclusivamente por *funcionarios técnico-administrativos y auxiliares administrativos*. Los demás *técnicos y facultativos* deberán dedicarse plenamente a las *funciones propias de su especialidad*» (art. 35). Es decir, a enseñar, curar, proyectar carreteras, puentes o edificios.

b) Se presta al *público*, es decir, a los ciudadanos en general, y con respeto al principio de igualdad ante la ley. Aparte las cualificaciones especiales y personales que el acceso a determinados establecimientos públicos requiere (por ejemplo, ingreso en la Universidad), se ha podido decir que la prestación del servicio se realiza en «régimen de cola» (cola para obtener plaza en un autobús del transporte urbano o listas de espera para ser atendido en un Hospital de la Seguridad Social).

c) De una manera *regular y continua*. El origen y la razón de ser de muchos servicios públicos está cabalmente en el cumplimiento de esta exigencia, y esto explica que los Ordenamientos jurídicos europeos no admitiesen la *huelga de los funcionarios públicos* hasta la mi-

tad del presente siglo. Hay que advertir que la «laboralización» de muchos de los principios de la función pública ha determinado que prevalezca el contrario principio del *derecho a la huelga* con las únicas limitaciones que impone la ya aludida exigencia del mantenimiento de los servicios *mínimos* en relación con aquellos que tienen carácter *esencial*.

d) La *titularidad pública* es nota inherente en la definición. No es incompatible con el muy frecuente hecho de que el servicio se preste en régimen de concesión administrativa: se trata en estos casos de un fenómeno de disociación entre *titularidad* y *gestión*. La Administración concede la explotación del servicio (especialmente en los de carácter económico), pero conserva la titularidad.

e) El sometimiento a un *régimen jurídico especial* es, en fin, una de las notas típicas tradicionales actualmente en crisis. Ya nos hemos referido al fenómeno de la descentralización de los servicios públicos, que la doctrina ha explicado como un claro intento de «huida del Derecho administrativo general», es decir, de huida —para conseguir una supuesta más ágil y moderna gestión— de las reglas tradicionalmente establecidas para «proteger al interés público de los propios administradores». Simultáneamente, un sometimiento progresivo al Derecho privado ha eliminado algunas de las cláusulas exorbitantes que tradicionalmente caracterizaban al servicio público. Ahora la huida es hacia el Derecho privado.

### III. ¿QUÉ PRESTACIONES ECÓNOMICAS Y SOCIALES CONSIDERA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL COMO DE INTERÉS GENERAL? CREACIÓN Y SUPRESIÓN DE MISIONES DE INTERÉS GENERAL

1. Tanto el tema de los fines o misiones del Estado como el de la concreta organización de los servicios públicos para satisfacerlo, es absolutamente contingente y variable y está en función de las concepciones dominantes en relación con los respectivos papeles que la Sociedad y el Estado deben desempeñar. Durante el último siglo y medio hemos visto la transición de un Estado dominado por la idea del *laissez-faire*, fundamentalmente abstencionista, al Estado-Providencia (*Welfare State*) en el que, junto a la salvaguarda de su libertad individual, el individuo se convierte en acreedor de una serie de prestaciones que garantizan su existencia (los alemanes utilizan el concepto de *Daseinvorsorge*) y que caracterizan una *Administración prestadora de servicios* (*Verwaltung als Leistungsträger*); y, de nuevo, la vuelta atrás: la pretendida quiebra del «Estado de bienestar» y la defensa del principio de *subsidiariedad*.

Por otra parte, son muy diversas las razones que históricamente han justificado el nacimiento de los servicios públicos asistenciales y el de los servicios de carácter económico. En efecto, la asunción por parte de la Administración Pública de los llamados servicios asistenciales y sociales, es decir, aquellos que garantizan el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia, sanidad y educación. Es cierto, por ejemplo, que los servicios de beneficencia se imponen como una obligación estatal cuando la Iglesia pierde la posibilidad de realizar estos cometidos, primero en los países protestantes con motivo de la secularización de las fundaciones religiosas que siguió a la Reforma y, después, en los países católicos durante el período de la desamortización. Igualmente, en materia de educación, al abrirse paso en todos los Estados el principio de la enseñanza general y obligatoria, se percibió la necesidad del montaje de un adecuado servicio estatal (o a cargo de otras Administraciones públicas) para hacer factible tal exigencia.

Debe observarse —por contraste con lo que luego se dirá— que la aparición de estos servicios públicos no comportaba necesariamente el monopolio administrativo de tal tipo de actividad. Ni los servicios públicos sanitarios o de beneficencia ni la aparición de un sistema administrativo de enseñanza pública implicaron la prohibición a los particulares de montar actividades paralelas. Sólo excepcionalmente, y en relación con la enseñanza, llegó a propugnarse en Francia y en España la *necesidad política* del monopolio estatal.

Cabalmente es este carácter no monopolístico del servicio el que determina que en su gestión no tenga cabida en su sentido riguroso la fórmula concesional; pues la concesión surge allí donde la Administración se reserva la titularidad de una actividad con prohibición a los particulares del libre ejercicio de la misma.

Frente a lo que ocurre con los servicios del tipo asistencial, la característica de los que ahora nos ocupan está en la posibilidad de su explotación económica. De aquí la dificultad teórica que, durante la vigencia política del Estado liberal, había de representar todo intento de atribución de estos servicios a una Administración pública a la que repugnaba asumir el riesgo empresarial. He aquí por qué la fórmula de la concesión vino a suponer la obligada solución de compromiso en estos casos: respetaba la explotación del servicio —en cuanto empresa económica— en manos de un particular (o concesionario) y simultáneamente establecía el dogma de la titularidad administrativa del servicio (a favor de la Administración concedente).

2. Dicho lo anterior, hay que añadir enseguida que la Constitución española de 1978 establece un modelo de «Estado Social y De-

mocrático de Derecho» (art. 1.1) en el que determinadas misiones asistenciales están establecidas y, al mismo tiempo, se diseña también un modelo económico.

A) *Por lo que se refiere a las prestaciones asistenciales o sociales.* Nuestra Constitución comienza por proclamar enfáticamente que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran 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). A tales efectos:

a) Se declara el derecho de «todos... a la educación» (art. 27.1); añadiéndose que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita» (art. 27.4). Al mismo tiempo, «se reconoce la libertad de enseñanza» y, por consiguiente, la libertad de toda persona física o jurídica «de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales» (art. 27.6). La Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, proclama en su artículo 1.º: «El *servicio público* de la educación superior corresponde a la Universidad...»

b) «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1). La misión a cumplir está, pues, establecida; la creación de los servicios públicos (u otros tipos de medida jurídica) para satisfacer este interés general queda remitida a la legislación ordinaria.

c) Los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados (art. 40.2).

d) «Los poderes públicos mantendrán 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» (art. 41). Por cierto que el sistema de la Seguridad Social, con su diversidad de prestaciones, está establecido en España y cubre —al menos en teoría— a la totalidad de la población. Hay que advertir que el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, reflejaba la situación vigente con anterioridad a la Constitución: «Corresponde al Estado —se disponía— la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social», a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (arts. 3 y 4). Pero, mientras la Consti-

tución se elaboraba, se dicta el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, que reorganiza las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo.

e) «Se reconoce el derecho a la protección de la salud» (art. 43.1). «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto» (art. 43.2). «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio» (art. 43.3). Ley 14/1986, General de Sanidad; en su artículo 5.º.1 dispone: «Los *servicios públicos* de Salud se organizarán...»

f) «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo» (art. 45.1). «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva» (art. 45.2).

g) «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación» (art. 47).

h) «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos» (art. 49).

i) En fin —y hay que subrayar que esta enumeración no es rigurosamente exhaustiva—, «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad» (art. 50).

He aquí, pues, una lista de misiones o fines establecidos, en forma de derechos de los ciudadanos, nada menos que en la Constitución, texto supremo del ordenamiento jurídico. Sin embargo, los redactores de la Constitución tenían clara conciencia de que una cosa es establecer las misiones o fines a cumplir y otra bien diferente la organización de los servicios para hacer efectivos estos derechos prestacionales; pues obviamente no es lo mismo declarar en la Constitución el derecho a la libertad de expresión y configurar un recurso para que los Jueces puedan amparar al individuo en el ejercicio de este derecho, que disponer, por ejemplo, de las viviendas necesarias

para poder satisfacer la demanda de un ciudadano que carezca de vivienda y reclame su derecho al amparo del artículo 47 de la Constitución. Por eso, he aquí el significativo párrafo que se establece en el artículo 53.3 de la Constitución: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3.º (*es decir, los antes resumidos*) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. *Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*»

Se trata de una precisión fundamental. La distancia entre la proclamación del principio y la organización del correspondiente servicio público asistencial para satisfacer el derecho del ciudadano queda establecida.

B) *Los servicios públicos de prestación económica.* La Constitución española se elabora y se promulga en un momento en el que comienzan a declinar los modelos económicos estatistas y socializadores, frente a un resurgimiento del neoliberalismo económico. Siendo nuestra Constitución —como tantas veces se ha dicho— una «Constitución de consenso», bien puede afirmarse que, con apoyo en sus preceptos, lo mismo puede gobernar un partido socialista que un partido liberal (en materia económica). Así:

a) «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación» (art. 38).

b) Por su parte, el artículo 128 dispone: «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.» Y se añade: «2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o *servicios esenciales*, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

El precepto es importante puesto que podría conducir a una interpretación absolutamente renovadora del concepto de servicio público. En efecto, si el principio constitucional es el de «libertad de empresa» (art. 38), sólo aquellos servicios que tengan un carácter de *esenciales* y que *mediante Ley* sean reservados al sector público tendrán la condición de servicios públicos. Dicho de otra forma: sólo tendrían la condición de servicios públicos aquellos que hubiesen

sido especialmente, y mediante Ley, declarados tales. Frente a una «lista abierta», habría que concluir que la Constitución establece un sistema de «lista cerrada».

Añadamos, para completar el diseño constitucional, que, de acuerdo con el artículo 131 de la Constitución: «1. El Estado, mediante Ley, *podrá planificar* la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.»

En conclusión: las misiones o fines de interés general que persigue el Estado son establecidos por la Constitución; la Ley ordinaria establecerá la organización de los servicios públicos económicos y asistenciales que requiera el cumplimiento de las misiones establecidas.

3. Si quisiésemos resumir la actual política española en relación con la actividad económica de la Administración, podríamos recordar las siguientes notas (MARTÍN MATEO): 1) freno a la expansión del sector público económico; 2) reconducción de la empresa pública a los sectores tecnológicos «punta»; 3) apertura al accionariado privado, aunque manteniendo el control de la Administración; 4) saneamiento y, en su caso, liquidación de empresas públicas inviables; 5) no nacionalización de las pérdidas (con ayuda a situaciones privadas fracasadas; aunque en los últimos tiempos los ejemplos en contra son notorios).

Los aspectos privatizadores de la economía española nos ofrecen significativos ejemplos. Así: *a)* se procede a la liquidación de activos inmobiliarios, que en el caso de RENFE (Ferrocarriles Españoles) ha significado ventas por más de 5.000 millones de pesetas; *b)* se privatizan (traspaso total o parcial al sector privado) empresas anteriormente en el sector público, como «Industrias Mediterráneas de la Piel», «Maquinista Terrestre» y ATEINSA (vendido el 85% de su accionariado al grupo francobritánico «GELO-ALTHOM», reteniendo el INI sólo el 15% de las acciones); ENTERSA, INTERLHOACE (Textiles) y, sobre todo, la mayor privatización realizada: REPSOL (Petróleo), operación coronada por el éxito al colocar en la Bolsa acciones por un valor de más de 122.000 millones de pesetas vendidas por cinco veces su valor nominal.

Por contraste con lo anterior, la acción del Estado sigue siendo intervencionista y centralizadora en relación con otros sectores, apoyándose para ello —y es esto lo que debemos subrayar— en el concepto de servicio público. Así: *a)* La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, se apoya en los dos siguientes principios: 1) que la gestión del dominio público radioeléct-

trico es un dominio público natural (ya que la explotación de satélites afecta a la soberanía nacional); 2) que las telecomunicaciones son *servicios públicos esenciales*, en régimen de monopolio. *b)* Por acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de mayo de 1991 (refrendado por el subsiguiente Decreto-Ley) se crea la «Corporación Bancaria de España, S. A.». Se trata de una especie de «cabecera de grupo» (*holding*) para concretar todas las participaciones del Estado en el sector financiero, logrando así la centralización y el control sobre el conjunto de la llamada «Banca Oficial» (Banco Exterior, Caja Postal, Banco de Crédito Industrial, Banco de Crédito Agrícola y Banco de Crédito Local), convirtiéndose en la primera entidad crediticia del país, con cerca de ocho billones y medio de pesetas.

#### IV. LOS MODOS DE ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. La doctrina tradicional distingue entre las siguientes tres formas de organización y gestión de los servicios públicos: 1) gestión directa (con órgano especial de gestión —personificado o no— o sin él); 2) gestión indirecta (en la que la Administración conserva la titularidad del servicio, pero cede la gestión económica del mismo); 3) gestión mixta (en la que la explotación del servicio se realiza mediante formas societarias con capital público y privado).

Cuando se trata de la creación de servicios públicos burocráticos, las reglas que se contienen en nuestro Derecho positivo son las siguientes:

«La creación de cualquier órgano administrativo exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos: *a)* determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica; *b)* delimitación de sus funciones y competencias; *c)* dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento. No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos» (art. 11.2 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992).

Al menos desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, el principio consagrado por nuestro ordenamiento positivo era el de la «reserva legal» para la creación de los Ministerios y grandes unidades administrativas. Este principio valía para los organismos autónomos personificados, y así se leía en la Ley de Entidades Estatales

Autónomas que «La creación de un Organismo Autónomo habrá de ser autorizada siempre por una Ley» (art. 6.º.1); y en el mismo sentido la Ley del Parlamento de Cataluña de 29 de marzo de 1985 que aprueba el Estatuto de la Empresa Pública Catalana (art. 3.º.1). Por lo que se refiere a la Administración Central del Estado, la reserva de Ley para la creación de los Ministerios se consagra en el artículo 11 de la Ley 10/1983, sobre Reorganización de la Administración del Estado.

Ahora bien, excediéndose del cometido propio que a los Presupuestos Generales del Estado atribuye el artículo 134 de la Constitución, pero apoyándose en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional ciertamente generosa (por ejemplo, STC de 21 de mayo de 1987), las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado han ido ampliando las potestades organizatorias del Poder Ejecutivo, que culminan a partir de la Ley de Presupuestos para 1988, cuyo artículo 96 autoriza al Gobierno, al objeto de contribuir a la racionalización y reducción del gasto público, para que mediante Real Decreto, a propuesta conjunta de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, proceda a: 1) *suprimir* Organismos Autónomos y Entidades Públicas *creadas por Ley* si sus fines se han cumplido o si, permaneciendo sus fines, éstos pueden ser atribuidos a órganos de la Administración centralizada; 2) refundir o modificar la regulación de los Organismos Autónomos y Entidades Públicas creados por Ley, respetando, en todo caso, los fines que tuvieran asignados y los ingresos que tuvieran adscritos como medios económicos para la obtención de sus fines. Obsérvese que la técnica que se emplea es la de la deslegalización de las materias anteriormente reguladas por Ley formal. Paradójicamente, la pretendida finalidad de reducir el gasto público no siempre resulta confirmada por la realidad: a partir, especialmente, de la Ley de Presupuestos para 1991, la creación de nuevos Organismos Autónomos (muchos de los cuales han sido ya anteriormente aludidos) parece haberse convertido en la preocupación principal de las sucesivas Leyes anuales de Presupuestos.

2. Nuestra legislación de régimen local contiene una sistemática clasificación de las formas de gestión de los servicios públicos locales. Por su inspiración doctrinal, vale la pena recordar lo que se dice en el artículo 85 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local:

«Artículo 85. 1. Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma *directa o indirecta*. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen *ejercicio de autoridad*.

3. La gestión directa adoptará algunas de las siguientes formas: *a) gestión por la propia entidad local; b) organismo autónomo local; c) sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local.*

4. La gestión indirecta adoptará algunas de las siguientes formas: *a) Concesión; b) Gestión interesada; c) Concierto; d) Arrendamiento; e) Sociedad Mercantil y Cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local.»*

Obsérvese que la variedad de formas de gestión anteriormente enumeradas se refieren a «servicios públicos» en el sentido estricto de la expresión; y que, para el legislador (confirmándose lo que con anterioridad dejábamos dicho), el concepto de sector público es más amplio que el constituido por el conjunto de los servicios públicos. Así se desprende de lo que a continuación se dice en el artículo 86:

«1. Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la *iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas* conforme al artículo 128.2 de la Constitución.»

Este precepto se refiere, obviamente, a actividades «en régimen de libre competencia» con las actividades de los particulares. Pues si se tratase de servicios públicos esenciales (abastecimiento y depuración de aguas; recogida y tratamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros y servicios mortuorios; artículo 86.3), entonces se aplicará la regla de la reserva al sector público y explotación de estas actividades como «servicios públicos en régimen de monopolio».

Aunque falte una explícita clasificación legal, estas formas de gestión son válidas para explicar lo que sucede en el ámbito de la Administración General del Estado.

3. *Gestión directa*. Adviértase que el criterio que se sigue en la clasificación legal es el del riesgo económico de la explotación del servicio; el hecho, pues, de que la personificación del órgano gestor

dé lugar a una persona interpuesta, no varía el carácter directo de la gestión.

Por supuesto, las especialidades son mínimas cuando la gestión del servicio se encomienda a los servicios burocráticos del Estado. Así se dice en el artículo 84 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958: «Los servicios administrativos sin personalidad jurídica distinta de la del Estado, se regirán por las mismas disposiciones aplicables a éste, salvo las excepciones contenidas en este título.» Es decir, salvo las señaladas excepciones por la Ley de Contratos del Estado de 1965; Ley general Presupuestaria (Texto Refundido de 1988); Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, etc.

Mayores peculiaridades plantea la hipótesis de los servicios públicos personificados; bien mediante creación de organismos autónomos con personalidad jurídica pública o cuando se trata de sociedades mercantiles de capital público (o mixto).

De tiempo en tiempo se replantea en España la discusión acerca de la necesidad de un estatuto de la empresa pública (y, por su parte, como ya vimos, el Parlamento de Cataluña aprobó una Ley en 1985 sobre el Estatuto de la Empresa Pública Catalana); pero la cuestión posiblemente sea ociosa, pues, como bien se ha dicho, existe ya en nuestro Derecho positivo con el complejo legislativo que constituyen la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y la Ley General Presupuestaria de 1988 (S. MARTÍN-RETORTILLO).

Sobre la variedad organizativa de los servicios públicos personificados ya se ha dicho lo suficiente al referirnos a las varias formas de descentralización administrativa de los servicios y funciones públicas. Queda ahora referirnos a las formas de control que la Administración Pública se reserva sobre estos entes descentralizados.

De acuerdo con el análisis de S. MARTÍN-RETORTILLO, pueden enumerarse los siguientes:

1.º) Control interno por parte de la propia Administración y del Gobierno. Se realiza de diferentes formas: en algunos supuestos, valorando y estableciendo previsiones o actuaciones que la empresa debe cumplir necesariamente (programas anuales, presupuestos, rendimientos a alcanzar...); en otros, mediante un control específico de las operaciones que la empresa haya llevado a cabo. Este control, que implica sometimiento al régimen de la contabilidad pública (como exige el art. 12 de la Ley General Presupuestaria), se completa con la fiscalización de sus operaciones por la Intervención General del Estado (arts. 99 y 100 de la LGP).

2.º) Control de las empresas públicas a través de un ente de ges-

ción. Ya hemos visto que el Derecho español distingue entre los entes de gestión, personas jurídicas de Derecho público, y las sociedades mercantiles constituidas por dichos entes (es el caso del INI, del Instituto Nacional de Hidrocarburos o de Radiotelevisión Española). Aquí el control se realiza a través de la autorización previa o aprobación de sus actuaciones materiales y, especialmente, mediante el nombramiento de las personas que constituyen el gobierno y administración de las sociedades filiales.

3.º) Los Delegados del Gobierno.—Evidentemente, la facultad de nombrar un Delegado del Gobierno en la empresa pública o sociedad anónima de capital estatal constituye un efectivo medio de control; pero nuestro ordenamiento positivo lo utiliza de forma estricta y selectiva. Así, existen Delegados del Gobierno en empresas de carácter público como el Canal de Isabel II o la RENFE y, sobre todo, en los monopolios fiscales (Tabacalera, S. A., y CAMPSA) o en algunos servicios de especial relevancia como Telefónica, S. A.

4.º) Control *a posteriori* del Tribunal de Cuentas.—El artículo 136 de la Constitución española define el Tribunal de Cuentas «como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, *así como del sector público*». Así es que, en tanto que todas las empresas públicas integran la llamada «cuenta general del Estado» (art. 132 LGP), deben ser examinadas y fiscalizadas también por el Tribunal de Cuentas (art. 136).

5.º) Control de legalidad y control de eficacia.—Junto al tradicional control de legalidad encomendado a la Intervención General del Estado, la LGP ha introducido un *control de eficacia* «mediante el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones», que se ejercen asimismo por la Intervención General del Estado (art. 17) o por el ente gestor o Ministerio del que dependa la empresa pública y organismo público en cuestión (art. 88).

6.º) Control de las Cortes Generales.—Una de las funciones generales de las Cortes Generales (nuestra Asamblea Legislativa o Parlamento) es la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado (art. 66 de la Constitución). Ahora bien, los Presupuestos Generales deben incluir «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal» (art. 134) y contienen el presupuesto-resumen de los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo (art. 51 LGP), que ha de ser, por tanto, aprobado por las Cortes.

Va de suyo que, de acuerdo con los Reglamentos de ambas Cámaras Legislativas (Congreso de los Diputados y Senado), pueden constituirse comisiones investigadoras en relación con temas concretos.

4. *Gestión indirecta.* De las distintas formas de gestión indirecta de los servicios públicos, la fundamental es la concesión del servicio público. Consiste, como quedó dicho, en un fenómeno de disociación en cuanto a la titularidad y la gestión del servicio: la titularidad permanece en manos de la Administración, mientras que la gestión se encomienda a un concesionario que corre con el riesgo económico de su explotación.

En nuestro Derecho positivo, la concesión de servicios tiene naturaleza jurídica de *contrato administrativo*; por consiguiente, se encuentra sometido a lo que se dispone en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (con las modificaciones introducidas, principalmente, por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, y disposiciones posteriores, buena parte de ellas incluidas en las Leyes anuales de Presupuestos). De esta Ley nos interesa subrayar lo siguiente:

— «El contrato mediante el cual el Estado encomienda a una persona, natural o jurídica, *la gestión de un servicio* se regulará por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio en cuanto no se opongan a aquéllas» (art. 62). Y para evitar equívocos se añade: «No se entenderán comprendidos en ella los supuestos de personificación de servicios mediante la creación de entidades de Derecho público destinada a su gestión, ni aquellos en que la misma se encomiende a una sociedad de Derecho privado cuyo capital sea en su totalidad propiedad del Estado o de un Ente Público del Estado.»

— «El Estado podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, todos los servicios de su competencia siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y mientras *no impliquen el ejercicio de poderes soberanos*» (art. 63).

— «Los servicios no podrán ser contratados en régimen de monopolio, salvo que una Ley lo autorice *expresamente*» (art. 64).

Quedan establecidas así las reglas fundamentales de este sistema de gestión del servicio público. Ahora bien, el hecho de que se trate de una forma de gestión indirecta no excluye las facultades de control, pues tratándose de un contrato administrativo es compatible con la inclusión de cláusulas exorbitantes. Unase a esto la existencia de poderes de policía que, como consecuencia, han invitado a la doctrina a declarar el carácter mixto (contractual y reglamentario) de la situación del concesionario. Así, el artículo 65 de la Ley establece: «en todo caso, la Administración del Estado conservará *los poderes de policía* necesarios para asegurar la buena marcha del servicio de que se trate».

## V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. De lo que se ha dicho hasta aquí se deduce cuál es el régimen jurídico aplicable a las diferentes formas de gestión de los servicios públicos. En un intento de sistematización, examinaremos seguidamente: 1) Régimen jurídico en los servicios de gestión directa, distinguiendo: *a)* servicios no personificados; *b)* servicios con personalidad jurídica propia. 2) Servicios gestionados en régimen de concesión administrativa.

A) Tratándose de servicios que se gestionan directamente por la Administración (es decir, aquellos en los que la financiación o el riesgo económico de su explotación afecta al dinero público), habremos de referirnos, en primer lugar, a la «gestión directa sin personificación del servicio». Este es el supuesto de aplicación paradigmática del Derecho administrativo; por consiguiente, la creación y organización del servicio tiene lugar de acuerdo con las reglas (anteriormente vistas) que presiden el uso de la potestad organizatoria del Gobierno y de la Administración; el funcionamiento del servicio está sometido al control jerárquico de las autoridades administrativas y, desde el punto de vista económico, a las normas de la Ley General Presupuestaria y a la fiscalización de la Intervención General del Estado; la contratación está sujeta a la legislación especial sobre contratación administrativa; el personal que presta sus servicios está, como regla, sujeto al derecho de la función pública (aunque, de acuerdo con la Ley 30/1984, se reconoce la existencia de personal laboral); y, en fin, la relación con los usuarios puede estar sometida a una normativa especial (así, por ejemplo, tanto el profesorado como los alumnos de una Universidad pública están sujetos a una «relación especial de sujeción», que se manifiesta —en el Derecho español— en un Reglamento de disciplina académica).

B) El régimen jurídico de los servicios dotados de personalidad jurídica propia es tan diverso como la diversidad misma de este tipo de personas jurídicas. Así, y de acuerdo con los anteriormente estudiados artículos 4 y 6 de la Ley General Presupuestaria:

*a)* Los Organismos autónomos (tanto los de carácter administrativo como los de carácter comercial, industrial, financiero o análogos) «*se regirán por las disposiciones de esta ley (LGP, de 1988)... y por las demás que le sean de aplicación en las materias no reguladas por las mismas*». Por consiguiente: 1) les es de aplicación el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (Decreto 923/1965), con

las especialidades que se enumeran en la disposición final 2.<sup>a</sup> de dicha Ley; 2) el personal de estos Organismos se rige por la misma legislación que el resto del personal de la Administración Civil del Estado —Ley 30/1984, art. 1.1.a)—; 3) el control económico de sus presupuestos y de su gestión financiera están sometidos a la propia normativa de la Ley General Presupuestaria; 4) el control de legalidad de sus actos está sometido, como regla y salvo excepciones, al control jerárquico mediante recurso de alzada (art. 75 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas); 5) en las relaciones de carácter comercial, industrial o financiero con los usuarios del servicio son aplicables las reglas del Derecho privado.

b) Ya se dijo que bajo la denominación de «sociedades estatales» la legislación española distingue: 1) las sociedades mercantiles (en forma de sociedad anónima) con capital mayoritario estatal, y 2) las entidades de Derecho público con personalidad jurídica. Pues bien, tanto unas como otras se rigen por las normas del Derecho Mercantil, Civil o Laboral, «salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente ley» (LSP), es decir, en materias de fiscalización de la gestión económica y aprobación de sus presupuestos.

c) En cuanto al «resto de los entes del sector público» (art. 6, párrafo 5, de la LGP), ya nos hemos referido a la *atipicidad* de estos Organismos. Su actividad está constituida por una mezcla de ejercicios de funciones públicas, de prestaciones de servicio público y, en fin, de actos y negocio jurídico privados, y este carácter mixto se manifiesta, consiguientemente, en el régimen jurídico de su funcionamiento y de su actuación: aquí la intercambiabilidad y coexistencia de un régimen jurídico administrativo y un régimen jurídico privado constituye, curiosamente, la regla. En alguno de mis escritos me he referido al efecto de *inseguridad jurídica* que esto produce desde el punto de vista del ciudadano (dudas razonables, en caso de litigio, de dirigirse a la jurisdicción ordinaria o a los Tribunales de lo contencioso-administrativo), por lo que he postulado a favor de la «ecuación entre forma y régimen jurídico», cabalmente para eliminar ese riesgo de inseguridad jurídica.

2. El régimen jurídico, en fin, de los servicios públicos concedidos requiere el examen de las siguientes situaciones jurídicas:

a) Relaciones de la Administración con el concesionario. Como se dijo, el núcleo de estas relaciones es contractual, de acuerdo con la legislación española (Ley de Contratos del Estado, 1965); pero teniendo en cuenta los poderes de policía que la Administración con-

serva en relación con la organización y el funcionamiento del servicio, la doctrina subraya el *carácter mixto* (contractual y reglamentario) de la situación jurídica del concesionario.

b) Relaciones del concesionario con sus empleados y trabajadores: se trata de relaciones de trabajo sometidas al derecho laboral y a las que, por tanto, no les es aplicable el derecho de la función pública.

c) Relaciones del concesionario con los usuarios. En principio, se trata de relaciones sujetas al derecho privado; pero frecuentemente, como es el caso de determinados servicios públicos de abastecimiento de agua, gas, etc., a las ciudades, el Reglamento de la concesión reserva a la Administración Pública el reconocimiento de las reclamaciones y recursos planteados por los particulares en orden a la irregularidad del comportamiento de la empresa concesionaria. Se produce en tales casos una reclamación o recurso en vía administrativa que, una vez admitida o rechazada por la Administración, da lugar, formalmente, a un acto administrativo susceptible de ser impugnado (por el particular reclamante, o por la empresa concesionaria, según el caso) ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Esto ha dado lugar a que algún sector doctrinal hable de «actos administrativos de los particulares». No hay tal; el acto administrativo se ha formado precisamente —y exclusivamente— por la intervención administrativa al resolver la reclamación o el recurso del particular.