

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE SERVICIO PUBLICO Y SURGIMIENTO DEL DERECHO PUBLICO ECONOMICO

Por: David Elías Melgen

Existen diversas corrientes de opiniones en cuanto al surgimiento del concepto de Servicios Públicos, algunos autores intentan atribuirle la paternidad del mismo a León Duguit, quien en varias obras (Las transformaciones del derecho público y Manual de derecho constitucional) desarrolló importantes aportes a la noción del llamado "Estado de poder"; la cual, conforme al criterio alemán, es la facultad de dominación que tiene el Estado, la potestad de ordenar a las personas libres para que realicen ciertas acciones, abstenerse de otras y efectuar prestaciones, así como forzarlas a cumplir ciertas exigencias. Duguit por su parte afirmaba que el Estado no es un fenómeno de fuerza, su función no es dominar a los hombres, sino procurar los medios que le garanticen su interdependencia y el servicio público es la actividad esencial de la Administración; y que cuando el Estado proporcionaba transporte, salud, educación, etc. no ejercía un poder de mando sobre sus súbditos, su fundamento no era la soberanía, sino la noción de servicio público. En consecuencia, las funciones del Estado son todas aquellas actividades que los gobernantes ejercen para crear, organizar y asegurar el funcionamiento ininterrumpido de los servicios públicos.

Otros autores, como Juan Carlos Cassagne, dudan en atribuirle esa paternidad a Duguit y en cambio pretenden asignarle el origen de la noción doctrinaria, según José Luis Meilán Gil, al Decano Maurice Hauriou, para quien el Derecho administrativo se encuentra más bien orientado hacia la gestión de servicios públicos, que para ejercer la función de policía; pues mientras el servicio público configura el fin que persigue la obra que lleva a cabo la Administración Pública, el poder público implica el medio de realización de dicha finalidad que auto limita el poder por la idea de servicio. Definía el servicio público como un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública. Dentro de sus elementos constitutivos se destacan: a) Es un servicio técnico; b) Es una servicio regular y continuo; c) Es un servicio prestado al público; d) Es prestado a los individuos solo para una necesidad pública o para la satisfacción de un interés general, no puede organizarse para satisfacer intereses particulares; y e) Es asegurado por una organización pública.

Duguit, encabezando la llamada Escuela de Burdeos, en cambio señalaba que la noción del servicio público substituye el concepto de soberanía como fundamento del Derecho público. Resumé definiendo la noción de servicio público como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.

Meilán sostiene que la concesión del servicio público, es el único medio que cuenta el Estado para satisfacer el cumplimiento de sus responsabilidades sociales en aras del interés general, de una sociedad cada vez más industrial y urbana. Cassagne enfatiza el hecho de que "*la ideología socialista que latía en la concepción de Duguit, al transformarse en una concepción autoritaria y estatista, generó una quiebra profunda en el sistema de la concesión, al punto de que el Estado terminó haciéndose cargo de la gestión directa de los servicios públicos*". Esto trajo como consecuencia la nacionalización de los grandes servicios públicos en la mayoría de los países, lo que luego se convirtió en la era del Estado de Bienestar.

Posteriormente con Gastón Jeze se halló funcionalidad en el campo del Derecho administrativo, al vincularla con el procedimiento del Derecho público, pues los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del Derecho público. De lo que se trata es de crear un régimen jurídico especial, a los fines de que las leyes y los procedimientos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público (*ius variandi*). Entiende que la creación de un servicio público "consiste en disponer que una determinada necesidad colectiva sea satisfecha con la prestación de un servicio público".

La doctrina moderna define los servicios públicos como las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por la Constitución a las leyes, para dar satisfacción en forma regular y continua a ciertas categorías de necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de Derecho Público o Privado, según corresponda.

Dentro de los rasgos más sobresalientes o características más importantes de los servicios públicos, debemos destacar, tal y como lo hemos plasmado anteriormente, lo siguiente:

- a) Todo servicio público debe suministrarse con un criterio técnico gerencial y con cuidadosa consideración a las funciones del proceso administrativo científico: planificación, coordinación, dirección, control y evaluación, tanto en su concepción orgánica como en el sentido material y operativo;
- b) Debe funcionar de manera permanente, es decir, de manera regular y continua para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan;
- c) La prestación del servicio público no debe perseguir principalmente fines de lucro; se antepone el interés de la comunidad a los fines del beneficio económico de personas, organismos o entidades públicas o privadas que los proporcionan; y
- d) Generalmente les sirve un organismo público, pero su prestación puede ser hecho por particulares bajo la autorización, control, vigilancia, y fiscalización del Estado, con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente.

La creación de los servicios públicos deber ser mediante disposiciones de la Constitución de la República o por previsiones de ley. La creación de un servicio público significa que el Estado ha decidido suministrar esas prestaciones directa o indirectamente a la colectividad, bien sea el Estado asumiendo la administración, la gerencia o el manejo de una actividad para satisfacer de manera regular y continua cierta categoría de necesidades de interés colectivo teniendo la iniciativa y el control sobre esta prestación a cargo de las particulares.

Mientras las técnicas del servicio público se limitan a las prestaciones de naturaleza económica, donde las inversiones se retribuyen con lo producido por la explotación de la actividad; en los llamados servicios sociales o asistenciales el principio fundamental aplicable es el de la solidaridad. Aquí la responsabilidad por la satisfacción de las necesidades sociales recae directamente sobre el Estado.

Dentro de todo este contexto se hace necesario analizar la figura de la *publicatio*, definida por Cassagne como *la asunción de titularidad de una determinada actividad por parte del Estado, o la transferencia, fundada en la necesidad y trascendencia social, de la titularidad privada a la pública*. Ella no implica atribuir al Estado derecho

real alguno, más bien traduce la incorporación de una actividad al sistema de Derecho público y expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial.

Es evidente que la noción de servicio público tiene una relación vinculante con las teorías económicas, con los procesos económicos y con el comportamiento de los mercados. Lo que nos obliga a aproximar al Derecho público a la Economía, y más específicamente al Derecho Administrativo, realizando análisis económicos de las leyes y de los principios generales que gobiernan esta disciplina, la que lo convierten en una materia interdisciplinaria, que condiciona el comportamiento económico de los agentes, regulando sus actuaciones en cuanto a la toma de decisiones y la distribución de sus recursos y las reglas que rigen las relaciones de la administración pública, sus instituciones, con los ciudadanos.

Las intervenciones económicas del poder público adoptan diferentes estructuras jurídicas, por lo que las decisiones de los agentes requieren de un detenido análisis del marco jurídico en el que operan; en campos que pueden ser tan exclusivos y distantes como la regulación de los mercados, protección al medio ambiente, régimen de competencia y derecho de los consumidores, seguridad jurídica, etc.

Siempre ha existido la incidencia del Estado en la economía, adoptando con el paso de los años distintas denominaciones o manifestaciones, las cuales han ido variando dependiendo la forma de incidir, de la estructura económica y del momento histórico en que se realice dejando mayor o menor margen de libertad al sector privado: intervencionismo, planificación, empresa pública, dirigismo, supervisión o regulación. En estos momentos quizás es la regulación económica la manifestación más significativa del intervencionismo estatal, preocupado por no entorpecer la libre iniciativa privada.

Debemos detenernos para analizar la definición de los conceptos *intervención* y *regulación*. Intervenir, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa interponer su autoridad, dirigir, tomar parte del asunto. En el mismo diccionario, regulación es ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines o determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona. La Suprema Corte de Justicia Norteamericana en un famoso caso, *Gibbons v. Orden*, decidido en 1824, con el voto afirmativo de su Chief of Justice John Marshall, hizo una interpretación interesante del término regulación, en una lectura extensiva de la Cláusula de Comercio establecida en la Constitución. Y decía ¿Cuál es ese poder? Es el de determinar por medio de qué reglas se regirá el comercio; es decir que lleva esa extensión a considerar que el poder de regular el comercio, es en definitiva, el pleno poder de controlarlo.

La regulación es el nuevo paradigma del intervencionismo público sobre la economía, ya que tiene el protagonismo que en otras épocas correspondía a la planificación, al servicio público o a la empresa pública, debe contribuir a la búsqueda de instituciones adecuadas y a la elección correcta de los ámbitos y las formas de intervención estatal. Un punto de equilibrio entre intervención y libertad que asegure un mínimo vital para todos los ciudadanos y confianza frente a las defraudaciones de los sujetos participantes en el mercado y libertad para elegir entre las opciones diversas de bienes y servicios en función de su calidad y coste.

Galbraith da cuatro razones a favor del intervencionismo y a la regulación pública. La necesidad de proteger el planeta e impedir la destrucción del medio ambiente; segundo la necesidad de proteger a los más vulnerables de los empleados del aparato productivo contra los efectos adversos de la máquina económica; tercero la

propensión de la economía a producir y vender bienes o servicios deficientes o materialmente perjudiciales; y cuarto el sistema contiene dentro de sí tendencias que son autodestructivas de su eficaz funcionamiento. Lo importante para el Derecho Público Económico es que esta intervención se produzca garantizando los derechos de las personas y permitiendo una economía saneada, manteniendo niveles de inflación aceptables y estimulando la competencia como factor de producción de riquezas y de bienestar.

La desintervención consiste en un cambio de la posición del Estado en sus relaciones con el sistema económico, de un Estado gestor a un Estado regulador, dándole un giro a lo que ha sido la posición del Estado históricamente en su participación en la economía, dejando a un lado su protagonismo y dando paso a la empresa privada como principal responsable de la satisfacción de la demanda, en un régimen de competencia promovido por la desaparición de los monopolios, la lucha contra los abusos de posición dominante, la supresión de prohibiciones injustificadas y el replanteamiento de los controles y las exigencias que tienen que soportar las empresas. Este proceso se traduce en cuatro fenómenos: privatización, liberalización, desregulación y desburocratización.

La liberalización, impulsada por la integración económica y las nuevas tecnologías, es la ruptura de los monopolios estatales, desnacionalizaciones y la sustitución de concesiones por licencias, que determina la despoblificación de los clásicos servicios públicos. La desregulación son ciertas medidas liberalizadoras que han venido siendo aplicadas con el ánimo de dinamizar la economía y consisten básicamente en la eliminación por las instancias públicas competentes de restricciones y constricciones que afectaban a las decisiones empresariales. El programa desregulador no ha significado el fin del intervencionismo estatal en la economía, más bien se ha desplazado de unos ámbitos a otros, a causa de los cambios de los objetivos políticos y el funcionamiento de los mercados. La regulación corrige fallos del mercado, coadyuva a la justicia social, satisface aspiraciones colectivas y evita la miopía en el comportamiento económico.

La privatización, liberalización y desregulación determinan la desburocratización, consistente en la búsqueda de la eficacia y la eficiencia en la actuación administrativa, mediante el proceso de adelgazamiento del Estado o de creación de una Administración que trabaje mejor y cueste menos.

Paralelo a los procesos de privatización, desregulación y globalización de los mercados, nos encontramos ante un movimiento internacional, promovido principalmente por Inglaterra, los Estados Unidos y organismos internacionales, consistente en la modernización de la Administración a través de la racionalización del gasto y la selección de nuevas formas de gestión. Parte de la admisión de la indispensabilidad del Estado y de la Administración, y de la concepción de ésta como un mecanismo de toma de decisiones colectivas, en mundo cada vez más globalizado cuya característica sería la aproximación e interrelación de los países del planeta y la universalización de ciertas instituciones y formas de vida favorecidas por el auge del capitalismo o la economía de libre mercado.

En este proceso de globalización, la parte económica ha sido primordial. La economía mundial se caracteriza en nuestra época por el fenómeno de la globalización, es decir, el creciente predominio del comercio internacional como motor del crecimiento económico, sobre la base de una alta competitividad. El escenario en el que se desenvuelve la actividad empresarial es el planeta. Los países tienen la oportunidad de producir para un mercado, tan amplio como el mundo, beneficiándose de las economías de escala y combinando los factores de producción de forma óptima, pero

también enfrentando una competencia cada vez más generalizada. Es en este contexto que podemos entender la racionalidad económica de los procesos internacionales de apertura de los mercados y de formación de bloques de integración regional, así como la trascendencia de los acuerdos internacionales mediante los cuales se fijan las nuevas reglas de juego, de carácter supranacional, que han de normar el comercio internacional.

Uno de los máximos exponentes de la teoría económica neoliberal, Hayek, se destacó precisamente por su análisis detallado de las instituciones jurídico públicas y por su crítica a determinadas formas de intervencionismo, principalmente la planificación. También se preocupó de la teoría de la Ley, el Estado de Derecho, la libertad individual y la discrecionalidad administrativa. Comparte con Buchanan el reconocimiento de la necesidad de un orden normativo como presupuesto del mercado, en la medida en que éste no producirá los resultados esperados si no existe seguridad jurídica.

Otro economista prestigioso, Heilbroner, analiza los problemas del capitalismo del siglo XXI, afirmando que se deberá contener o reorientar las tendencias del ámbito económico por el único medio capaz de imponer resistencia a la fuerza, o sea por medio del gobierno. Los cuales pueden ser impuestos y subvenciones, seguridad social, política monetaria, etc.

La Administración económica está compuesta por múltiples organizaciones públicas que tienen competencias en materia económica. Se trata de un aparato institucional que debe amoldarse a las necesidades de la estructura económica para evitar entorpecer su buen funcionamiento. Sus principales características responden a la búsqueda de flexibilidad y eficacia que debe ser compatible con la legalidad. El Derecho Público Económico serviría para facilitar las intervenciones del poder público en la economía, ofreciendo herramientas que permitan condicionar el comportamiento de los operadores económicos. También establece una serie de garantías que deben servir para evitar una serie de excesos de la Administración, sus intervenciones desproporcionadas y las desviaciones del poder y arbitrariedades que pueden darse como consecuencia de las conexiones entre el poder político y el poder económico, que traen el riego de la corrupción.