

¿Réquiem por el servicio público?

FERNANDO GARRIDO FALLA*

Durante el pasado mes de abril tuvieron lugar en Lisboa los IV Coloquios luso-hispanos sobre Derecho Administrativo. Me cupo el honor de presidir, como moderador, una de las sesiones del debate programada con el rótulo “Privatizaciones y desregulación”, figurando como ponentes el Prof. De la Cuétara, de la Universidad de la Laguna, y nuestro colega portugués Prof. Vital Moreira.

Advertí, al comenzar la sesión, que iba a romper con el papel que habitualmente se supone atribuido a los “moderadores”, esto es: presentar a los ponentes, escuchar atentamente sus exposiciones y, en fin, sintetizar las ideas expuestas con algún que otro apunte personal sobre lo dicho. Así es que, para evitar toda apariencia de objeciones a los ponentes en relación con lo que dijeran, me proponía

* Magistrado del Tribunal Constitucional de la Real Academia de Jurisprudencia

adelantar mis propias ideas sobre el tema, aun corriendo el riesgo de que aquello se pareciese a una “miniponencia” improvisada.

Así lo hice. Comencé glosando una importante intervención que a lo largo del coloquio que tuvo lugar la tarde anterior realizó el Prof. Entrena Cuesta. No caigamos en el error —nos dijo— de entender que privatización y desregulación son conceptos que se postulan mutuamente; por el contrario, es la privatización la que exige mayor regulación, ya que ésta es su correctivo necesario.

Abundé, pues, en esa idea subrayando cómo en ese supuesto de privatización en grado mínimo que el Derecho Administrativo conoce con el nombre de “concesión del servicio público”, el concesionario —explotador privado del servicio— está sujeto a las reglas propias del servicio que garantizan tanto a los usuarios individualmente considerados, como el interés general. Si la idea de servicio público (es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión) desaparece, habrá que acudir a la regulación, en cuanto afecte al interés público, de la actuación privada (o privatizada).

Cuando terminé mi intervención, el colega portugués, que me flanqueaba por mi izquierda, se inclinó hacia mí para mostrarme los folios de su ponencia escrita cuyo título era precisamente éste: “¿Réquiem polo servizo público?”. Permítaseme que tome prestado ese mismo título para desarrollar las ideas anteriormente esbozadas que, por lo demás, ya he tratado en anteriores publicaciones.

Con motivo de un ciclo de conferencias que durante el pasado curso académico tuvo lugar en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre el tema “La derecha y la izquierda”, nuestro compañero Sr. Fernández de la Mora empezó su disertación con esta propuesta: “a mayor tamaño del Estado estamos ante la izquierda; a menor tamaño es la derecha”. Todos recordamos el animado coloquio que se desarrolló a continuación. Nuestro Presidente aludió a la oposición “Estado-Mercado” y, por lo que a mí toca, aparte de objetar que la fórmula propuesta eludía toda referencia a los “valores” que inevitablemente postula la distinción, me limité a observar que experiencias aún recientes en Europa nos ofrecían ejemplos de Estados *totalitarios* de diverso signo, lo que me llevaba a la conclusión de que el “totalitarismo” (máximo tamaño del Estado) puede ser de derechas y de izquierdas.

Desde la perspectiva de una administrativista, el problema del “tamaño del Estado” se traduce en el tema del intervencionismo administrativo que, desde los comienzos del Estado constitucional, se desarrolla a través de las siguientes etapas: 1) el abstencionismo administrativo del Estado-gendarme; 2) la expansión de los servicios públicos; 3) la finalidad social y económica de la Administración y la aparición del Estado bienestar, y 4) el neoliberalismo y la crisis del servicio público económico y social.

Digamos algo en relación con cada una de estas fases.

* Por exigencia de las propias ideas sobre las cuales se construye el Estado constitucionalista —sobre todo la preocupación por el aseguramiento de las libertades personales—, en su primera etapa aparece una Administración Pública abstencionista. La actividad administrativa se pretende reducir al mínimo y, desde luego, todo intento de injerencia en el mundo de las relaciones (económicas o sociales) entre los particulares está, de antemano, condenada en virtud del dogma fisiocrático del “laissez faire laissez passer, le monde va de lui même”. Al Estado y a su Administración únicamente

competente asegurar el orden público, única condición necesaria para que el juego de las fuerzas sociales y económicas se desarrolle normalmente. Es, como puede verse, una raquítica misión de simple “gendarme” la que caracteriza al Estado en esta etapa administrativa. Desde el punto de vista de la implicación del Estado en actividades económicas, la repulsa se manifiesta en relación con la construcción de las grandes obras públicas y del establecimiento de servicios públicos de gran envergadura como, por ejemplo, los nacientes ferrocarriles. La idea del contratista o del concesionario interpuesto viene a satisfacer, de una parte, el dogma de que el Estado no debe perder la titularidad de estos servicios, de otra, la idea práctica de que el riesgo económico de su explotación, en definitiva de su gestión económica, debe realizarse a riesgo y ventura de los particulares. Se trata, por lo demás, de una idea que permanece durante el primer cuarto del siglo XX en autores como Bèrthèlemy, que se expresa así: “Industrialismo no es una fórmula subversiva. Es sencillamente ineficaz. El Estado no ha sido constituido para gestionar comercios o para dirigir fábricas. Yo no me canso de aconsejar a mis alumnos la lectura de los libros de Fayol, Favareille y Schazz sobre el industrialismo estatal, porque en ellos se demuestra el peligro del estatismo, la presunción de los que quieren en todo sustituir la concesión por la régie y confiar a los funcionarios una función que reclaman los industriales. Pero también pongo en guardia a mis alumnos contra esa generalización que consiste en asimilar la mayor parte de nuestros grandes servicios públicos a industrias ordinarias. Guardémonos también de este error, porque Francia no sabría ser administrada como una gran casa de comercio” (prefacio a la X Edición de su “Traité Elémentaire de Droit Administrative”, París 1923).

Ahora bien, dejemos claro que la idea fundamental que domina durante la aparición de los grandes servicios públicos (especialmente ferrocarriles) durante el siglo XIX es muy semejante a la que modernamente se postula bajo el principio de la subsidiariedad.

* El liberalismo abstencionista no podía prolongar su reinado por mucho tiempo. Por vía de excepción se justifican una serie de intervenciones administrativas que, en determinadas materias, vienen a significar la quiebra de la tesis abstencionista. Así, la Administración se encuentra en la necesidad de emprender por sí misma grandes obras públicas (principalmente para montar el sistema de comunicaciones) que, por su volumen o falta de rentabilidad, no iniciaban los particulares; al secularizarse los bienes eclesiásticos en los países protestantes y por consecuencia de la desamortización en los países católicos, el Estado se encuentra impedido a subrogarse en las atenciones que con anterioridad habían estado a cargo de la Iglesia, de donde surgen nuevos servicios públicos antes innecesarios. En materia de enseñanza, al implantarse la obligatoriedad de la instrucción elemental, y, por ende, su gratuidad, han de surgir los servicios públicos de enseñanza, etc. En cada caso, hay una explicación concreta para el fenómeno intervencionista, pero en el fondo siempre se trata del común argumento de la perentoriedad de satisfacer ciertas necesidades de interés general. Como ya puso de relieve Jordana de Pozas hace medio siglo, “las explicaciones voluntaristas son totalmente insuficientes. Pese al paralelismo cronológico entre las doctrinas predominantes en cada momento sobre el fin del Estado y la correspondiente realidad dinámica administrativa, erraría gravemente quien afirmase que este desarrollo era consecuencia de aquellas doctrinas” (RAP, enero-abril, 1951). Baste recordar que uno de los aspectos más sugestivos del actual intervencionismo estatal, cual es la política social, tuvo su origen en varios países con motivo de medidas adoptadas o inspiradas curiosamente por gobiernos políticamente conservadores: así, Disraeli en Inglaterra, Bismarck en Alemania y Dato en España.

* Sin embargo, no debe olvidarse que uno de los rasgos más característicos de la Administración a mediados del siglo XX se encuentra en un decidido y reflexivo propósito intervencionista. Esto significa un cambio de sentido tan radical, con respecto de lo que era la Administración decimonónica, que merece la pena detenerse en su explicación.

Como puso de relieve Forsthoff, durante el siglo XIX la sociedad constituye para la Administración un mero dato, condicionante de su actividad. La intervención administrativa o el servicio público se justifican únicamente en cuanto que falta la iniciativa particular en orden a la satisfacción de una determinada necesidad pública. Pero a mediados del siglo que pronto termina es cabalmente la ideología en esta materia la que cambia, y buena prueba de ello constituye para mí la relectura de lo que ya expresaba en las primeras ediciones de mi *Tratado*, recogiendo las observaciones de Forsthoff.

Porque ahora no se parte, como queda dicho, de la sociedad como dato externo e intocable. El Estado, antes bien, intenta configurarla de acuerdo con una previa idea de Justicia, por lo que, en primer término, la finalidad de la actuación administrativa se hace social. Este es el sentido que hay que asignar a la tan traída y llevada “justicia social”, cuya temática es de tan ineludible vigencia para la mentalidad todavía vigente que no hay Estado que no predique de sí mismo, al darse su Constitución, el calificativo de social, ni partido político que, incluso por puras razones propagandísticas, no utilice el propio calificativo. La Constitución Española de 1978 no podía desconocer esta preocupación: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...” (art. 1.º.1 de la Constitución).

* Si queremos situar cronológicamente las transformaciones a que se acaba de hacer referencia y que conducen al denominado *welfarestate* o “Estado de bienestar”, habremos de situarnos en los años posteriores a la Segunda Gran Guerra. La subida al poder de los laboristas en Gran Bretaña y del Partido Socialista en Francia constituye todo un replanteamiento del sistema en relación con los fines del Estado y con el desarrollo de los servicios públicos asistenciales y económicos. Finalidad fundamental del Estado será lo que la doctrina alemana designó con el nombre de *Daseinvorsorge* y que configura una “Administración prestadora de servicios” (*Verwaltung als Leistungsträger*). Al fenómeno del nacimiento de los servicios públicos ya nos hemos referido, así como a su extensión en el campo de la Seguridad Social. Pero asimismo hay que referirse a la Administración como titular de servicios de carácter económico. Muchos de estos servicios se gestionan por la Administración pública “ex novo”, es decir, originariamente, mediante la creación del organismo o establecimiento público que los gestiona. Otros, proceden del fenómeno de las nacionalizaciones.

Si esta era la situación a mediados del siglo —es decir, ayer para quienes hemos vivido esos años en nuestra juventud—, la situación actual supone la reversión absoluta de cuanto queda expuesto: Hoy día las corrientes económicas neoliberales postulan de nuevo la vuelta al “Estado mínimo” con el consiguiente fenómeno de desregulación, y privatización (total o parcial) de las empresas económicas en manos públicas. O lo que es lo mismo, la “muerte del servicio público” (la expresión es de uno de nuestros colegas administrativistas) y la regulación mínima de las actividades empresariales privadas.

Y lo que interesa subrayar es que curiosamente la creación de la Comunidad Europea y, en fin, de la actual Unión, se ha inspirado ciertamente en este tipo de ideas. Como es sabido, el art. 222 del Tratado de Roma declara que “el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados Miembros”; pero antes se ha establecido en el art. 90 del Tratado CE que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, “en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiadas”.

La ayuda y la subvención a la empresa pública se convierte así en algo excepcional, que cada Estado Miembro habrá de justificar ante la Comisión Europea, bajo pena de recibir fuertes sanciones. Si unimos a esto la obsesión por las liberalizaciones, podemos concluir con la observación de algún sector doctrinal en el sentido de entender que “todo esto tiene un coste que es necesario estimar: el de la Europa del no servicio público”.

Pero, claro está, la reacción tampoco ha tardado en manifestarse. Una asociación no gubernamental, Initiative pour le Service Public en Europe, ha publicado un importante volumen de varios autores (la colaboración española ha corrido a mi cargo) con el sugestivo título *Vers un Service Public Européen* (París 1996). Las viejas ideas luchan por resurgir y, por lo que a mí toca, desempolvo el viejo concepto de servicio público que, ni quiere ni debe morir: “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”.

Por último una reflexión final. Es frecuente que la ideología dominante empareje los términos “privatización” y “desregulación” como si de dos tenencias naturales que marchan paralelas y se postulan mutuamente se tratase. Hay aquí una posible falacia que resulta necesario deshacer; pues, por paradójico que parezca, la privatización exige cabalmente regulación.

En efecto, la idea de servicio público gestionado por concesionario (que no deja de ser una forma de privatización; al menos de privatización de la gestión) implica un control de la Administración concedente sobre el concesionario (regularidad, seguridad en la prestación del servicio, control de tarifas, etc.) que actúa en beneficio del usuario. Cuando la privatización es completa, es decir, cuando una Administración pública abdica de la titularidad y ésta se presta por empresa privada en el ejercicio de la libertad de empresa, el problema que surge es el relativo a la forma de garantizar el interés público de la actividad realizada. O, dicho de otra forma, los intereses y derechos de los usuarios del servicio. Por supuesto, en tal caso el control sobre el ahora desaparecido concesionario ha de ser suplido por el ejercicio de la potestad reglamentaria (o, en caso, legislativa) del Estado o de la Administración Pública competente. Dicho más directamente: la privatización postula “regulación” de toda actividad que, por el interés público que satisface, exige la protección de los usuarios y del dicho público interés.

En 1958, cuando apareció la 1ª edición de mi *Tratado de Derecho Administrativo*, al comparar el régimen jurídico-administrativo con el sistema anglosajón me refería a la regulación de las “public utilities” en los EE.UU. Allí el concepto de servicio público era doctrinalmente desconocido; pero partiendo de la libre empresa, cuando la actividad a desarrollar era de interés público aparecía la

“regulación” (normalmente de la mano de Comisiones reguladoras independientes —como la Interstate Commerce Commission— que suplían la falta de una potestad reglamentaria centralizada). Lo curioso era observar cómo arrancando de bases doctrinales opuestas (la idea de servicio público en el régimen administrativo europeo y de la libre empresa en el Derecho norteamericano) se llegaba, mediante un necesario acercamiento, a un punto de encuentro en el que las reglas de funcionamiento del servicio público y de las “public utilities” venían a coincidir. Pienso que algo parecido es lo que estamos actualmente viviendo con el fenómeno de las privatizaciones. La “desregulación” no opera en el plano de la privatización, sino en relación con actividades originariamente privadas innecesariamente intervenidas, a veces, por consecuencia de la paradójica “inercia expansiva” de la burocracia.

No resisto a la tentación de repetir lo que ya dije en 1958 al comparar ambos sistemas jurídicos:

“La explicación de esta diversidad de puntos de partida está, seguramente, en la distinta forma como la Administración y sus poderes surgen en América y en Europa. Aquí, el Estado de Derecho es una creación históricamente tardía que viene a superponerse a las antiguas Monarquías absolutas centralizadas. La Administración, frente a las garantías jurídicas que se introducen para protección de la libertad de los súbditos, sigue, empero, actuando como heredera del antiguo Monarca absoluto, con poderes residuarios. En cambio, los EE.UU. nacen como Estado independiente siendo ya Estado de Derecho: la libertad individual no es allí una conquista frente a un poderoso Estado anterior, sino un presupuesto del Estado que nace. El desarrollo ulterior hace que la situación se parezca cada vez más a la de Europa; pero lo que merece subrayarse es que esto se consigue a través de un proceso en el que el Estado es quien va conquistando poco a poco (contrapunto de las luchas del ciudadano europeo por sus libertades) sus prerrogativas de Poder Público”.

Así es que, en cualquier sistema jurídico, ésta es la alternativa: o la recuperación del concepto de servicio público, o la regulación de la privatización. En el campo del Derecho público y de la Economía, éste es el “tema de nuestro tiempo”.