

Perspectivas dos servizos públicos españois para a década dos noventa (Un ensaio de prospectiva xurídica)*

Juan Miguel de la Cuétara Martínez**

1.- A DÉCADA DE 1990 VAI SE-LA DO “GRANDE DEBATE” SOBRE OS SERVIZOS PÚBLICOS.

1.1.- Ábrese cunha intensa preocupación en todo o mundo sobre uns servizos públicos que:

a) *Non conseguimos que funcionen ben.*

En 1990 a Fabian Society patrocinou e publicou un libro titulado “Consuming public services” (Routledge, London-New York, 1990). Os seus editores e responsables foron dous profesores da Universidade de Birmingham, no “curricula” dos cales figuran estudos previos sobre Asistencia Social¹ e sobre teoría e práctica do socialismo². En principio, pois, nin eles, nin, por suposto, a Fabian Society, poden ser tachados de malquerencia cara os servizos públicos, a pesar do cal no libro apréciase con toda claridade unha fonda preocupación polo funcionamento actual dos servizos públicos británicos.

No libro non se trata –ou non se trata tan só– de lamenta-la ruptura do consenso de posguerra sobre as nacionalizacións ou de respostar ó ataque da Nova Dereita da época Thatcher, ultra-liberal e privatizadora; o problema de fondo, o que realmente desexan os seus creadores é reendereita-lo rumbo dos servizos públicos cara a calidade perdida, extremo sobre o que non queda dúbida ningunha: os servizos públicos –constatan– non están a funcionar como deberan.

Non se debe de pensar que esta preocupación é exclusivamente un asunto local. Por esta mesma época, un profesor de Berkeley, California, editaba e publicaba un libro con este suxestivo título: “Deregulation or Re-regulation. Regulatory reform in Europe and the United States”³, obra que continúa a liña dos seus predecesores como “The politics of regulatory change”⁴ e tantas outras⁵ dedicadas as alteracións no réxime xurídico dos servizos públicos e actividades regula-

*O texto que segue é o da conferencia pronunciada polo seu autor o día 6 de Abril de 1992 no Salón de Actos da Consellería da Presidencia da Xunta de Galicia por invitación da Escola Galega de Administración Pública

** Catedrático de Dereito Administrativo na Universidade da Laguna

das a ámbolos lados do océano. En todas elas o punto de partida é o mesmo: o funcionamento dos servizos públicos debe de ser mellorado.

Nin o continente europeo, nin a mesma Francia, na que o concepto de servizo público asentouse na esencia mesma do seu Dereito Público, están libres desta preocupación. Por citar un só exemplo, pódese lembrar que á “crise” tradicional dos servizos nacionais únese, dende 1983, a preocupación polo futuro duns servizos locais con grandes dificultades presupostarias, das que dan conta obras como “Service Public Local: gestion publique, gestion privée”⁶. E en España foi Martín Mateo quen, como en tantas outras ocasións deu o tiro da saída destes estudos coa súa “Liberalización da Economía”⁷, onde se documentan e referencian amplamente as actuais tendencias cara a redución do sector público e a desnacionalización, labor posteriormente continuado por Rodríguez-Arana e Villar Rojas no concreto tema das privatizacións⁸.

Nin que dicir ten, “o bo funcionamento dos servizos públicos” tamén preocupa entre nós, e de aí que este fora precisamente o título dunha recente monografía publicada por Tecnos⁹ que continúa a liña dos traballos, máis conceptuais, de Sala (1977), Ariño (1979), Villar Ezcurra (1980) ou Martín Rebollo, por citar algúns¹⁰. O libro de Serrano Triana sobre os “Fundamentos del servicio público”¹¹ é, polo momento, o único e máis comprensivo intento da doutrina xurídica española de se encarar con esta materia que, realmente, merece a súa atención.

A preocupación polo funcionamento dos servizos públicos, de tódalas maneiras, transcende ó home da rúa; calquera cidadán é consciente de que as esperas para obter unha liña telefónica ou atención sanitaria especializada, desgraciadamente xa non son noticia; e, por suposto, o colapso do servizo de correos, as enormes perdas económicas da RENFE ou IBERIA ou os problemas cotiáns dos transportes urbanos son de abondo coñecidos polos cidadáns españois. Sen catastrofismos e sen politiqueiría isto é así, e a nosa sociedade ven acumulando dende hai tempo presión para que “alguén faga algo” para mellora-los servizos que pagamos cos nosos impostos¹².

Reteñamos, pois, como primeiro paso da reflexión que vimos de emprender, que os servizos públicos constitúen un xusto obxecto de preocupación porque non están funcionando ben; a década que principiamos, unha vez pasados os fastos do 92, este é o momento adecuado para considerarmos este problema.

b) Non coñecemos-lo seu alcance e extensión óptimos.

A fronteira ideal definitiva entre o público e o privado aínda está por marcar. Ian Tinbergen, o primeiro premio Nobel de economía, díxoo hai máis de dúas décadas; e hoxe segue a ser certo que non coñecemos-lo punto exacto no que o particular debe de deixar paso ó colectivo e viceversa. Porque a organización e prestación colectiva de servizos é posible en moitos eidos, sen que saibamos exactamente cales, e por que a ampliación e extensión dos servizos públicos ven de se producir dende hai tempo entre as continuas crises e cambios do mundo occidental. Vexamos algúns exemplos:

– Nos Estados Unidos a pesar da súa recoñecida adhesión á liberdade comercial, a crise económica de 1929 levóu á famosa creación da famosa Tennessee Valley Authority na que a produción eléctrica e o reparto das augas organizáronse dun xeito absolutamente novo sobre a base do servizo público. Dende entón, os servizos públicos xestionados en man pública son algo cotián naquel país, como amosa calquera libro dedicado á súa organización política¹³.

– En España, as leis de subsistencia de 1917, dictados durante as excepciónais circunstancias da Primeira Guerra Mundial, trataron de loitar contra o desabastecemento organizando a Mariña mercante española baixo a forma de servizo público. Do mesmo xeito a recente Lei de Estiba e Desestiba de Buques acudiu á calificación de servizo público ó tratar de solucionar-los problemas desta actividade, liña que continúa no anteproyecto de Lei de Portos e Mariña Mercante recentemente dado a coñecer.

– E, naturalmente, nos períodos de guerra, a distribución colectiva de bens e servizos, así como á atención ós necesitados e damnificados, como é abondo coñecido, aumenta en grande medida como parte das responsabilidades dos poderes públicos.

Como se ve, as crises económicas, ou bélicas, incrementan, case automaticamente, as prestacións colectivas, en épocas de paz como a actual, o libre comercio, a interacción privada é o normal. O problema estriba en que a fluctuante situación das sociedades contemporáneas, obriga, dunha banda, a acepta-la esencial “mutabilidade dos servizos públicos”¹⁴ e, doutra, a asumi-la súa tendencia a se estender e ramificar a medida que as sociedades se fan máis complexas. Dito en termos simples, non resulta nada fácil dimensionar uns servizos públicos cambiantes e en crecemento constante.

Unha grande diversidade de concausas contribúen a escurece-lo problema do dimensionamento ideal dos servizos públicos. Dunha parte, a inercia das institucións sociais que impide desmontar facilmente os servizos innecesarios ou obsoletos; doutra parte as características propias da dinámica política que esixe esfera de influencias propias, sexan ou non estrictamente necesarias; doutra parte aínda, as propias presións dos xestores, para os cales o crecemento é indicativo de éxito, e aínda cabe citar como causa coadjuvante a acción dos sindicatos máis fortes nos servizos públicos, por canto o patrón manexa diñeiro alleo e o usuario depende vitalmente do seu funcionamento. Nin que dicir ten, todas elas tenden ó sobredimensionamento dos servizos públicos.

O sobredimensionamento dos servizos públicos conduce á súa ineficacia e esta naturalmente é obxecto de preocupación polo conxunto da sociedade. Como corolario, pois, obtemo-la confirmación da formulación inicial segundo a cal os servizos públicos van preocuparnos vivamente ó longo dos anos vindeiros, e cada vez máis, en tanto non coñezamos exactamente o seu dimensionamento óptimo (sospeitamos que medraron con desmesura; cando a sospeita se fai abafante, veñen as privatizacións).

c) Non sabemos moi ben o que son.

Os autores que trataron conceptualmente o tema dos servizos públicos, comezan utilizando unha referencia xa clásica, segundo a cal “existen tantos conceptos de servizo público como tradadistas escribiron sobre el”. Eu mesmo no meu libro “La actividad de la Administración” inicio o apartado dedicado a esta institución referíndome ás polémicas existentes¹⁵; e tanto en Francia coma noutros países, a idea do que sexan ou deban de ser servizos públicos levanta asañados debates¹⁶.

Para uns, a educación é servizo público e, para outros, non o é, máis que na emisión e certificación de títulos académicos polo Estado; no sector transportes é difícil cualificar moitos deles (liñas regulares de mercadorías, servizos discrecionais, taxis, etc.) como servizo público ou non; a electricidade é, segundo se mire, servizo público en todo ou en parte; e moitos dos locais son servizos públicos tan só nun sentido amplo do termo. A cualificación dunhas e doutras actividades dista moito de ser pacífica.

Nin a lexislación nin a xurisprudencia son alleas a estas dificultades. Así cabe citar como paradigmático, para a lexislación, o caso da educación, nas sucesivas leis da cal a cualificación de servizo público aparece e desaparece¹⁷; e, para a Xurisprudencia, abonda menciona-lo caso das oficinas de Farmacia que son ou non son servizo público segundo o relator e a Sala do Tribunal Supremo actuante¹⁸.

A visión popular do tema é aparentemente simple, pero a Xurisprudencia dictaminou que se trata dunha actividade fortemente intervida e, en todo caso, un “servizo público virtual ou impropio”. E visualizamo-las novas “televisións privadas” como alleas ó servizo público cando lexislativamente está moi claro que forman parte do mesmo. En suma, non existe unha concien-

cia común do que son realmente os servicios públicos por máis que vivamos inmersos neles; non podemos deixar que pase unha década máis sen construíla.

1.2.- Ó longo da década, a preocupación polos servicios públicos será crecente.

a) *O debate sobre as prestacións públicas substituirá á vella polémica “liberdades formais, liberdades reais”.*

Nos anos iniciais da Primeira posguerra mundial produciuse un relativo consenso no mundo das democracias occidentais sobre a necesidade de ir cara liberdades “reais” e a validez para iso das ideas de nacionalización e planificación da Economía¹⁹. Certamente, non se trataba de eliminarlo postulado da liberdade de mercado (aínda que se falou moito de economía mixta) ou a democracia pluralista (cun certo predominio da socialdemocracia) pero non é menos certo que a vella polémica entre as liberdades formais e as liberdades reais (da que, entre outros, nos falou Raimond Aron)²⁰ foise decantando paseniñamente a prol das segundas, a medida que se ía constituíndo o “Welfare State”²¹. As empresas nacionalizadas foron en Europa un instrumento xeralmente aceptado²², ó que, no continente se engadiu a idea da planificación indicativa, cualificada como tal por oposición ós programas quinquenais soviéticos²³.

Hoxe as cousas cambiaron radicalmente. O Welfare State acadou teito e os seus grandes modelos bátense en retirada. O consenso, hoxe, favorece á libre iniciativa²⁴ e, con iso, os principios nos que se baseaban as empresas de prestación de servicios públicos (equidade, racionalidade e universalidade, a partir da propiedade –ou cando menos control– públicos e da conducción política da empresa) han ser revisados.

A revisión, nos tempos que corren –nos que predomina unha cultura de tipo comercial– debe de ser pragmática. Ata agora, os servicios públicos desempeñaban unha misión “sacralizadora” ou lexitimadora da acción do poder público, papel que foi especialmente notable en Francia²⁵ e do que aínda se poden atopar mostras na España dos oitenta²⁶. Este tipo de argumentos xa non é de recibo. A eficacia, os rendementos reais, o balance “custo-beneficio”²⁷, son os criterios a aplicar nunhas contas que cada vez se queren máis claras. Facer estas contas vai se-la preocupación fundamental dos anos noventa, nunha especie de obrigado balance “fin de século” que afectará na súa integridade ó tormentoso século XX.

Nos anos vinte e trinta houbo xa unha primeira etapa de preocupación polos rendementos dos servicios públicos no mundo anglo-saxón. O sector dos “public utilities” foi aillado e revisado, as súas empresas foron sopesadas, os desenvolvementos técnicos previstos, etc.²⁸.

A Guerra Mundial primeiro e o “desarrollismo”, despois, apagaron esta preocupación que volve a aparecer, novamente nos países anglosaxóns, nos oitenta coa privatización británica e desregulación americana²⁹. Na última década do século estenderase a todo o mundo desenvolvido, unido finalmente –segundo parece– baixo os postulados da economía de mercado. En suma, a Historia maila Economía lévannos a pensar que as prestacións públicas serán necesariamente revisadas nos anos vindeiros.

b) *O auxe das economías de mercado esixirá a delimitación dos servicios públicos.*

O un de Xaneiro de 1992 entrou en vigor a Acta Única Europea. A libre circulación de persoas, mercadorías e servicios no territorio comunitario deu con ela un paso de xigante³⁰. Naturalmente, os vínculos e limitacións derivados da idea de servicio público nacional, aínda en vigor, haberán ser reconsiderados. E iso sinxelamente porque os postulados de liberdade comercial do Tratado de Roma non favorecen ós servicios públicos, que só aceptan como excepción. A excepción, por suposto, debe de ser coidadosamente avaliada, delimitada, concretada e cinguida ós seus estritos termos, iguais para toda Europa. Este proceso xa comenzou³¹.

Non se debe de pensar en solucións simplistas, e moito menos, en privatizalo todo e esquece-los servizos públicos, baixo a inxenua presunción de que o mercado vaios suplir sobradamente³². Dunha banda porque a privatización supón tan só a “desnacionalización” pero, en tanto se trate de servizos públicos a ela segue unha inmediata regulación da actividade das empresas privatizadas³³. E, doutra banda, porque a simple interacción nas complexas sociedades contemporáneas produce de seu os servizos públicos, que serán todos aqueles nos que a prestación colectiva siga a ser máis rendible que a individual³⁴.

Ningunha sociedade contemporánea pode prescindir dos servizos públicos. Pódese prescindir dunha boa parte dos actuais servizos hipertrofiados; pódese prescindir incluso –aínda que resulta xa moi dubidoso– do control público estatal, situándoos baixo a dirección de corpos públicos realmente independentes; o que non pode desaparecer é a idea mesma de servizo público. A iluminación das cidades, o abastecemento de augas ou a rede de sumidoiros son sistemas dos que non se poden desinteresar as colectividades locais; e o sistema sanitario ou de asistencia social –por non cita-lo mundo dos transportes ou telecomunicacións– non poden ser totalmente alleos ó Estado. As fórmulas de organización poden ser diversas ou os xestores poden ser totalmente privados, se se abomina definitivamente do capitalismo de Estado; pero os servizos deben de estar sempre aí, a dispor dos usuarios e baixo a garantía da colectividade.

O que temos que facer é corrixi-los erros do pasado. A década dos noventa está, na miña opinión, chamada a iluminar un importante movemento de identificación exacta do que son e do que non son auténticos servizos públicos, e do que significa esta cualificación. O auxe da economía de mercado así o impón.

E a miña intención contribuír, na medida das miñas posibilidades e dende o coñecemento xurídico ó debate que se aveciña.

2.- CARA UN ENTENDEMENTO XURÍDICO COMÚN DOS SERVIZOS PÚBLICOS.

2.1.- Exposición.

Para iso cómprenos, en primeiro lugar, entendernos, empregar unha linguaxe común. Non podemos revisa-lo alcance e contido das prestacións públicas sen un entendemento común sobre o que significa a expresión servizo público. E isto non é fácil, porque hai –como se repetiu ata a saciedade– moitas formas de presentalos.

Hai, en primeiro lugar, unha visión política que presenta ó servizo público como o apoio e xustificación do poder público, visión que estivo presente dende o mesmo momento en León Duguit e a súa Escola de Burdeos centraron a atención nesta figura³⁵ e que na España actual aparece con forza nunha boa parte da nosa Lexislación³⁶.

Tamén existe unha forma “economicista” de contempla-los servizos públicos, intimamente relacionada coa idea do “monopolio natural”, aquel que se produce cando as economías de escala aumentan indefinidamente (e os custos marxinais diminúen) coa consecuencia de que a situación óptima de produción dáse cando unha soa empresa fornece todo o mercado. Esta visión vese periodicamente sometida a reconsideración e hoxe está a recibir moi fortes ataques dende as tendencias privatizadoras en auxe³⁷.

E aínda se pode falar dunha visión empresarial, pragmática, que contempla os servizos públicos como un sector no que, se ben as regras do xogo son impostas pola Administración, cabe facer negocios. Esta visión estaría moi relacionada coa dos “managers” ou xestores públicos que ven ós servizos públicos como algo que hai que facer funcionar a pesar das cargas (servizo universal igual para todos) e inconvenientes (tarifas politicamente controladas) cos que se encontran. En fin, existe tamén –por suposto– unha visión xurídica que é na que agora debemos de centra-la atención.

A visión xurídica tradicional española defínese en dúas palabras: titularidade e monopolio dos servizos públicos. Cando menos dende que Villar Palasí acuñou o termo “publicatio”, por tal enténdese a asunción dunha actividade polo sector público, coa que se exclúe toda inmisión non consentida nel. Unha vez efectuada a “publicatio” só son válidos os títulos administrativos nun sector que se presentou tamén como de “regalía monopolística”³⁸. Os servizos públicos son así un monopolio legal, unha titularidade pública e un sector excluído á iniciativa privada salvo habilitación (por concesión ou autorización) expresa. Noutras palabras, o eido propio dos servizos públicos é o do artigo 128.2 da Constitución que, como se recordará, prevé a “reserva de servizos esenciais ó Estado”.

Algunhas definicións españolas do que é o servizo público nas que se trata de amplia-lo campo de visión son:

“E aquela actividade administrativa do Estado ou doutra Administración Pública, de prestación positiva, coa cal, mediante un procedemento de Dereito público, asegúrase a execución regular e continua, por organización pública ou por delegación dun servizo técnico indispensable para a vida social”³⁹.

Aquí as palabras clave son “procedemento de Dereito Público” e “servizo técnico indispensable”; non obstante, a titularidade regaliana mantense na expresión “actividade do Estado ou doutra Administración Pública”.

“É a resposta técnica do poder político que concreta o valor da solidariedade económica e social, convertendo ó seu destinatario en suxeito de dereitos e deberes perceptibles conxuntamente en forma de vantaxe no seo dunha actividade de interese público”⁴⁰.

As palabras clave son agora “solidariedade”, “vantaxe” e “interese público”. A idea de xuridicidade mantense (destinatario suxeito de dereitos e deberes) e a “titularidade” pública convértese en decisión política.

Non é cuestión de entrar agora en polémicas sobre as que me pronunciei⁴¹, nin entrar nun exame conceptual que nos levaría moi lonxe⁴²; o que agora interesa é salientar que, por detrás das diferentes formulacións, a visión xurídica dos servizos públicos obriga a pensar en termos de “dereito e deberes” ou, o que é o mesmo, das regras do xogo ó que se someten e dos equilibrios que se producen entre os distintos suxeitos que neles interveñen. Dado que é aquí onde o entendemento común pode e debe de se formar, permitireime por uns minutos centra-la atención nunhas e noutros.

2.2.- Formación das “regras do xogo” nos servizos públicos.

a) *Garantía de prestacións mediante regras de Dereito Público.*

Nos servizos públicos os gobernantes asumen a garantía e se responsabilizan dunha prestación útil para a sociedade que ha funcionar de forma regular e continua e á cal deben de acceder equitativamente os cidadáns en condicións previamente establecidas. Tal decisión adóptase por moi diversas razóns pero sempre cun mesmo efecto: exclusión das regras do mercado en todo aquilo que se estima necesario para conseguilo fin perseguido.

Non debemos de enganarnos: a cualificación de servizo público dunha actividade substraía a aplicación de todas ou algunha das regras do mercado. Nin a universalidade nin a permanencia identifican ó servizo público, porque mediante a economía de mercado pode tamén lograrse atende-la totalidade dunha demanda de forma permanente⁴³ senón que o fan as regras de dereito público que se aplican. Dito doutra maneira, a creación de servizos públicos ten como finalidade utilizar instrumentos de dereito público –como acertadamente sinalaba ARIÑO– para satisfacer unha necesidade colectiva.

Falar de normas de Dereito Público é falar de prerrogativas e garantías. Prerrogativas da Administración –neste caso a responsable do servizo– e garantías do particular que, nos servi-

cios públicos, e como veremos máis adiante, poden adoptar varias posicións e determinar diversos equilibrios. Por suposto, o esqueleto de tales prerrogativas e garantías debe de ser construído polas Cortes Xerais, e, por suposto, tamén a Administración só poderá actuar ó abeiro da Lei⁴⁴, pero coa remisión ó Parlamento resolvemos moi pouco; ¿Hai algunha guía que se poida aportar neste terreo?.

b) Elementos conformadores do Dereito dos servicios públicos.

Efectivamente, así é. Partamos da idea de que as prerrogativas da Administración convérten-se normalmente en restricións totais ou parciais á liberdade de empresa e á liberdade de contratación. A liberdade de empresa porque ou ben queda excluída totalmente (servicios monopolizados e xestionados directamente) ou ben se vincula á obtención dun título administrativo (autorización ou concesión) ou convenio específico coa Administración (concerto); e á liberdade de contratación porque con independencia de que a empresa xestora sexa pública ou privada, as súas relacións co usuario pasarán pola peneira pública verbo das tarifas, acceso ó servizo ou modalidades de prestación. Pois ben, para concretar e xustificar estas limitacións o Estado conta con tres elementos básicos, cada un dos cales nuclea unha acción diferente:

a) **Definir unha misión de servizo público.**- Utilizo esta referencia (misión de servizo público) que é xeralmente aceptada no Dereito comparado, para expresa-la constitución polo Estado dunha “autoobriga” pola que asume o deber de organizar, por si ou por outros, a prestación dun servizo determinado. Trátase, obviamente, do elemento teleolóxico, fundamental nunha decisión, como a que aquí se trata⁴⁵.

b) **Establece-los privilexios –regras de protección– do servizo público.**- Unha vez asumida a misión de servizo público, os atrancos que a impidan satisfacer deben de ser removidos. Nuns casos poden derivar da concurrencia doutras empresas, que se reduce ou elimina; noutros poden provir das regras do Dereito Civil (afectación de bens), Mercantil (quebras) ou laboral (folgas) que se declaran inaplicables ou se modifican; en todo caso, é importante reter que esta protección privilexiada está rexida polo principio de proporcionalidade, que non debe de afectar ó núcleo esencial de dereitos ou liberdades públicas e que está sometida ó control dos Tribunais. Non nos podemos deter nestas cuestións, polo que só cabe afirmar agora que a protección debe de ser medible e se establecer “more iuridico”.

c) **Impoñer cargas de servizo público.**- As “cargas de servizo público” son imposicións que se proxectan sobre tódolos suxeitos que, dunha ou doutra maneira se relacionan co servizo. Poden consistir na esixencia de habilitación ou na responsabilización dun conxunto de servizos determinado, para as empresas; poden consistir tamén, nun determinado comportamento dos usuarios. Tales cargas, ó igual que as limitacións a terceiros que xurdan dos privilexios que acabamos de ver, deben tamén de se rexer polo principio de proporcionalidade e ser controlables polos tribunais.

Os tres elementos reseñados dan forma ó ordenamento dos servizos públicos. Certamente, cada servizo é distinto dos demais, o que terá como resultado o establecemento de misións, proteccións ou cargas distintos para cada un deles. O conxunto dos tres, resumido na expresión “cualificación de servizo público” actúa como un título xustificativo do feixe de potestades que o poder público seleccionou –como quen as toma dunha panoplia– para cada servizo. E cada un deles xa é coñecido e empregado na lexislación e xurisprudencia dos diversos países da Comunidade Europea e incluso no propio Dereito Comunitario, sen que agora proceda a súa exposición. Concluamos logo, dicindo que é sobre estes tres elementos sobre os que cabe forxa-lo entendemento aquí perseguido e pasemos ó equilibrio que se establece entre os protagonistas do servizo público.

2.3.- Equilibrios que se forman entre os suxeitos que interveñen no servizo público.

a) O equilibrio “Lexislativo-Executivo”.

O primeiro suxeito a considerar é unha Entidade Pública, á que incumbirá a responsabilidade de que o servizo público estea en todo momento ó dispor dos seus usuarios. Pero na Entidade Pública da que se trate, á súa vez, haberá de distinguir un duplo aspecto: dun lado, a formación da vontade democrática de que a actividade se xestione como servizo público e, doutro, o exercicio de potestades executivas ó servizo de tal decisión. A súa vez, esta distinción proxéctase de distinto modo sobre as entidades dotadas de poder “político-xurídico” (Estado e Comunidades Autónomas) e as puramente investidas de poder “xurídico-administrativo” (Entidades Locais). Para simplificarla cuestión tomemo-la máis antiga das primeiras, o Estado, e vexamos como actúa realmente nos servizos públicos.

A declaración de servizo público e a investidura de potestades á Administración corresponde ó Parlamento, que pode actuar obedecendo un mandato constitucional (por exemplo, para prover ós cidadáns de educación ou de asistencia social) ou por propia iniciativa (así na nacionalización da rede de alta tensión). Aínda que pareza innecesario lembralo, o Parlamento non é a Administración o cal implica un primeiro equilibrio xurídico entre dous órganos constitucionais. Non é certo que a Administración sexa o “custodio nato” dos intereses xerais: o Goberno, o Executivo, o partido no poder, teñen intereses propios, potencialmente diferentes dos da Nación no seu conxunto. E o órgano que detén a representación popular o que realmente “fala por todos”, e isto lévanos a desfacer un primeiro equívoco, moi común por outra parte, no eido dos servizos públicos: o órgano democrático debe de asumir un papel moito máis activo, adoptar moitas máis decisións que a pura “publicatio” formal ou simple cualificación dunha actividade como servizo público.

Un enfoque absolutamente formal do principio de legalidade⁴⁶ podería levarnos á conclusión precipitada de que este queda satisfeito coa declaración parlamentaria dunha actividade como servizo público e o mandato á Administración para que o desenvolva⁴⁷. Pero con iso esquecemos que o servizo público non se presume, que debe de ser creado en tódolos seus aspectos pola vontade humana, extraéndoo da libre iniciativa indiferenciada. Esquecemos tamén que a regra xeral é a liberdade e a “publicatio” de actividades a excepción –lexítima pero non por iso menos excepcional– á regra. Esquecemos, en fin, que non existen unhas potestades aplicables a tódolos servizos públicos, senón un verdadeiro arsenal, do que o lexislador debe de tomar as que coide convenientes para cada servizo. En fin, se entendemos mellor a relación Lexislador-Administración, a partir dun maior protagonismo necesario do primeiro na construción dos servizos públicos nacionais, teremos dado un paso de xigante para a comprensión do sistema xeral⁴⁸.

b) Combinacións posibles entre a Administración, a empresa e os usuarios.

Un segundo equilibrio, interno, prodúcese no mundo dos usuarios dos servizos públicos, onde se debe de distinguir o usuario que en cada momento recibe a prestación de que se trate, e o usuario en abstracto, o que inclúe tanto ós presentes como ós futuros, e ós reais como ós potenciais⁴⁹. Esta distinción é moi necesaria, porque os intereses respectivos son moi distintos como de seguido pasaremos a ver⁵⁰.

O usuario real ten como interese prioritario beneficiarse da prestación que se trate, en tanta cantidade como lle resulte útil, coa máxima calidade e ó mínimo custo. O usuario potencial, pola súa parte, convenlle a máxima disponibilidad do servizo para o momento que lle cómpre, con independencia dos custos que iso supoña para a colectividade. Tan só ó usuario en abstracto benefícialle o equilibrio económico da empresa xestora, do que á súa vez derivan a regularidade e continuidade indefinida do servizo en condicións razoables. Se os anteriores puidesen desequilibrala no seu propio favor, sen consecuencias negativas para eles, sen dúbida o farían.

O corolario das anteriores observacións é que as condicións reais existentes nos servizos públicos non tenden espontaneamente a unha asignación equitativa de recursos e tarifas. Se diriximo-la nosa mirada á realidade observaremos que efectivamente así é: Préstese atención ós seguintes desequilibrios:

Combinación Administración-usuarios actuais: a Administración, para beneficiar ós usuarios actuais da enerxía eléctrica situou durante moitos anos as subas de tarifas por debaixo dos custos. As empresas reaccionaron diminuindo os dividendos, o que á súa vez fai perde-lo atractivo ós potenciais accionistas; a estrutura financeira das empresas desequilibrase cara ós prestamos, o cal, á súa vez, as debilita aínda máis, pasándose dos préstamos a longo prazo ós de curto e medio prazo. A situación xerada é evidentemente moi perigosa para os usuarios de futuro.

Combinación Administración-empresas: no mesmo eido da enerxía eléctrica, o denominado “parón” ou “moratoria” nuclear foi decidido en execución do programa electoral do P.S.O.E. a pesar dos custos que supoñía o simple mantemento das instalacións inactivas. Iso foi compensado cunha suba do 4% nas tarifas que, por suposto, non redundou en beneficio ningún para o servizo ou para os usuarios⁵¹.

Combinación Parlamento-Administración: as leis de fraccionamento dos sistemas universitarios de distintas Comunidades Autónomas, notablemente Canarias e Galicia, son un bo exemplo de como os criterios políticos e a conveniencia de polo menos parte dos xestores levan a unha duplicación e dispersión de esforzos que de modo ningún están determinados por criterios obxectivos de calidade do servizo do ensino superior. Nesta combinación é moi habitual predicar un van criterio de “eficacia e rendibilidade social”, asumido como simple cobertura pacificamente por tódalas partes. Outra mostra pode verse na facilidade coa que o Parlamento acepta os déficit producidos –incluso anticipadamente– por moitos servizos, sendo o último e máis notorio caso o dos máis de 100.000 millóns de pts. de perdas presupostadas por T.V.E. para 1992.

Combinación usuarios-xestor: moitos cursos do INEM, xerados nun loable esforzo de formación ocupacional, están cubertos cunha certa cantidade de diñeiro destinada ós alumnos, como prestación substitutiva ou subsidiaria á do paro. Cando o interese dos inscritos é exclusivamente a percepción desta cantidade, xurde con toda facilidade a corruptela da non asistencia –ou do total desentendemento– cubertos formalmente coa conivencia dos profesores. O caso das “xeiras” asinadas en falso por moitos alcaldes andaluces responde á mesma dinámica. O réxime de auto-xestión de moitas residencias universitarias e a conseguinte non dotación de fondos de mantemento das súas instalacións é outra boa mostra desta específica combinación.

Cabería pensar que a solución para evita-las disfuncións, desequilibrios e desviacións apuntadas estriba en atopar bos xestores, políticos creativos, ou xerentes moi profesionalizados, capaces de dar co punto medio entre tódolos intereses en xogo. Isto, que pode ser bo para casos singulares no que as circunstancias o propicien, non pode ser elevado a regra xeral⁵². Se de desequilibrios socias trátase, a solución definitiva estriba en arbitrar un mecanismo equilibrador capaz de operar de seu. Sendo o Dereito o mecanismo equilibrador por excelencia, nada máis lóxico que aplicalo.

O vello “*suum cuique tribuere*”, a xustiza distributiva é absolutamente necesaria na organización dos servizos públicos contemporáneos. E, se non desexa acudir a unha virtude –a Xustiza– pénsese no sabio mecanismo de “freos e contrapesos” co que os fundadores dos EEUU de Norteamérica dotaron a un País chamado a se converter en douscentos anos en potencia mundial indiscutible: estes “freos e contrapesos” ou equilibrios institucionais son tamén necesarios nos servizos públicos e son, que dúbida cabe, Dereito Público.

Os políticos xurdidos da democracia representativa deben de te-lo control dos servizos públicos. Do acerto na súa xestión derivará naturalmente a súa reelección ou rexeitamento. Pero, para actuar rápida e directamente, deben de ter moi claro que é o que poden e o que non poden

facер, con quen van contar necesariamente e a que están obrigados. Isto é o que aporta o Dereito. Por suposto os usuarios do servicio deben de saber que é o que poden esixir, que parte ocupan no conxunto do servicio, con quen han relacionarse: de novo, as respostas están no Dereito.

O Dereito non o pode todo. A xestión de servicios públicos debe moito ós enxeñeiros que deseñan as máquinas, cada vez máis numerosas en tódolos servicios; ós tecnólogos que impulsan a renovación dos parques de maquinaria; ós científicos que iluminan novas opcións e formas de satisfacer antigas necesidades. O Dereito ten que asumir-lo progreso e así veu facéndoo ata agora, como recordou Meilán cando escribiu ese pequeno grande libro que é "La cláusula de progreso en los servicios públicos"⁵³. E ten que asumir tamén as conclusións da Estatística, da Psicología social, do Urbanismo e de tantas outras disciplinas que contribúen a conformalos complexos servicios públicos actuais, por non falar das grandes ramas do saber como a Economía ou a Sociología, tan próximas como distinta da Ciencia Xurídica. Pero todo iso, integrándoo coas súas específicas preocupacións que son, hoxe como sempre, conseguir ese equilibrio interpartes que simbolizamos tradicionalmente coa balanza da Xustiza.

A fin de non falar no baleiro, permitireime adiantar algunhas propostas de por onde debe de discorre-lo acordo entre os operadores xurídicos españois sobre o problema dos servicios públicos.

3.- PROPOSTAS CONCRETAS.

3.1.- Primeira proposta: os servicios deben de convivir necesariamente coas liberdades públicas.

Esta proposta pode parecer un simplismo e, certamente, encerra unha desas verdades obvias que son innegables de seu: ó esta-los dereitos fundamentais e liberdades públicas garantidos pola Constitución, calquera institución xurídica debe de convivir forzosamente con eles, incluído –¡como non!– o servicio público. Esta é unha desas verdades de Pero Grullo que á man pechado chamábaa puño.

Agora ben, o xeito concreto da convivencia entrambas institucións non resulta fácil de determinar⁵⁴. Dunha banda porque os gobernantes, cumprindo mandatos que están incluso no texto constitucional (facilitar educación, vivenda, acceso ós bens da cultura a tódolos cidadáns), poden promover-los servicios públicos de tal xeito que reduzan efectivamente importantes ámbitos de liberdade así mesmo constitucionais (liberdade de empresa, establecemento de centros docentes, de transmisión de ideas, etc.); e, doutro, porque a inhibición dos gobernantes pode facer ilusoria a liberdade constitucionalmente declarada ¿de que serve a liberdade de desplazamento sen transportes, o segredo das comunicacións sen comunicación, ou o dereito á educación sen prazas escolares?.

PÉREZ LUÑO sintetizou moi ben a situación, ó falar da necesaria continuidade entre as liberdades públicas e os dereitos sociais, con cita de BOBBIO, BORDEAU e outros autores⁵⁵. E el mesmo sinala un camiño polo que ten que discorre-la necesaria síntese, que merece ser recorrido porque o certo é que a afirmación inicial se mantén; por moi difícil que sexa, as liberdades públicas e os servicios públicos deben de convivir.

As derivacións desta formulación son realmente importantes. A máis notoria é a que impón o abandono da titularidade monopolística dos servicios públicos cando así resulta da existencia dunha liberdade pública. CHINCHILLA viu ben este problema ó estudia-la televisión e se preguntou directamente se o servicio público representa unha ameaza ou unha garantía para os dereitos fundamentais⁵⁶. Sen perxuízo de que cabe chegar a conclusións diverxentes, o interese da pregunta é indubidable, porque da resposta que se lle dea depende o modo de articulación de servicios e liberdades en cada caso concreto.

Outra derivación singularmente transcendental é a que nos impón considerar ó servicio público como un título xurídico limitado. Ata agora existía na doutrina unha idea difusa de que,

unha vez declarado un servizo público, se constituía unha relación especial de suxeición dentro da cal as potestades públicas eran netamente expansivas. O recordatorio da existencia de dereitos e liberdades, incluso dentro dos servizos públicos, fainos repensar o alcance deste título xurídico, no sentido de entendela máis limitado, o que representa, sen dúbida, un avance cara unha nova concepción das relacións internas, moito máis equilibradas.

En fin, non é cuestión de desenvolver aquí o que non é senón unha proposta, unha nota para comezar a pensar nestas materias. Vexamos algunhas outras.

3.2.- Segunda proposta: o servizo público é a excepción á regra xeral da liberdade de mercado.

Nas economías occidentais e no noso sistema constitucional a regra xeral da economía é a libre iniciativa. A liberdade de empresa no ámbito da economía de mercado non só está radicalmente afirmada no artigo 38 da Constitución Española senón tamén é a manifestación actual da vella liberdade de comercio e industria que puxo fin ás limitacións gremiais e de toda orde do Antigo Réxime. En poucas palabras, a libre iniciativa, o libre exercicio da profesión, a libre creación de empresas económicas, temos que convir, é unha das bases da nosa convivencia.

O servizo público restrinxe, como xa quedou dito, a liberdade de empresa. Na área así cualificada, o dereito de establecemento é limitado ou eliminado, a contratación queda sometida a regras de Dereito público e, en fin, a dirección da empresa queda sometida ós poderes externos de carácter xurídico. Sendo así que non pode haber dúas regras xerais distintas e incompatibles, unha ou outra ten que prevalecer, e o que aquí se sostén é que a regra xeral é a libre iniciativa dos particulares e o servizo público a excepción á mesma. Se iso parece fácil de aceptar en principio, non o son tanto as consecuencias que de isto se derivan.

Toda norma excepcional debe de interpretarse restrictivamente, ou, o que é o mesmo, non pode ser obxecto de interpretación analóxica ou expansiva. Non só porque a iso obriga o clásico principio "odiosa sunt restringenda", senón tamén porque é puro dereito positivo español, a partir da súa inclusión no título preliminar do Código Civil, o cal na súa actual redacción sinala que "as leis excepcionais non se aplicarán ós supostos nin en momentos distintos ós comprendidos expresamente nelas"⁷⁷. Iso ven significar que as potestades administrativas que se exercen nos servizos públicos teñen que estar expresamente habilitadas polas normas directamente aplicables e que, se estas potestades son limitadoras, tales normas han ter rango de lei formal⁷⁸. De novo atopamos co servizo público como un título xurídico limitado cun alcance que pode ser moito menor do que a primeira vista parece e, desde logo, do que o poder político desexaría.

Nos últimos tempos produciuse un certo rexurdimento na doutrina española do principio de subsidiariedade da actividade económica pública, a partir da idea de que unha extensión descomulgada do sector público vulneraría o contido esencial da nosa Constitución económica. Sen chegarmos a postularlo seu restablecemento, si cabe considera-la existencia dun principio "pro concurrencia" que podería substituílo, derivado do carácter excepcional dos servizos públicos que se acaba establecer e dos imperativos da nosa adhesión ás Comunidades Europeas. Obsérvase que se trata dun principio, que non pode chegar a impedir que, naqueles supostos nos que estea xustifico, a competencia económica sexa limitada, ordenada ou sometida a regras distintas das puramente mercantís; non obstante, a súa afirmación é importante porque obriga a explicar e xustifica-las decisións que se adopten e permite xurisdiccionais perante os Tribunais. Pero aquí atopamos outro punto do que, á súa vez, se deriva outra nova proposta.

3.3.- Terceira proposta: Dentro da C.E.E. as solucións xurídicas que se adopten para os servizos públicos tenderán a confluír.

Ata agora, nos países do denominado "sistema continental" ou seguidores do "Droit administratif" francés, as solucións dos países do "Common Law" eran pouco máis que unha curiosidade, a priori inaplicable ós problemas propios. Posiblemente por iso esquecemos con facilidade que

nos países nórdicos e anglosaxóns tamén hai servicios públicos e que os seus problemas de configuración e xestión son os mesmos que os nosos. E, aínda que a progresiva integración internacional da segunda metade do século XX está a lembrárnolo arreo, non percibímo-lo simple feito de que os servicios públicos de grande escala son cada vez menos un problema nacional ou unha cuestión de dereito interno. A Proposta aquí formulada consiste en romper esta óptica e recoñecer que a construción da Europa Comunitaria impide considera-los servicios públicos como un problema simplemente nacional e que o concepto de servicio público que formulemos en España deberá de ser compatible e homologable co dos restantes países comunitarios, incluída especialmente Gran Bretaña.

Poderíase obxectar que os servicios estrictamente locais quedan fóra do alcance do Dereito Comunitario e que neles cada Estado membro pode “facer o que lle peta”. Pero isto non é certo, dende o punto e hora en que estes servicios afectan a políticas comunitarias básicas como son a da libre prestación de servicios, a política rexional ou a do medio ambiente. Para citar algúns exemplos simples, débese lembrar que, nun tema como o da depuración de augas residuais (servicio que a lexislación local confía ós Concellos), as directivas europeas sinalaron xa as obrigas concretas ás que deben facer fronte tamén os concellos españois e que o Tribunal Europeo ocupouse xa de cuestións de tan escaso alcance territorial como o dunha liña marítima de comunicacións locais.

A Comunidade Económica Europea está certamente preocupada polos grandes servicios de transportes e comunicacións; polos fondos que cada Estado fai chegar ó seu propio sistema de ferrocarrís; polas restriccións que se imponen ós produtos e servicios telefónicos ou, por mellor dicir, telemáticos; e incluso pola competencia entre os correos oficiais e os “couriers” privados. Este é hoxe o mundo no que nos movemos e non podemos ignoralo. O concepto de servicio público que empreguemos en España ten de estar apoiado no de “servicios económicos de interese xeral” do Tratado de Roma e ser aceptable para tódolos nosos socios comunitarios. Pura e simplemente, os españois xa non estamos sós, como o estiveron –neste sentido– os deseñadores da grande maioría de servicios públicos que hoxe temos.

3.4.- Cuarta e última proposta: Debemos de ir a uns servicios públicos reducidos en número e extensión.

Unha compoñente fundamental da tese que veño a propoñer é que os Tribunais de Xustiza teñen moito que dicir no eido dos servicios públicos (por iso busco un concepto xurídico), pero que iso non significa que os nosos Maxistrados haxan romper co principio básico “o xuíz xulga, non administra”. O papel de xuíz é desvelar posicións xurídicas nidias nun equilibrio entre partes bastante máis complexo da presentación habitual “Administración-xestor-usuarios”. E establecer ou restablece-lo equilibrio que esixa a xustiza, e nada máis. As demais decisións tomarannas os Parlamentos, os Governos, os xerentes, os técnicos, os organizadores colectivos, os formadores da opinión pública, etc.

Unha grande parte da acción dos xuíces –á que tamén, por certo, contribúen outros interesados– desenvólvese no eido do control. Unha vez eliminada a “mano invisible” do mercado, debemos de, entre todos, conseguir que as decisións que se tomen nos servicios públicos sexan as correctas, o que esixe diversos e minuciosos controles. O “volenti non fit iniuria” que tantas cousas amaña no Dereito Mercantil, non funciona onde non hai liberdade de contratación, ó igual que a prohibición do embargo dos bens afectos ó servicio público non soluciona nin os problemas dos acredores nin a cuestión do financiamento do propio servicio; noutros términos, o control é inevitable alí onde acaba o mutuo acordo e empeza unha tarefa colectiva.

A medida que os servicios se fan máis complexos tecnicamente, os controis tamén o fan. E dado que os controis precisan regras, o peso do normativo faise máis gravoso. O sector dos servicios públicos, polo tanto, ve aumenta-la súa rixidez sen poder evitalo. As solucións propostas a partir das ideas de participación, autoxestión ou fórmulas similares fracasaron e é unha expe-

riencia común que as sociedades contemporáneas, como dicíamos ó principio, necesitan unha solución para os seus servicios públicos.

A última das bases de reflexión que quero suxerir agora é a seguinte: se o servicio público é unha excepción, se non se pode evitar nel a rixidez derivada dos necesarios mecanismos de control; e se necesitamos un acordo común a tódolos países da CEE debemos de pensar en termos duns servicios públicos reducidos no seu número e limitado no seu alcance; só así conseguiremos esa claridade que postulabamos hai pouco.

Non ignoro que esa proposta pode verse como unha máis das que se unen ó carro da privatización do sector público tan de plena actualidade. Non nego que este movemento me resulta particularmente interesante porque cara el sinala hoxe o péndulo da historia. Así e todo, coido que se trata dunha reflexión técnica e non política. Permítaseme explicar por que.

A resposta ó problema dos servicios públicos non pode consistir en continua-lo seu proceso de crecemento e incrementa-la complexidade das normas. Dunha banda porque existe un límite ó conxunto de recursos da sociedade que se han manexar con criterios xurídico-públicos; doutra porque o sistema xurídico, para funcionar eficientemente, require simplicidade: o xuíz medio debe de ser capaz de se entender co cidadán medio. E finalmente porque as normas e controles, por moito que se aumenten, permiten sempre a súa elusión, o que é tanto máis fácil canto máis numerosas sexan (resulta cada vez máis certo o vello adaxio "in pessima Republica plurimae leges"). Por iso, e porque os servicios públicos hipertrofiáronse ó longo dos séculos XIX e XX, penso que o razonamento técnico leva á súa reconsideración no sentido expresado. Se estou ou non no certo verase no debate que se ha producir.

4.- CONCLUSIONES

A formación do entendemento xurídico común dos servicios públicos levará tempo. O Dereito evoluciona lentamente, ten moitos matices e son moitos os operadores (lexisladores, maxistrados, políticos e funcionarios) que interveñen na súa xeración. Pero non podemos seguir sen el, non podemos chegar ó ano dous mil carecendo dunha visión clara neste eido. O principio da miña intervención explicaba que nos debemos de preocupar dos servicios públicos porque non conseguimos nin facelos funcionar ben, nin establece-las súas dimensións óptimas nin, en última instancia, sabemos moi ben o que son, aínda que si sabemos que dependemos vitalmente deles. Agora presentarei as razóns polas cales ha ser precisamente a década de 1990 a que abra o debate e produza a solución.

Nos anos vindeiros nacerán moitos servicios públicos novos. No eido das telecomunicacións, por exemplo, poñerase en funcionamento a televisión de alta definición, o HISPASAT e a televisión por cable; na educación producirase unha nova reforma do ensino e emerxerán con forza as universidades privadas; nos transportes, as novas centrais de reserva e novas modalidades de venda incidirán poderosamente sobre o tráfico aéreo que, ademais, probablemente se regule en Europa por un sistema centralizado de controladores aéreos; entrará en acción o novo gasoducto do Magreb e quedará unido o norte co sur de España mediante a rede de gasoductos; etc., etc.

E outros tantos servicios públicos haberán de se reestructurar. No mundo dos servicios locais haberá que redimensiona-los servicios de depuración de augas residuais por imposición europea e vanse incrementar necesariamente tódolos servicios de atención ó Medio Ambiente, da man das novas preocupacións ecolóxicas; e nos servicios nacionais, tamén haberá que prestar atención á mellora do Medio Ambiente, con novos servicios de xestión de residuos tóxicos ou radioactivos, aínda que os cambios serán máis notorios en servicios en rápida evolución: de novo as telecomunicacións asumen o protagonismo e xa está en preparación unha reforma da LOT pola que se incrementará en número de servicios de valor engadido liberalizados. O novo tren de alta velocidade, representa a innovación tecnolóxica dos transportes terrestres como o fai a tomografía

axial computerizada dos servicios sanitarios; en fin, haberá que dar solucións novas a problemas novos e é evidente que no eido dos servicios públicos van aparecer moitos deles.

Os problemas non son só tecnolóxicos, debe de dicirse claramente, tamén aparecen e son cada vez máis preocupantes os organizativos. A década dos oitenta dedicouse neste nivel en España á construción do Estado das Autonomías, pero a reestructuración administrativa, ou mellora a prestación de servicios ou non serve para nada. Pois ben, rematada a etapa das definicións básicas –que tanto traballo deu ó noso Tribunal Constitucional– debe de comeza-la revisión da calidade dos servicios que chegan ó cidadán e o axuste financeiro. E este axuste debe de facerse precisamente nos anos 90 porque os compromisos xurdidos en MAASTRICHT así o imponen, ó xerar un importante reexame de tódolos gastos financeiros públicos destinado a conseguir esa nidia cifra do 3% no déficit público esixida polo proceso de converxencia das economías europeas.

Algunhas das reformas organizativas están en marcha. O Goberno socialista está tratando de responder ó deterioro dos servicios públicos mediante a conversión en sociedades anónimas –persoas xurídico privadas– dos organismos xestores de moitos servicios públicos. Esta cuestión das entidades instrumentais posúe unha enorme transcendencia e está plenamente xustificada que se lle dedicara o último congreso de Sevilla, convocado en homenaxe a Clavero Arévalo. Velaquí unha boa proba de que a busca dun entendemento xurídico común das cuestións que afectan ós servicios públicos españois ocupará a década dos noventa: sinxelamente, xa comezou.

Aproveitarei un exemplo que vivín moi de preto para expoñe-la mensaxe que vin transmitir. En Canarias, como todos saben, os temas da auga preocupan enormemente e recentemente foi renovada alí a súa lexislación hidráulica específica. Unha das solucións que se incorporou á mesma é a de crear un novo servicio público, de transporte e distribución de auga en cada illa.

Unha parte do espectro político vía nesta creación a solución definitiva ós problemas de estrangulamento e encarecementos que ás veces xurden. Pero crear un servicio público é algo moi delicado, o simple voluntarismo non serve de nada. O novo servicio público, falto dunha base xurídica firme, dun estudio de novos equilibrios entre tódolos interesados na auga non chegou a se poñer en marcha. E engadirei que é bo que así sexa: de momento as augas distribúense eficientemente a través do sistema tradicional, o funcionamento do cal en ocasións chega a parecer un milagre.

Quen di un servicio de transporte da auga fala das novas televisións autonómicas, dos servicios de hemodonación e hemoterapia ou dos estibadores portuarios. Tódolos servicios que precisamos en canto dependan dos responsables políticos, son servicios públicos: ¿non é lóxico esixir un equilibrio neto e claro de dereitos e deberes para todos eles?

A realidade é que non existe e a miña proposta é que o construíamos entre todos nos próximos anos.

Algunhas das vantaxes da clarificación xurídica dos equilibrios internos dos servicios públicos son: a) redución do arbitrarismo político e da discrecionalidade técnica; b) equilibrios autoxerados, non baseados na –sempre falible– boa vontade dos xestores; c) fiabilidade duns servicios rexidos por normas obxectivas e esixibles perante os Tribunais; d) previsibilidade dos efectos da declaración de novos servicios públicos.

Persoalmente imaxino que do entendemento común aquí propugnado xurdirá unha redución do alcance dos servicios públicos. A idea é moi sinxela, reduzamo-la actividade do Estado para que poida funcionar mellor; reduzamo-las responsabilidades colectivas para que poidan ser eficazmente manexadas; pero isto é xa anticipar acontecementos polo que debo de rematar dicindo que, se conseguín poñer sobre o tapete a necesidade de que, de verdade, saibamos que dereitos e deberes están involucrados na operación de cada servicio público, e que este coñecemento debe de ser común a tódolos operadores xurídicos españois, e –no esencial– a tódolos xuristas da Comunidade Europea, terei cumprida a miña tarefa.

Nada máis, moitas gracias.

NOTAS:

- 1) DEAWIN, NICHOLAS "The politics of Welfare". Methuen, London, 1987.
- 2) WRIGHT "Socialisms. Theories and Practices". Oxford University Press, 1986.
- 3) Editado por Giandomenico MAJONE, e publicado por Printer publisher, London, and St. Martin's Press, New York, 1990.
- 4) De Richard A. Harris y Sidney M. Milkis, Oxford University Press, 1989.
- 5) Por exemplo Lawrence K. Finley (editor) "Public Sector Privatization" Quorum Books, New York Westport-London, 1989, ou Nowotony e outros (editores) "Public Utility Regulation" Kluwer Academic Publishers, Boston/Dordrecht/London, 1988, etc.
- 6) De Joseph CARLES y Jerome DUPUIS, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1989. Por suposto, en Francia tamén preocupan os temas xerais dos que serve de mostra a obra colectiva dirixida por DEBBASCH "Les privatizations en Europe", Editios du CNRS, Paris, 1989.
- 7) Trivium, Madrid, 1988
- 8) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME "El fenómeno privatizador en el Reino Unido", La Actualidad Administrativa nº 43 y 44, 1990; estos traballos, ampliados, foron posteriormente publicados como libro (Montecorvo, Madrid, 1991). O traballo de Villar Rojas constitúe a súa tese de doutoramento, realizada sobre "privatización y regulación de servicios públicos", de próxima publicación pola editorial Tecnos.
- 9) A obra é de MARTÍNEZ MARÍN, está centrada sobre os principios de continuidade e regularidade e foi publicada en 1990.
- 10) SALA ARQUER "El principio de continuidad en los servicios públicos". INAP, Madrid, 1977. ARIÑO ORTIZ "El servicio público como alternativa" REDA 23, 1979 páxs. 527 é ss. VILLAR EZCURRA "Servicio público y técnicas de conexión" C.E.C. Madrid, 1980, MARTÍN REBOLLO "De nuevo sobre el servicio público. Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica" RAP 100-102, páxs. 2471 e ss.
- 11) Servicio de Publicacións de Facultade de Dereito, Universidade Complutense, Madrid, 1990.
- 12) Calquera xornal, de calquer día, conerá alomenos unha noticia relacionada con algún servicio público. No que lin ó escribir estas liñas (27 de decembro de 1991) comentábanse estas tres: primeira, a suba de tarifas de electricidade, teléfonos e transporte; segunda o novo contrato ca compañía telefónica; e, terceira, as críticas de organización de consumidores e usuarios á decisións estatais, que non garantían, na súa opinión, a calidade dos servicios cuais tarifas subían. E, ó releas (2 de Marzal de 1992), a prensa daba noticia dos proxectos de Lei de Portos e Marina Mercante e de Regulación de Folga, na discusión da cal os sevcios públicos fan constante acto de presenza.
- 13) Vid, por exemplo, o clásico manual de MALGRUDER'S "American Government" Allyn and Bacon 1975, páxs. 424 e ss. ou REDFORD e outros "Politics and Government in the United States", 2ª ed. HARCOURT, BRACE and WORD, 1988, páxs 702-704.
- 14) Unha boa e recente exposición deste principio pode verse en LACHAUME "Grands Services Publics" (Masson, París 1989), baixo o epígrafe de "L'adaptation constante des services publics" (páxs. 262 e ss.)
- 15) DE LA CUÉTARA "La actividad de la Administración", Tecnos, Madrid 1983, páx. 120.
- 16) Para mostra un botón: a categoría dos "servicios sociais" manexada pola xurisprudencia francesa con certa asiduidade, é rexeitada, entre outros, por LECHAUME ("Grands services publics", Masson, París, 1989) nun rotundo epígrafe titulado: "Une categorie dispaure: les services publics socieux", no que da conta de división doctrinal ó respecto (páxs. 76 e ss.).
- 17) Así, na Lei Xeral de Educación de Agosto de 1970; o Estatuto de Centros Docentes de 19/xullo/80; a lei de Reforma Universitaria de 25/ago/83; e Lei orgánica do Dereito á Educación de 3/xullo/85; e a Lei Orgánica de Ordenación do Sistema Educativo de 3/outubro/90.
- 18) Vid. a xurisprudencia contradictoria recopilada en González Salinas "Oficinas de Farmacia" (xurisprudencia do Tribunal Supremo) Civitas, Madrid, 1991, paxs. 32-33.
- 19) "La Guerra había asestado un golpe devastador a la clásica desaprobación de la intervención del Estado en la Economía". GALBRAITH "Historia de la Economía", trad. esp. 4ª ed. Ariel, Barcelona 1990, páx. 273. Nestas verbas reúnese toda unha filosofía sustentada pola denominada "revolución keynesiana" que está presente tamén na coñecida obra do mesmo autor "El nuevo Estado industrial" trad. esp. 7ª ed. Ariel, Barcelona 1980.
- 20) Raymond ARON "Ensayo sobre las libertades", Trad. esp. Alianza Editorial 2ª ed., Madrid 1969 páxs. 71 e ss.
- 21) Un bo entendemento do tema xeral das libertades públicas e a súa evolución pode acharse en calquera manual francés desta materia; por exemplo, BURDEAU "Les libértés publiques" 4ª ed. L.G.D.J. Paris, 1972, ou ROBERT "Libértés publiques", 2ª ed. Montchrestien Paris 1977.
- 22) Para un enfoque xeral vid. KATZAROV "Teoría de la nacionalización (El Estado y la propiedad)" trad. esp. U.A.M. México, 1963; dende a perspectiva europea, por todos, ROBSON "Industria nacionalizada y propiedad pública" trad. esp. TECNOS, Madrid, 1964; é, para a perspectiva española MARTÍN MATEO "Ordenación del sector público en España", civitas Madrid, 1973, páxs. 94 e ss.

- 23) Para repasar éstas cuestións poden consultarse os diversos traballos e os estudos introductorios da obra de WAI-SER (director) "Planificación", traducida e presentado por ARIÑO ORTIZ e GALLEGO ANABITARTE, 2 vols., E.N.A.P., Madrid, 1974. Máis recentes son os ensaios de BASSOLS COMA "La planificación Económica" (en el "Modelo económico en la Constitución española", I.E.E., Madrid, 1981, vol 2º páxs. 233 e ss.) e "La Planificación y la intervención pública en la Economía" (en "la empresa en la Constitución Española", Aranzadi, Pamplona 1989, páxs. 137 e ss.) como obra xeral recente pode consultarse MARTIN-RETORTILLOS "Derecho Administrativo Económico", I, la Ley, Madrid 1988, páx. 326 e ss.
- 24) Os economistas característicos son como é ben sabido, FRIEDERIK VON HAYEK e MILTON FRIEDMAN, cuías obras "Camino de Servidumbre" y "Derecho, Legislación, Libertad" para o primeiro e "Libertade de elegir", para o segundo, foron obxecto de numerosísimas traducións e comentarios en todo o mundo.
- 25) "Le service public constitue à bien des égards, La légitimité contemporaine du pouvoir". Lachaume "Grands services publiques" Masson, Paris, 1989, páx. 17 (con cita de Belorgey "Le Gouvernement et l'Administration de la France", Colin, Paris, 1967, páx. 11).
- 26) Poden verse, por exemplo, SERRANO TRIANA "la utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del Bienestar" IELSS., Madrid, 1983, passim, o CHINCHILLA MARÍN "El servicio público: ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el uso de la televisión", no libro homenaxe a García de Enterría vol. II, Civitas Madrid 1991, páxs. 943 e ss. (ámbolos autores teñen outras publicacións sobre estes mesmos temas.)
- 27) Neste sentido, son de aplicación as técnicas anglosaxonas de "Decisión marking" e "Policy analysis and evaluation", que aparecen en calquera manual introductorio á Administración Pública inglesa ou americana. Ad exemplum: ROSENBLOOM "Public administration. Understanding Management, Politics and Law in the Public Sector" 2ª ed. Random House, New York, 1989, páxs. 287 e ss.
- 28) Sirva como mostra a publicación periódica "Public Utility Compendium", sección de Commercial and Financial Chronicle americano como número de 1/nov./24 ó enunciar o nome adaptado expoñía: "The Public Utility Compendium is indeed all-embracing. It is now truly representative of the public utility field. It covers public utilities of every kind and description. Light and power companies are now represented, as well as the electric railways, and in addition we include water and gas companies and telegraph, telephone, cable and radio corporations."
- 29) Tómesese como exemplo a nova revista "utilities policy" nacida na Inglaterra en 1990 da man de BUTTERWORDS/HEINEMANN.
- 30) Sen perxuízo de lembrar que existe unha abondosa bibliografía sobre os desenvolvementos europeos recentes, cabe recomendar, para quen desexe un libro explicativo e cómodo de ler, a COLCHESTER e BUCHAN "Europea relexada. Realidades e ilusións cara a 1982." Trad. esp. Plaza y Janés. Barcelona 1991.
- 31) Vid HANCHER "European Utilities Policy. The emerging legal framework" en "Utilities Policy" Abril de 1991, páxs. 255 e ss.
- 32) Vexáanse, ó respecto, as reflexións de Rivero sobre os límites da privatización no seu "Rapport de synthese" incluído en: Debbasch (Director) "Les privatisations en Europe", CNRS, Paris 1989. páxs. 229 u ss.
- 33) Esta é unha das constatacións fundamentais feitas por VILLAR ROJAS no seu estudio "La privatización de servicios públicos", de próxima publicación pola editorial TECNOS (cítase pola tese mecanografiada, Universidade da Laguna, 1991).
- 34) A este respecto, continúa a ser válida a frase de Adam Smith que persoalmente eu gusto de citar, segunda a cal existen actividades "de tal natureza que a utilidade nunca podería recompensar o seu custo a un individuo ou a curto número deles, e que, polo mesmo, non debe esperarse que se aventurasen nin a erixilos nin a mantelos. Estes son os servizos públicos, que, se eran admisibles en 1775, tamén o son hoxe en día, se ben valorados segundo unha contabilidade algo máis sofisticada. Vid. meu libro "La actividad de la Administración" (Tecnos, Madrid, 1983) páx. 128.
- 35) O tema hai que remitilo ós manuais franceses de Dereito Administrativo e ás monografías por eles citadas. Delas quizais sexa especialmente interesante o Traballo de PISIER-KOUCHNER "Le service public dans la theorie de l'Etat de Leon Duguit" (L.G.D.J. Paris, 1972).
- 36) Sirva de mostra A Lei de Ordenación das Telecomunicacións e a lexislación de radio e televisión. Concretamente, na lei nomeada "de las televisiones privadas", de 3/maio/88, a calificación de servizos público xustifica o conxunto de restricións nela introducidas, ó igual que xustifica a inexistencia en España da Televisión por cable, pendente da nova lei enunciada polo Goberno, pero impedida pola Lexislación vixente como confirmaron a xurisprudencia constitucional (vid., ó efecto, Boston /Dordrecht/London 1989, páxs. 213-214).
- 37) Visión que, de tódolos modos, nunca foi totalmente pacífica, por canto o balance de beneficios e custos entre o monopolio natural legalmente regulado e a introducción de competencia aínda que a base dunha ineficacia relativa, non supón un saldo neto en favor de ningunha das partes. Vid, para os aspectos técnicos e a reflexión política sobre eles, GEGAX, D. "Natural monopoly measures and regulatory policy", en NOWOTONY e outros (eds) "Public utilities regulation", Kluwer Academic pub., Boston/Dordrecht/London 1989, páxs. 213-214.
- 38) As regalías constituían, no Dereito Intermedio, áreas e decisións reservadas ó Rei, moitas das cales tiñan un contido económico. Existían regalías maiores (firmar tratados con outros reinos, declarar a guerra ou a paz etc.) e regalías menores (a das augas a dos metais preciosos, a de moitos "xeneros estancados" como o sal ou a pólvora, etc.). A idade de "titularidade regalística" utilízase no Dereito contemporáneo para definir un eido de potestades domésticas.

- cas exclusivas, o que, finalmente, constitúe unha simple cobertura do poder público. Vid. Villar Palasí "Apuntes de Derecho Administrativo", Tomo I, U.N.E.D. Madrid, 1974, páxs. 99-100.
- 39) ARIÑO "Concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico". Prelección ó seu "Programa de Derecho Administrativo", Universidade Complutense, Madrid, 1975, páx. 40.
- 40) SERRANO TRIANA "Fundamentos del servicio público". Universidade Complutense. Madrid 1991, páx. 40.
- 41) Vid. o capítulo cuarto do meu libro "La actividad de la Administración", citado.
- 42) Están totalmente de acordo cas seguintes verbas de VILLAR PALASÍ, escritas fai 24 anos no prólogo á "La cláusula de progreso en los servicios públicos" de Meilán Gil (I.E.A., Madrid, 1968), e aínda válidas hoxe: "Como el Matías Pascal de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, tal vez lo único, que sabe de sí mismo, es que se llama servicio público". Quedou dito aquí que a clarificación xurídica deste concepto será un obxecto de preocupación doutrinal para os vindeiros anos, non ten obxecto ningún tentar de arranxala agora nuns párrafos mais ou menos afortunados.
- 43) Péñese na alimentación, necesidade universal, e sector donde o servicio público de acción directa é puntual, reducido ós mercados municipais e a algunhas cadeas nacionais (Mercados centrais, por exemplo) ou institucións agrícolas (FORPPA). Soamente as circunstancias da posguerra impulsaron a extensión do servicio público neste terreo, papel, que corresponden á extinguida Comisaría de Abastecementos e Transportes.
- 44) Sirva de exemplo o Dereito Local, donde a Lei Reguladora das Bases de Réxime Local e o texto Refundido das Disposicións do Réxime local conforman o armazón legal donde por forza haberá de moverse a actividade de servicio destas entidades (por mais que o Regulamento de Servicios siga a ser o de 1955). Para o meu entendemento persoal nesta materia, me remito ó exposto nos dous primeiros capítulos do libro "Introducción a los servicios locales". Tipos de prestación y modalidades de gestión. MAP, Madrid, 1991.
- 45) A idea de "autoobligación" debe de ser matizada, no sentido de que poden existir imperativos de diverso orden para a constitución dun determinado servicio, como o son os mandatos constitucionais para o Estado, ou os servicios mínimos obligatorios impostos na lexislación estatal ou autonómica para as entidades locais.
- 46) Este principio básico no noso ordenamento, é recollido nos artigos 9, 103, e 106 da Constitución. Sobre o seu contido, poden consultarse os diversos "Comentarios" á Constitución existente no mercado; para a explicación máis extendida na nosa doutrina vid. García de Enterría-Fernández Rodríguez "Curso de Derecho Administrativo" tomo I, en calquera das súas últimas edicións da editorial Civitas, capítulo "El principio de legalidad de la Administración"
- 47) A explicación convencional é a seguinte: declarado polo Parlamento un servicio público créase unha relación especial de suxeición, que afecte tanto ás empresas xestoras do servicio como ós usuarios do mesmo. A relación especial de suxeición permite a existencia da potestade regulamentaria autónoma e a de poderes "implicitos ou inherentes" á tarefa que confiase a Administración ca soa declaración de servicios público. Todo iso permite que a Administración concrete realmente en qué consiste o servicio sobre a única base dun mandato lexislativo que non ten porque definir todos os seus aspectos operativos.
- 48) Un modelo útil pode acharse nos servicios que se contratan. O artigo 127 do Regulamento de Servicios das Corporacións Locais define as potestades que sempre atentará a Entidade Local e o artigo 125 os extremos que deben precisarse en todo servicio concedido. Noutros termos, os equilibrios fundamentais do servicio xestionados por terceiros quedan previamente definidos. E o artigo 197 do Regulamento Xeral de Contratación esixe que antes de contratar deberá "haberse promulgado o réxime xurídico básico do servicio". Pois ben, como en todo servicio público existirá xunto á Administración ou Axencia Reguladora unha empresa pública ou privada e uns usuarios, este "régime básico" e eses "equilibrios" deben de estar presentes desde o seu mesmo nacemento, nacemento que, como sabemos, ten lugar no Parlamento. O propio Parlamento debe enmarcar a actividade administrativa subseguinte, de xeito todo o flexible que se quere, pero non por iso menos eficaz (lémbrese a flexibilización do principio de legalidade aplicado ós tributos, sobre a que se aplica ás condenas penais).
- 49) O tema dos usuarios dos servicios públicos tende, cada vez máis, a se enmarcar na lexislación xeral do consumo impulsado pola organización de "consumidores e usuarios". Deste xeito recoñécese a existencia de aspectos mercantís -comerciais- e administrativos -políticos- nesta materia e a substancial identidade da situación da "parte feble, que recibe un producto o unha prestación, frente a empresa proveedora. Para simplificar, esta distinción non se terá en conta no texto que segue.
- 50) Sobre a posición xurídica do usuario existen algúns estudos monográficos en España. Vid: ESCRIBANO "El usuario ante los servicios públicos." Precisiones acerca de su situación jurídica. (R.A.P. 82, 1977) e RIVERO ISERN "La protección del usuario en los servicios públicos" (R.A.P. 87, 1978).
- 51) Vid. DÍAZ LEMA "Sector Energético. Política y Derecho". Facultade de Dereito de Palma de Mallorca, 1984 páx. 180. Neste mesmo autor poden consultarse os problemas tarifarios nomeados antes en relación ca estrutura financeira das empresas eléctricas. (páx. 65 e ss.).
- 52) "Los vicios del sistema son siempre superiores a las virtudes de las personas que lo practican" Esta frase, que eu oín en repetidas ocasións a un dos máis contundentes críticos españois do sistema de empresas públicas, o prof. Ariño Ortíz, caracteriza asimesmo os servicios públicos e non esixe maior comentario.
- 53) Editado polo Instituto de Estudios Administrativos E.N.A.P., Madrid, 1968.
- 54) Unha polémica notoria é a producida en torno á televisión, onde enfréntanse ARIÑO ("El proyecto de ley sobre T.V. privada, IEE Madrid 1987) e Carmen CHINCHILLA ("La radiotelevisión como servicio público esencial" Tecnos, Madrid, 1988) e na que recentemente interviu GARCIA LLOVET ("El régimen jurídico de la radiodifusión"

Pons, Madrid, 1991). Para as cuestións de alcance xeral pode consultarse DEVOLVE "Service public et libertes publiques" (RFDA, nº 1 de 1985)

55) PÉREZ LUÑO "Los derechos fundamentales" Tecnos, Madrid 2ª ed. 1986, páx. 203 e ss.

56) No seu traballo, antes citado, publicado no libro homenaxe a García de Enterría (Civitas, Madrid 1991 vol II, páx. 943 e ss.) Este estudio continúa na liña do seu libro "La radio-televisión (...)" Tamén citado.

57) Art. 4.2. do código civil, na súa redacción aprobada polo Decreto Lexislativo 1836/1974, de 31 de Maio.

58) Me remito, para os aspectos xerais desta materia, ó exposto no meu libro "Las potestades administrativas" editado na colección "Temas clave na constitución española" de Tecnos (Madrid 1986).