

DERECHO ADMINISTRATIVO Y SERVICIO PÚBLICO. TRAZOS INCONCLUSOS DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Andry MATILLA CORREA

¡Felices nuestros hijos si saben librarse mejor que nosotros de los dogmas y de los prejuicios!

León DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público*, 1913.

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Derecho administrativo y servicio público: una mirada en retrospectiva*.

I. PLANTEAMIENTO

El tema central que nos convoca en estas líneas es el servicio público, una de las categorías jurídicas básicas que ha encontrado lugar dentro de los subsistemas jurídicos administrativos que se han formado bajo el influjo cultural más directo del derecho administrativo francés.

El *servicio público*, como institución jurídica, es un punto de estudio que no se presenta para nada inhóspito dentro de la ciencia del derecho administrativo ni ha sido lo suficientemente llano como para agotar su atractivo. Antes bien, la situación actual que le rodea muestra todo lo contrario, y se revela como una figura iusadministrativa tormentosa y atormentada dentro de los estudios jurídicos y dentro del debate que le ha tenido como centro. Sobre ella han escrito y polemizado los principales científicos —y otros no tan grandes— del derecho administrativo euro-

peo y latinoamericano, lo cual ha propiciado así, especialmente desde finales del siglo XIX, la sustanciación de un área del conocimiento jurídico que, a pesar de ser recurrida en grado apreciable, sigue siendo cautivante, tanto porque deja abierto el espacio para continuar ese proceso de sustanciación cuanto porque en ella se condensa y trasluce el espíritu mismo que le otorga el aliento vital al derecho administrativo.

Si tratamos de elevar la mirada por encima de los aspectos puramente formales que el servicio público encierra, y procuramos llegar sin distracción al contexto de fondo que sustenta toda su armazón jurídica, podremos apreciar que ante nuestros ojos se alzan las piezas estructurales de base en torno a las cuales gravita el sistema cosmológico del derecho administrativo: la administración pública, la comunidad o colectividad, el individuo, las prerrogativas públicas, el interés público, las libertades individuales. Ninguna de esas piezas queda fuera de la mecánica de funcionalidad esencial que subyace en el servicio público como institución jurídica administrativa; y será la manera en que se engranen todas ellas la que señalará el sentido que se le asigna a esa mecánica, siempre proyectándola en un espacio y en un tiempo determinados. Ciertamente, el servicio público resulta, ante todo, una técnica jurídica de actuación de determinados fines públicos, y su perspectiva evidencia un punto determinante en la potenciación de la vocación social que impregna la funcionalidad del derecho administrativo en cuanto subsistema jurídico.

A la altura de los tiempos que corren, y frente a los avances científicos que puede mostrar hoy la rama iusadministrativa en el derecho comparado, pretender hablar sobre el servicio público no es una novedad. Los aspectos jurídicos que atañen al mismo han sido abordados desde los más diversos ángulos y desde los más variados presupuestos conceptuales; no sólo en lo concerniente a ese fenómeno en particular, sino también en lo atinente a la percepción del diseño y de la articulación del marco de actuación pública, y de la ordenación jurídica de la interacción entre la administración pública y los individuos dentro del perímetro del ejercicio de la función administrativa. Es por ello que el servicio público deja de ser un tópico de resonancia estrictamente jurídica, para remontar su trascendencia directa como fenómeno a los planos político, económico y social en general; incluso, es también una cuestión con un importante matiz cultural, si se considera el amplio alcance de esta última expresión.

Ajustándonos a los límites precisos del ordenamiento jurídico cubano, hay que comenzar por apuntar que en su base histórica originaria el régimen jurídico administrativo cubano es tributario del modelo de ascendencia francesa al respecto, que nos llegó por la vía de España como antigua metrópolis, y se asentó entre nosotros con la correspondiente influencia española durante el periodo decimonónico. Por lo tanto, los orígenes históricos del servicio público como institución jurídica en Cuba hay que ubicarlos en el contexto del siglo XIX, con influencia francesa, y de manera muy cercana al quehacer jurídico administrativo español, que era, en sentido general, el que señalaba la pauta al efecto, habida cuenta de la condición de territorio de ultramar del antiguo imperio español en la que era tenida la “siempre fiel Isla de Cuba”. Sin embargo, es necesario reconocer que para el derecho administrativo nacional, la importancia jurídica del servicio público no adquirió el grado de implicación que tuvo para el caso francés; ni el debate en torno a su configuración jurídica ha revestido los niveles de intensidad que muestran otros países al respecto. Por otro lado, también es imprescindible señalar que la doctrina iusadministrativista cubana de la primera mitad siglo XX, aproximadamente, no dejó de incursionar con cierta atención en el estudio de cuestiones propias del régimen jurídico de los servicios públicos, sobre todo en un periodo tan significativo para el auge científico de esa categoría jurídica administrativa, como fue el que se extendió entre las décadas de 1920 y 1950.

Durante la segunda mitad del siglo XX y hasta los días que corren, el desarrollo científico que ha rodeado al régimen jurídico de los servicios públicos en Cuba se revela contrastante con la etapa anterior en el plano nacional, y sui géneris si se compara con el panorama que en esa dirección presentan varias naciones del área iberoamericana. En primera instancia, lo que resalta en ese sentido es el estado de abandono científico que ha sufrido el estudio de los servicios públicos dentro del derecho administrativo cubano luego del triunfo revolucionario de enero de 1959, al punto de que, más allá de pinceladas con cierta extensión —el saldo final no merece otro calificativo— en las escasas obras de corte general que se han escrito en este periodo, y tangenciales acercamientos en trabajos más específicos que tienen como centro de mira directo otros tópicos del derecho administrativo, es posible sostener actualmente que entre nosotros está por completo ausente un verdadero debate sobre los puntos más trascendentales y básicos que propicia la visión jurídica del tema. Ésa no es

una situación que se ha originado en los últimos años, sino que puede ser apreciada a lo largo de la segunda mitad de la centuria pasada. La consecuencia más destacable de todo ese proceso ha sido la atrofia que ha sufrido en Cuba la proyección científica del servicio público como categoría jurídica administrativa, y las implicaciones de su régimen jurídico.

Frente a una realidad de esa naturaleza, se impone hoy comprender la importancia de revertir esa atrofia. Pero para ello primero hay que ganar en conciencia, a lo interno del derecho administrativo cubano, sobre el servicio público como fenómeno jurídico, y el rol que desempeña el mismo como técnica jurídica con valor de uso dentro del tráfico jurídico administrativo. Ante tal situación, nos ha parecido más conveniente asumir aquí una suerte de mirada en retrospectiva, a grandes rasgos, del proceso de evolución de la noción jurídica del servicio público como institución jurídica del derecho administrativo, sin mayores pretensiones que la de comenzar esfuerzos —este enfoque tiene que ser necesariamente el punto inicial— por desbrozar un camino en el que ya buena parte de la doctrina del área iberoamericana —como zona geográfica y cultural de la que Cuba es parte integrante de manera indisoluble— tiene grandes y meritorios avances.

II. DERECHO ADMINISTRATIVO Y SERVICIO PÚBLICO: UNA MIRADA EN RETROSPECTIVA

La noción jurídica de servicio público tiene su base originaria en el derecho administrativo francés, desde donde se irradia a otros ordenamientos jurídico-administrativos —básicamente, algunos de la Europa continental y de América Latina— que recibieron la influencia directa del quehacer iusadministrativo de Francia, influjo que se hace visible a partir del siglo XIX y como consecuencia de los cambios político-jurídicos que sobrevienen en esa nación una vez que se desata y se consolida el proceso revolucionario burgués de fines del siglo XVIII, que contribuiría a cimentar definitivamente las bases de la moderna formación estatal.

Ciertamente —y como ocurre con otras técnicas de derecho administrativo, en este caso de cuño francés—, no puede decirse que el servicio público sea una técnica jurídica que tiene acogida, recepción o proyección universal, en los diversos ordenamientos jurídicos, pues existen países, en contraste con los ya aludidos en el párrafo anterior, donde no ha tenido acogida esta técnica de ordenación de determinadas relaciones ju-

rídico-administrativas (quizá, los ejemplos más contrastantes se encuentran dentro de la propia Europa continental¹ y en el derecho anglonorteamericano), y en ellos se recurre a otro tipo de mecanismos para ordenar jurídicamente la dinámica objetiva que por su vía se quiere cubrir. Detrás de la técnica del servicio público no opera otra cosa que una visión propia, y con ello una articulación específica, relativa a una forma de concebir y practicar el régimen jurídico que se aplica a una zona de la interacción social entre el Estado y los individuos en función de garantizar la marcha del grupo social en cuanto grupo. Igualmente, de ella resulta una intención y una proyección concretas a efectos de organizar y establecer un sector del marco de relaciones entre esas realidades subjetivas, sobre la base de la fijación de los espacios de actuación que corresponden característicamente a cada uno, y que responden directamente a la consecución de las necesidades o intereses característicos —y a su interacción— que simbolizan esos dos fenómenos conectados indisolublemente, pero diversos en su cualidad, que son el individuo y la colectividad o comunidad. Desde nuestro punto de vista, la existencia de esa visión y articulación particulares que involucra la idea del servicio público, y el hecho de que ésta no se replica idénticamente como un único y exclusivo ejercicio teórico-práctico al respecto dentro de los diversos ordenamientos jurídicos, viene a consolidar la percepción del carácter histórico del derecho administrativo y de sus instituciones jurídicas fundamentales —en este supuesto en especial el servicio público—, tras de los cuales se ampara una concepción específica o particular, no pocas veces circunstancial, de cómo debe ordenarse jurídicamente el espacio funcional o de interacción pública para alcanzar los fines que marcan la vida en la comunidad políticamente organizada,² concepción que está condicionada por elementos

¹ Así, por ejemplo, observaba resumidamente el alemán Martín Bullinger (“El *service public* francés y la *daseinvorsorge* en Alemania”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 166, enero-abril de 2005, p. 31): “En Alemania, por ejemplo, el *service public* de carácter francés no se ha ofrecido para una recepción, aunque el Derecho administrativo alemán forma parte del círculo de Derecho francés. Una razón es que, históricamente, la idea del *service public* surgió de una fuerte antítesis a la en aquel entonces sostenida doctrina alemana del Estado”. Véase la continuación del análisis de Bullinger, en “El *service public*...”, *cit.*, pp. 31 y ss.

² Como un ejemplo de lo dicho, pueden tomarse, en este sentido, las ilustrativas expresiones del norteamericano John Clarke Adams (*El derecho administrativo norteamericano. Nociones institucionales de derecho administrativo comparado*, trad. de Dionisio Petriella, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 30), quien en tono de contraste sostenía:

de fondo culturales, económicos, políticos, sociales, en general —en los que van también la consecución de intereses generales y sectoriales—, que se manifiestan en una comunidad políticamente organizada y en un momento histórico-concreto determinados.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XIX francés, especialmente, cuando se puede constatar con claridad cómo comienza a ganar espacio, entre un sector de los estudiosos del derecho administrativo, la tendencia a incluir explícitamente al servicio público como uno de los elementos característicos de la definición de la rama jurídico-administrativa, e, incluso, algunos autores dentro de esa corriente van más allá de la simple incorporación como un elemento relevante más dentro de ese concepto, y sitúan al servicio público en un espacio protagónico dentro de la caracterización del subsistema jurídico-administrativo. Cuando se evoca ese panorama, es muy común ilustrar con las palabras de dos escritores del periodo: Maurice Block y Édouard Laferrière. Aunque debemos señalar que esa tendencia no se agota exclusivamente en ellos, y se pueden ubicar otros ejemplos en el pensamiento iusadministrativo francés decimonónico, que en algunos casos llegan a ser anteriores en fecha a los dos nombre apuntados.³

“...El derecho administrativo, que en Europa sirve, ante todo, para la tutela de las libertades individuales, en EE.UU., en gran parte está destinado a la protección de las colectividades contra los egoísmos de acciones individuales antisociales”.

³ Según se pronunciaba Vivien (*Estudios administrativos*, traducidos de la última edición francesa por don Antonio Hernández Amores y don Juan López Somalo, Imprenta de Luis García, Madrid, 1854, t. I, p. 3): “El mismo poder ejecutivo se divide en dos ramas: la política, es decir, la dirección moral de los intereses generales de la nación; y la administración, que consiste principalmente en la ejecución de los servicios públicos...”. Más adelante diría (*op. cit.*, p. 25): “En efecto, en sus propias funciones, la administración es una verdadera magistratura. Los poderes que ejerce le son conferidos para asegurar lo mejor que sea posible el servicio público con sujeción a las reglas que ellas misma se traza, a la experiencia de que disfruta y a los conocimientos de que es el foco...”.

Con apoyo en las ideas de Block, otro francés, Gastón de Bourge, recogía sobre el concepto de derecho administrativo: “Partie du droit public qui a pour objet la mise à exécution des principes posés par le droit public, pour concilier l’intérêt de l’État avec les intérêts privé, qui organise les services publics et regle leurs rapports, soit entre eux, soit avec le particuliers...”. Véase De Bourge, Gastón, “Droit administratif”, en Block, Maurice *et al.*, *Dictionnaire Général de la Politique*, tome premier, Nouvelle édition entièrement refondue et mise a jour, O. Lorenz, Libraire-Éditeurs, París, 1873 (hay edición posterior).

Para Block, el derecho administrativo era aquella parte del derecho que regulaba las relaciones de los ciudadanos con los servicios públicos y de los servicios públicos entre sí.⁴

Por su parte, Édouard Laferrière reconocía que el derecho administrativo respondía a dos ideas: la idea de administración y la idea de derecho; seguidamente escribía: “A la première, c’est-à-dire des différents organes de la vie publique dans l’État, le département et la commune, des services qu’ils assurent, des ressources qui alimentent ces services”.⁵ Más adelante añadía: “Una double mission incombe à son emploi, d’assurer la perception des revenus de toute nature destinés à pourvoir aux charges communes, et leur affectation aux services publics. Les actes qu’elle accomplit pour remplir cette mission sont ceux que l’on appelle actes de gestion”;⁶ también apuntaba:

D’un autre côté, l’administration est dépositaire d’une part d’autorité, de puissance, qui est un des attributs du pouvoir exécutif. Elle est chargée de faire exécuter les lois, d’édicter les prescriptions secondaires destinées à assurer leur application, de régler la marche des services publics et de procurer aux citoyens les avantages d’une bonne police; elle intervient par voie de prescriptions générales ou individuelles, d’injonctions ou qui nuisent à l’intérêt général. L’administration agit alors comme autorité, comme puissance, et ses actes sont dits actes de commandement ou de puissance publique.⁷

Ya desde la etapa enunciada se puede advertir —lo que aparece ilustrado en las palabras anteriormente reproducidas— que la idea de servicio público era utilizada en dos sentidos: como una forma o tipo particular de la actividad administrativa, lo que hacía de este sentido el más restringido y específico, y como equivalente o relativa a la función pública, función administrativa, poder público (subjctiva u objetivamente considerado), lo que impregna a este segundo sentido de un alcance mucho más general y absoluto.

⁴ Véase la definición de Maurice Block contenida en la voz “Droit administratif”, en su *Dictionnaire de l’administration française*.

⁵ Laferrière, Édouard, en el “Préface”, de su *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome premier, Berger-Levrault, Libraires-Éditeurs, Paris, 1887, p. V.

⁶ Laferrière, Édouard, *op. cit.*, nota 5, p. 5. *Ibidem*, p. 436, volvería sobre los *actos de gestión*, al decir que “...pour ceux que l’administration accomplit en qualité de gérant et d’intendant des services publics et non comme dépositaire d’une part de souveraineté...”.

⁷ Laferrière, Édouard, *op. cit.*, nota 5, p. 5.

Ese segundo alcance de la idea de servicio público es el que se va a consagrar en el *arrêt* Blanco, del Tribunal de Conflictos francés, del 8 de febrero de 1873, con conclusiones del comisario David,⁸ cuando en él se plantea “que la responsabilité, qui peut incomber à l’État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier”.⁹ Este *arrêt*, de inicio sin la trascendencia que adquiriría al clarear el siglo XX, establecía un patrón de diferenciación en cuanto al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual de los agentes administrativos en su actuación pública (responsabilidad administrativa) y de la responsabilidad de los particulares en las relaciones individuales, y con ello sentó un criterio de distinción entre las cuestiones sobre responsabilidad que debían conocer la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción ordinaria. Unos años más tarde, el *arrêt* Blanco vería reevaluada su trascendencia, al tomársele luego como un fallo con connotación precursora, a partir de la consideración de que en él se cifra un criterio (el del *servicio público*) de distinción de autonomía del derecho administrativo¹⁰ —que

⁸ Desde la propia Francia, autores como, por ejemplo, Chapus, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954, p. 88, se han encargado de llamar la atención sobre el contexto en que el comisario David hace uso de la expresión *servicios públicos* en sus conclusiones al *arrêt* Blanco; precisando el sentido de su empleo en ese momento del siguiente modo: “Il apparaît ainsi très nettement que dans la pensée du commissaire du gouvernement, les expression d’«actions formées contre l’État à l’occasion des services publics» et «actions formées contre l’État puissance publique» sont synonymes et qu’il les emploie constamment l’une pour l’autre, et, semble-t-il, uniquement pour éviter la répétition de mêmes termes...”. También, Jöel Carabajo (*Droit des services publics*, 3a. ed., París, Dalloz, 1997, p. 7) escribía “...que l’expression service public, utilisée par la commissaire du gouvernement David et par le Tribunal de Conflits lui-même, était utilisée comme synonyme de puissance publique, par opposition à l’État personne civile agissant dans les conditions du droit privé”.

⁹ Véase, entre otros lugares donde aparece reproducido este fragmento del *arrêt* Blanco en Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7a. ed., París, Sirey, 1978, p. 5.

¹⁰ V. gr. Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, trad. de la 6a. ed. francesa por Juan Rincón Jurado, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 40) es uno de los que ha apuntado: “Esta tesis de la autonomía del Derecho administrativo fue formulada por primera vez de un modo preciso en la célebre sentencia Blanco...”.

Véase también, entre otros, a: Waline, Marcel, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6a. augmentée d’un supplément, París, Librairie du Recueil Sirey (Société

abre una dirección al respecto distinta a la que entonces venía operando (la teoría de la doble personalidad del Estado y la distinción de los actos que concluía esa entidad pública en actos de gestión y actos de autoridad)—,¹¹ para proveer una justificación con cierta coherencia, homogeneidad y unidad, sobre la sustantividad e independencia del mismo como sector del sistema jurídico, y las consecuencias que ello apareja. Es así que, en una expresión que haría fortuna, el *arrêt* Blanco se entendería por un sector del pensamiento jurídico administrativo como la piedra angular del derecho administrativo,¹² precisamente porque el servicio público se convertiría para una importante parte de la ciencia iusadministrativa francesa en la piedra angular del derecho administrativo¹³ o en el alma y la inspiración del derecho administrativo,¹⁴ entre otros calificativos que se han empleado para manifestar su relevancia.

Sin embargo, hay que hacer notar que antes que finalizara el siglo XIX, y antes de que surgiera lo que se conocería como la escuela del servicio público, ya algunos autores habían advertido sobre las definiciones del derecho administrativo propuestas por autores franceses como Block

Anonyme), 1952, p. 60; Rivero, Jean et Waline, Jean, *Droit administratif*, 19a. édition, Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 8; de Laubadère, André/ Venezia, Jean-Claude et Gaudemet, Yves, *Traité de droit administratif*, 15a. édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence EJA, 1999, tome I, p. 43; Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *cit.*, nota 9, p. 7; y Peiser, G., *Droit administratif*, sixième édition, Paris, Dalloz, 1975, p. 10.

¹¹ Véase, por ejemplo, Laferrière, M. F., *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, Tome deuxième, Quatrième édition revue et considérablement augmentée, Paris, Cotillon, Éditeur, Libraire du Conseil d'État, 1854, pp. 752 y ss.; Dufour, Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Deuxième édition, Paris, Cotillon, Éditeur, Libraire du Conseil d'État, 1854, tome premier, p. 97; Batbie, A., *Traité et pratique de droit public et administratif*, Tome septième, Deuxième édition, Paris, L. Larose et Forcel, Libraires-Éditeurs, 1885, pp. 368 y ss.; Laferrière, Édouard, *op. cit.*, nota 5, pp. 435 y ss.; Ducrocq, Th., *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, septième Édition, Ancienne Librairie Thorin et Fils, A. Fontemoing, Éditeur, Paris, 1897, tome premier, pp. 81 y ss.

¹² Véase, entre otros: Waline, Marcel, *Traité élémentaire...*, *cit.*, nota 10, p. 60; Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, p. 5; y Peiser, G., *op. cit.*, nota 10, p. 10.

¹³ Véase Jèze, Gastón, "Prefacio de la segunda edición francesa", *Principios generales del derecho administrativo*, traducción directa de la 3a. edición francesa Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. I, p. LXV.

¹⁴ En expresión de Weil, Prosper, *Derecho administrativo*, trad. de Luis Rodríguez Zúñiga adaptada a la décima edición original por Javier García de Enterría L.-Velázquez, Madrid, Civitas, 1986, p. 50.

y Laferrière, fundamentalmente, y en relación específica con la importancia que en ellos se le atribuye al servicio público como aspecto objetivo caracterizador del campo iusadministrativo,¹⁵ que eran definiciones insuficientes para presentar el contenido de dicha rama, pues el servicio público era sólo uno de los espacios de acción de la administración pública, y no el único fin de la misma que era objeto del derecho administrativo.¹⁶

En resumidas cuentas, debe reconocerse que desde la etapa decimonónica, la noción de servicio público cobraba operatividad en su uso, y carta de naturaleza, dentro del derecho administrativo francés, y dentro de algunos ordenamientos jurídico-administrativos del área de influencia más directa de éste;¹⁷ aunque su atención y desarrollo como noción, concepto,

¹⁵ En el derecho administrativo cubano del último tercio del siglo XIX, aunque sólo se limita a plantear la definición, sin mayor desarrollo, Antonio Govín y Torres (*Elementos teórico-prácticos del derecho administrativo vigente en Cubas/e*, La Habana, 1882-1954, t. I, p. 18) definía al derecho administrativo: “Es el conjunto de leyes y disposiciones legítimamente dictadas por las autoridades competentes, que determinan las relaciones entre el gobierno y los administrados y tienen por objeto la realización de los servicios públicos”. Por nuestra parte, en esa definición vemos la influencia de la corriente de pensamiento francés que se identificaba entonces con nombres como los de Block y Laferrière.

¹⁶ Así, por ejemplo, el italiano Vittorio Emanuele Orlando (*Principios de derecho administrativo*, trad. de Álvaro Rodríguez Bereijo, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1978, p. 9) fue de los que observó, a inicios de la década de 1890, sobre los aludidos conceptos de derecho administrativo de Block y Laferrière: “...aquellos dos conceptos contienen también una parte de verdad, pero no son suficientes para la completa comprensión de todo el contenido de la ciencia. El servicio público, en sentido amplísimo, es ciertamente uno de los fines que se propone la administración, pero no es únicamente en este fin en el que se concreta la ciencia...”.

En su segunda obra de alcance sistémico (y con un valor científico mayor que la primera), cuya primera edición data de 1903, el cubano Antonio Govín y Torres (*Elementos de derecho administrativo*, La Habana, Avisador Comercial, 1903, t. I, p. 41) criticaba lo que él agrupaba como un tercer grupo de definiciones del derecho administrativo, que se fundaba en “la teoría del servicio público y de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos”, destacando entre sus argumentos: “El servicio público no es causa sino efecto de la acción administrativa, que se determina por sus fines...”. En sus análisis, es posible ver cierta influencia de la obra del italiano Orlando.

¹⁷ Es el caso, v. gr., de España, donde puede leerse, por ejemplo, en Alejandro Oliván (*De la administración pública con relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 187): “La Administración funciona necesariamente en dos distintas esferas: o caminando directa e inmediatamente a su objeto, consulta la utilidad pública, provee a los varios servicios y obra espontáneamente sin haber sido provocada, sino aca-

categoría o institución jurídica, desde el punto de vista científico, era muy escaso o limitado, por lo que no puede decirse que dicha categoría iusadministrativa alcanzara, en ese espacio temporal, el valor que adquiriría luego en la centuria siguiente, ni que se trabajara sobre ella científicamente a efectos de su mejor precisión dentro del espectro institucional que abarca el subsistema jurídico administrativo donde se hacía presente.

Ahora bien, el derecho administrativo del siglo XIX fue, esencialmente, de orientación liberal, por lo que fue la filosofía individualista, que hacía pasar en primera instancia —de manera sobredimensionada— la clave fundamental del bienestar común por la satisfacción de los intereses individuales, que ponderaba la limitación de la intervención del Estado en la dinámica funcional de la comunidad, sobre todo en aquellas esferas con connotación directamente económica (Estado subsidiario o principio de subsidiariedad), entre otros elementos a grandes rasgos, el telón de fondo que marcó el desenvolvimiento del tráfico jurídico-administrativo en aquel momento. De ahí que pueda comprenderse que, frente a esa topografía, el papel de la actividad prestacional de la administración pública tendría un campo de actuación limitada —sobre todo en lo que se refiere a su ejercicio directo por dicha entidad, y en aquellos campos económicamente beneficiosos y donde el capital y el accionar privados es suficiente para asumirlo—, pues no es la exclusiva finalidad existencial que subyace en esa entidad pública; y que, por consiguiente, se interpretaría, esencialmente, como una arista más, como una de las pie-

so pidiéndole auxilio, o bien encuentra en su marcha los intereses individuales con que se roza y que reclaman contra ella”. Por su parte, Manuel Colmeiro (*Derecho administrativo español*, 3a. ed., Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1865, t. II, pp. 95 y 96) escribió: “Hay además servicios públicos que el Gobierno encomienda asimismo á la industria particular, celebrando obligaciones en la forma establecida por el derecho común. Son también verdaderos actos civiles cuyo objeto es el suministro de víveres, la fabricación de papel para el sello, el transporte de géneros estancados, la recaudación de los derechos de portazgos, y otros medios de gestión de los intereses colectivos de la competencia propia del Gobierno, y que solo por una delegación de su potestad caen en las manos de una persona privada...”. Véase también lo que expresara Santamaría de Paredes, Vicente, *Curso de derecho administrativo*, 3a. ed., Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1891, pp. 799 y 800, cuando se refería a la definición de servicio público a tenor del objeto de la contratación administrativa. Para el caso cubano véase Govín y Torres, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del derecho administrativo vigente en Cuba*, cit., nota 16, t. I, pp. 18 y 19.

zas que se integran, dentro del contenido del funcionamiento de la administración pública, pero sin percibirse —en sentido general— como la arista esencial, o la pieza clave, de ese funcionamiento. Esta última percepción determinará, tal vez, que la técnica jurídica, no perfilada aún científicamente, a partir de la cual se pretende asumir la ordenación jurídica de esa realidad objetiva, y justificar ciertos ámbitos de competencia exclusiva del Estado o de la administración pública que se sustraen de la esfera de libertad de los individuos y a cuyo ejercicio sólo podían acceder estos últimos previa habilitación por la administración pública mediante un acto de transferencia temporal de ese ejercicio, sea considerada como un eslabón más dentro de un universo de técnicas jurídico-administrativas, sobre la base de las cuales se actúan los fines del Estado, y en los que se tiene presente que el más amplio respeto a la esfera de libertad de los individuos es el primero y más importante presupuesto para que se alcancen esos fines; sin dejar de tomar en cuenta que dicho respeto es una vía necesaria por la que se responde al cumplimiento de las finalidades estatales.

Si bien el liberalismo fue la divisa bajo la cual se enroló el siglo XIX, marcando, desde su perspectiva más general, los principales derroteros por los cuales se enrumbó la dinámica funcional del Estado, y sus relaciones con los individuos, en ese contexto temporal; no es menos cierto que el avance de esa centuria hacia su ocaso y el alborar del siglo XX, fue, a su vez, el espacio de tiempo en que comienza a mostrarse con intensidad creciente la quiebra del liberalismo como soporte ideológico y objetivo de la proyección del Estado hacia la colectividad, y como inspiración fundamental sobre la que se levanta la mecánica de interacción social entre las estructuras públicas y los ciudadanos en el perímetro de la comunidad políticamente organizada. Este cambio de orientación, que —por supuesto— sobreviene de forma gradual y como resultado de nuevas circunstancias objetivas dentro del desarrollo de la vida social del hombre a las que insoslayablemente debe atenderse, trajo aparejado consigo, necesariamente, la redefinición del contenido de los fines funcionales del Estado como elemento de acción social y de las vías a través de las cuales dicha entidad pública proveía al cumplimiento de tales fines; entonces se plantea una mutación del rol fundamental del Estado en relación con la mecánica existencial y funcional de la comunidad, y que tendrá como aspecto caracterizador el hecho de convertirse en un factor más

activo de incidencia social, con un mayor intervencionismo desde su condición de potencia pública en el desenvolvimiento de las relaciones sociales vinculadas con la perspectiva más general de vida de la colectividad, y, por lo tanto, irá dejando a un lado la actitud más contemplativa, menos interventora o injerencista, esencialmente reguladora a efectos de la actuación de los individuos, que le había sido asignada por un pensamiento liberal que iba en franco desmontaje en la medida en que fenecía el periodo decimonónico. De resultas que el ocaso del siglo XIX y el alborar del XX no fue más que el momento en que se asistió al ocaso del liberalismo y el alborar de un nuevo pensamiento con materialización gradual en el entorno social, que venía identificado con una proyección más socializadora o más colectivista, en la que se le otorgaba a las estructuras públicas una función más activa y directa en el desenvolvimiento de la vida de la comunidad.

A efectos del derecho administrativo en particular, es necesario apuntar que el pensamiento más agudo y vanguardista del iusadministrativismo en ese periodo no dejó de advertir la realidad aludida en el párrafo anterior.¹⁸

¹⁸ Para nosotros, resultan compendiadoras, clarificadoras y muy interesantes, en lo atinente a la percepción a la que responde esta nota, las palabras, algo extensas pero que nos permitimos reproducir, de Vittorio Emanuele Orlando (*op. cit.*, nota 16, pp. 209 y 210) cuando analizaba, precisamente a finales del siglo XX: “Es notable este hecho: mientras las escuelas científicas discutían sobre la utilidad de la injerencia del Estado, ésta con un proceso gradual pero continuo y firme se extendía y se afirmaba en todos los pueblos civilizados. Es un proceso que se cumple en todos los pueblos civilizados. Es un proceso que se cumple desde hace tres cuartos de siglo, primero inadvertido, modesto y tolerado después, y ahora triunfante e incontrastable. También esta vez, como siempre, la poderosa energía de las necesidades reales del ambiente ha prevalecido sobre las elucubraciones doctrinales; y mientras la ciencia, impenitente en su orgullo, pretendía mostrar la vía mejor para el progreso humano, éste ya llegaba a una meta totalmente diferente: de modo que ahora la ciencia, más acorde con sus medios, es preciso que estudie, no ya lo que debe ser, sino lo que es, y el medio y el origen y las peculiaridades de su ser”. En el párrafo siguiente (*ibidem*, p. 210), el italiano expondría: “...a nuestro entender, ...la llamada cuestión del individualismo y del socialismo, siempre ha tenido un mal efecto sobre la solución de la otra cuestión (que parece, pero no es, idéntica) de los fines del Estado. Ha parecido que la injerencia de éste no debía y no podía ser otro fin que el ético-económico de tutelar a las clases desacomodadas y aumentar artificialmente su bienestar. Y, como era natural, todas las objeciones que provoca semejante modo de injerencia, todas las sospechas que suscita, se han estimado dirigidas contra cualquier desarrollo de los fines del Estado, que se creyó que no podía sustraerse a este dilema: ser socialista o simplemente gendarme”. Además (*ibidem*, p. 210) razonaría: “Desde el punto de vista de la ciencia administrativa, la cuestión, lo repetimos, nos parece defectuosamente plan-

Pero, más allá de la identificación del fenómeno, lo que realmente es importante señalar a los efectos de estas líneas fue la trascendencia real del mismo para la configuración y existencia del servicio público como categoría jurídica, y, en general, para el derecho administrativo todo.

No será difícil comprender que, en la medida en que el Estado —la administración pública— ganaba en protagonismo con su actuación más

teada. La injerencia directa sobre los modos de distribución de la riqueza es un tema secundario para nosotros. A nosotros lo que nos importa saber es si la idea de Estado no es otra cosa que una mera derivación de la de individuo, obediente y subordinada a las tendencias de éste, pronta a retirar y suprimir su influencia a medida que el otro crece y se desarrolla; o si más bien no es un organismo en sí mismo, fuerte con una autonomía propia, que crece y se fortalece a pesar del desarrollo del individuo, antes bien en armonía con dicho desarrollo. En un sentido, el Estado no tiene más que un único fin, hacerse inútil; en el otro, aplica su actividad a todas las esferas de la actividad social. En un sentido, el punto inicial de la civilización es el Estado omnipotente y el individuo aniquilado, el término último, el individuo omnipotente y el Estado aniquilado; en el otro sentido, es característica de las civilizaciones primitivas el Estado obstaculizado y debilitado por la absorción de las actividades individuales, mientras que es característica de la civilización moderna el desarrollo sincrónico y armónico de todas las energías individuales en el seno de un Estado enérgicamente constituido y fuerte con una actividad fecunda y múltiple”.

Dentro de esta propia senda, oportuno también es traer a colación lo que en 1900 planteó el francés Maurice Hauriou (“La gestión administrativa”, en Hauriou, Maurice, *Obra escogida*, trad. de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 127): “...La administración se reduce a la actividad de un cierto número de personas morales: el Estado, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos; esta actividad está mezclada con la nuestra, tiene por objeto la ejecución de los servicios públicos establecidos en nuestro beneficio. Estos entes morales, mediante su policía, vigilan nuestra seguridad, nuestro reposo, nuestra salud; mediante sus obras públicas y sus diversas gestiones, contribuyen a nuestro bienestar y a nuestra fortuna; vivimos envueltos en ellos, de su protección y de su gracia. Por su parte, ellos viven en nosotros; nosotros les proporcionamos el impuesto, el personal y toda clase de obediencias; aun más, mediante el régimen electoral contribuimos a constituir sus elementos orgánicos. ¿Cómo calificar esa estrecha unión entre seres, este cambio de servicios, sino es con el nombre de sociedad?” A reglón seguido (*ibidem*, pp. 127 y 128) argumentaría: “Es cierto que se aduce en contra la paradoja económica que considera a los gobernantes y a las administraciones como órganos improductivos y parasitarios, como formas temibles de explotación del hombre por el hombre. Pero, con el tiempo, esta paradoja se ha superado. Esto puede ser cierto para las administraciones rudimentarias o para las que se constituyen como consecuencia de anexiones violentas y colonizaciones remotas, pero no lo es en absoluto para las administraciones de los grandes Estados modernos. Estas tienen sus imperfecciones, pero en su conjunto se orientan hacia el bien común y, en consecuencia, sus esfuerzos convergen con los de los administrados y de esta acción paralela puede surgir una sociedad. Por lo demás, si esta apacible sociedad no estuviera establecida, si la Administración hubiera conservado la actitud de un opresor y el admi-

directa dentro del proceso de interacción social, y asumía de manera creciente una mayor presencia protagónica en el desarrollo y ejecución de actividades que revisten un carácter necesario y de importancia para la marcha de la comunidad, los límites de su espacio de actuación funcional también se irían ensanchando en su contenido; y, a la par, iría ocupando mayor terreno la convicción de que es el Estado, como garante de la satisfacción del interés público, y no el individuo, al que corresponde de inicio la organización y ejecución de tales actividades. De ahí, entonces, que se refuerce la idea de que las mismas están colocadas fuera de la esfera natural de actuación subjetiva de los individuos y que entran en el ámbito funcional del cual es titular la entidad pública. Sin dudas, este telón de fondo permite entender la relevancia que, dentro la finalidad existencial de la administración pública, irá adquiriendo este tipo de actividad generadora de prestaciones encaminadas a satisfacer necesidades públicas; y, por lo tanto, que la técnica bajo la cual se ordena jurídicamente dicha actividad se interprete también como de capital relevancia dentro del espectro de figuras o categorías que cubre el sector más general de ordenación jurídica del funcionamiento de la administración pública.

En el término del siglo XIX y la primera década del XX es posible apreciar cómo algunos estudiosos dentro de la ciencia del derecho administrativo de Francia, especialmente, vuelven con cierta intensidad sobre la idea del servicio público, en cuanto categoría¹⁹ y en tanto fin de la actuación de la administración pública de protagonismo fundamental para la delimitación del marco de funcionalidad (función administrativa) que le corresponde desempeñar a ésta dentro del sistema estructural y funcio-

nistrado la de un rebelde, ¿cómo hubiera podido extenderse continuamente los servicios públicos, abordarse operaciones cada vez más delicadas cuya ejecución regular exige la buena voluntad del administrado tanto como la del funcionario?"

¹⁹ Quizá el ejercicio científico más representativo de esa situación, dentro del iusadministrativismo francés, por su alcance y acabado, sea el trabajo de Hauriou, Maurice, "La gestión administrativa", *cit.*, nota anterior, pp. 127 y ss., que apareció publicado originalmente en 1900. En él, Hauriou centra su atención, en extenso, en la actividad de gestión pública o administrativa, llamando la atención sobre la individualización de dicha actividad dentro del espectro objetivo de funcionalidad característica de la administración pública, y la importancia que adquiere la misma para la configuración de esa esfera funcional pública.

nal del Estado;²⁰ de lo cual se derivaría la ponderación de dicha idea, en un ejercicio de argumentación que luego del primer decenio del siglo XX cobraría mayor extensión y fuerza, como eje central del derecho administrativo. En este sentido, son ilustrativas unas primeras conclusiones de Hauriou al respecto, cuando llegó a estampar que: "...no es normal que lo que es más real en la administración, la ejecución de los servicios públicos, no ocupe el lugar principal en el Derecho Administrativo".²¹ Sin

²⁰ *V. gr.*, Artur ("Séparations des pouvoirs et séparation des fonctions", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 7a. année, Paris, Librairie Marescq Ainé, A. Chevalier-Marescq et C^{ie}, Éditeurs, 1900, Tome treizième, p. 232) fue de los escritores que planteó que administrar "...consiste à pourvoir, par des actes immédiats, incessants, à l'organisation et au fonctionnement des services publics. Autre formule plus abstraite, où por objet positif de la fonction administrative apparaît mois, mas où sa raison d'être paraît mieux: administrer, c'est ajouter aux lois qui ne peuvent s'exécuter sans une intervention continue et spontanée de la puissance publique, les actes nécessaires à cette exécution". Más adelante (pp. 232 y 233): "..., au contraire, —toutes celles qui sont relatives à l'organisation ou au fonctionnement des services publics— ne peuvent s'exécuter sans une intervention de la puissance publique, qui n'est pas celle du juge, car elle ne suppose aucune violation de droit, et qui nous met en présence d'une nouvelle fonction, la fonction administrative, ou fonction proprement exécuter". Asimismo reafirmaría también (p. 233) sobre la obra de la administración y la función administrativa: "...L'administration pourvoit, avec le législateur, sous l'autorité de la loi, et par des procédés différents de la loi, à l'organisation et au fonctionnement des services publics". Artur insistiría (pp. 237 y 238) sobre esa idea al reiterar "...La fin de l'administrateur, comme la fin du législateur quand il légifère dans ce domaine, c'est de satisfaire aux divers besoins de corps social auxquels correspondent les services publics...".

²¹ Hauriou, Maurice, "La gestión administrativa", *cit.*, nota 18, p. 129. Hauriou había señalado con anterioridad (*ibidem*, p. 127) que: "La administración se reduce a la actividad de un cierto número de personas morales...; esta actividad está mezclada con la nuestra, tiene por objeto la ejecución de los servicios públicos establecidos en nuestro beneficio...". Más adelante (*ibidem*, p. 129) diría sobre el derecho administrativo francés: "...Después de un cierto número de años, el eje de éste se ha desplazado; había abandonado las regiones donde se ejecutan los servicios públicos para trasladarse hacia aquéllas donde se elaboran las decisiones de principio del poder público; en otros términos, se había inclinado hacia el acto del poder público y el contencioso de anulación, desertando del contencioso de plena jurisdicción; la teoría de la gestión permitirá, creo yo, volver a una situación más normal, pues no es natural que lo que es más real en la administración, la ejecución de los servicios públicos, no ocupe el lugar principal en el derecho administrativo". En el párrafo siguiente (*ibidem*, p. 129) agregaría Hauriou: "...una vez establecido sólidamente el derecho administrativo en la gestión y en el contencioso de plena jurisdicción como en su propio elemento, la jurisprudencia y la doctrina podrán trabajar en la reducción del campo del contencioso de anulación en beneficio del contencioso de ple-

embargo, y haciendo honor a la verdad, hay que decir que esos esfuerzos doctrinales, en tal fecha, fueron minoritarios dentro de la ciencia francesa del derecho administrativo. Lo que sí es más extendido en el panorama al que nos referimos, y que va de la mano con el desarrollo científico que venía alcanzando esa rama en Francia a partir del último tercio del periodo decimonónico, es que el tratamiento del servicio público como institución jurídico-administrativa, y en su consideración objetiva o subjetiva, se irá revistiendo de un mayor vuelo científico, en contraste con etapas anteriores, y cubrirá espacios propios y más llamativos dentro de los estudios que llevan una vocación sistémica, y presentan una visión de conjunto, sobre el derecho administrativo; aunque eso no significó que la noción de servicio público se catapultara de una vez a la categoría protagónica del subsistema iusadministrativo ni que perdiera su uso recubierto de movilidad y falta de nitidez en su alcance preciso,²² pues continuaba siendo utilizada indistintamente como equivalente a función pública o función administrativa,²³ o como tipo específico de la actividad adminis-

na jurisdicción, desarrollando constantemente la perspectiva de la gestión; de esa manera, el Derecho administrativo enriquecerá la lista de derechos adquiridos de los administrados y aumentará su eficacia, lo cual, después del buen funcionamiento de los servicios públicos, es el beneficio más apreciable que se debe esperar de la sociedad concertada con la Administración”.

²² Félix Moreau (*Manuel de droit administratif*, París, Ancienne Librairie Thorin et Fils, Albert Fontemoing, Éditeurs, 1909, pp. 55 y ss.) dedicaba el capítulo IV de esta obra al tratamiento específico de los servicios públicos, iniciándolo con la siguiente definición: “Un service public est l’ensemble des moyens, personnel et matériel, par lesquels une personne administrative accomplit sa tâche ou une partie déterminée de sa tâche...”. Además, escribiría (pp. 55 y 56): “Tout service public suppose: une circonscription territoriale, dont l’étendue est indifférent; — une population, qui n’est pas nécessairement un groupe cohérent, homogène, déterminé; (...); — un personnel, qui exerce les droits de la personne administrative, accomplit les actes juridiques ou matériels nécessaires pour le fonctionnement du service public; — un matériel, très important pour certains service comme l’armée, très peu important pour d’autres services comme la justice, nécessaire pour tous; — de l’argent, enfin, destiné à payer le personnel et le matériel et obtenu soit spécialement de ceux qui ont recours au service, soit en général des contribuables, des membres de la collectivité”.

²³ Así, por ejemplo, Henry Berthélemy (*Traité élémentaire de droit administratif*, Huitième édition, París, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & C^{IE}, Éditeurs, 1916, p. 8) se preguntaba cuál era el método a seguir para el estudio de los principios del derecho administrativo y las reglas de la administración. A lo cual respondía que el método más simple era el que comportaba el examen de dos órdenes de cuestiones: “...les unes concernent l’organisation administrative, les autres, le fonctionnement des services publics”.

trativa,²⁴ o con un sentido más cercano a lo subjetivo, que la identificaba con la organización administrativa pública que ejecutaba determinada actividad dirigida a satisfacer intereses públicos.²⁵

Este proceso tendiente hacia un mayor intervencionismo que involucró a la administración pública finisecular decimonónica y de inicios del siglo XX, resultado —y expresión— de un replanteo en el modo de concebir y practicar su rol funcional dentro de la realidad social, no dejó de provocar, al menos en el plano de las ideas, un pulseo con la ideología liberal, la cual se hallaba ya en retirada como pensamiento rector de la ordenación del funcionamiento de la estructura estatal, por lo que no faltó quien advirtiera, desde la propia escena jurídica principal que promovía al servicio público como categoría jurídica-administrativa, la posible arista negativa de un excesivo intervencionismo público y, con ello, la del ensanchamiento del contenido objetivo de la noción jurídica de servi-

Para decir en el párrafo siguiente: “La partie de ce traité consacrée à l’organisation administrative contiendra l’indication des agents et des conseils qui collaborent à l’administration de l’État et des ses subdivisions...”. Y seguidamente continuar: “La partie consacrée aux services publics comprendra l’étude des fonctions dévolues à ces agents et à ces agents et à ces conseils.- Qui sont-ils? C’est l’objet de la première partie.-Que font-ils? C’est l’objet de la seconde”.

Para Cuba, véase lo que recogía Núñez y Núñez, Eduardo R., *Tratado de derecho administrativo*, con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique Hernández Cartaya, Tomo I, 3a. ed., Imprenta “Casa Girón”, Habana, 1920, p. 30; véase también Núñez y Núñez, Eduardo R., *Tratado de derecho administrativo*. Con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional “Dr. Enrique Hernández Cartaya”, 3a. ed., Habana, Imprenta “Casa Girón”, 1920, t. II, pp. 5 y ss.

²⁴ Véase Hauriou, Maurice, “La gestión administrativa”, *cit.*, nota 18, pp. 127 y ss. Igualmente, ver el sentido en que Artur, “Séparations des pouvoirs et séparation des fonctions”, *cit.*, pp. 232 y ss., utilizaba la expresión *servicio público*.

²⁵ Este es el sentido que puede constatarse en las palabras de Michoud, Léon, en *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français, Première partie, Notion de personnalité morale. Classification et création des personnes morales*, París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, pp. 296 y ss., cuando se refería a *Les services publics personnalisés*. Aseveraba Michoud (p. 296) que “...l’État détache lui-même certains services publics, et les dote d’une personnalité propre...”. Asimismo diría: “Pour qu’un service public puisse être considéré comme une personne morale distincte de l’État, il lui faut, comme à tout personne morale, une organisation suffisante pour dégager une volonté capable de le représenter sur la scène du droit. C’est la condition de forme à laquelle est subordonnée la création de toute personne morale...”.

cio público.²⁶ Es, sin dudas, este pulseo, que se traduce en el enfrentamiento desde posiciones filosóficas divergentes —que podemos resumir simplifícadamente como individualismo y socialismo—, y que tiene su eco dentro de la orientación de la ciencia del derecho administrativo, uno de los ángulos fundamentales que ha aportado —y aún aporta— sustanciación al debate en torno a la configuración, alcance, utilidad y pertinencia de la noción jurídica del servicio público dentro del espectro institucional de la rama administrativa.

La primera década del siglo XX albergó para el derecho administrativo francés, un periodo muy interesante, donde aparecieron nuevas aportaciones jurisprudenciales en el proceso de transformación de la concepción científica y práctica de la rama iusadministrativa —que ya venía avanzando desde el último cuarto de la centuria anterior—; el cual le permitirá a dicho subsistema jurídico afianzar, de manera definitiva, su autonomía e identidad propia dentro del conjunto de sectores objetivos en los que se subdivide la ciencia jurídica. Con dichas aportaciones se proveyó, además, a una franja del pensamiento teórico de ese país de una base de hecho y de argumentos jurisprudenciales validados como criterios de solución práctica, de los cuales se sirvió para apoyar la construcción científica del derecho administrativo; en una evidente acción coral que tiene a la jurisprudencia y a la doctrina como los artífices más directos y decididos de ese proceso transformador. Y fue el servicio público la

²⁶ Maurice Hauriou, en el “Prefacio de la 5a. ed.” de su *Précis de droit administratif et de droit public général*, de 1903, consultado por nosotros en Hauriou, Maurice, *Obra escogida*, traducción de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, pp. 45 y ss., observaría (p. 71): “No creo incurrir en un error de observación al considerar que el actual Derecho administrativo está orientado más hacia la gestión de los servicios públicos y la satisfacción de la necesidades de los administrados que hacia el ejercicio de la policía pura, que admite con progresiva amplitud indemnizaciones pecuniarias por los daños causados y la remuneración en dinero por los servicios prestados; que, por consiguiente, ha pasado de las regiones del poder puro y de la política, de donde surgió, a las de las necesidades y el comercio de los cambios. Cada vez más la administración se preocupa por los intereses pecuniarios de los administrados, cada vez más realiza más cometidos a precio monetario: los presupuestos se hinchan y las finanzas públicas se desbordan”. Para escribir seguidamente (p. 71), en lo que nos resultan hoy unas líneas con visión de futuro: “La consecuencia lógica es que el Derecho administrativo debe tender a aproximarse a estos otros derechos que regulan el comercio del dinero y a admitir lo que hay de esencial en su técnica, es decir, las personalidades jurídicas y los patrimonios...”.

categoría jurídica que se involucró en primer plano en toda esa dinámica, y la que sirvió de apoyatura a un parte de los actores directos de la misma, para soportar el intento de revisar y replantear la configuración objetiva del derecho administrativo.

Una cuestión necesaria que hay que tener presente en la evaluación de ese proceso transformador del derecho administrativo francés en el periodo al que nos estamos refiriendo estriba en el hecho de que desde finales del siglo XIX había entrado en resquebrajamiento, por insuficiencia e imprecisión, la consideración de la atribución de competencias de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa —y con ello el establecimiento de los límites y alcance del derecho administrativo y el derecho civil— a partir del criterio —hasta entonces fundamental— que se basaba en la polarización estricta de los actos de la administración pública en actos de autoridad y actos de gestión; donde el régimen de derecho aplicable a los primeros, de modo característico, era el administrativo, y los segundos quedaban bajo la tutela esencial del derecho privado, por lo que se hizo necesario acudir a otro marco de referencia más coherente y uniforme para enmarcar y explicar el alcance del régimen iusadministrativo en relación con el proceder de la administración pública y, así, establecer y justificar los límites competenciales entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa.

En 1903, el 6 de febrero, vería la luz un fallo del Consejo de Estado francés relacionado con un litigio que se conocería como *affaire Terrier* (Terrier contra el departamento de Saône-et-Loire); y que no sólo trascendería por los pronunciamientos singulares de la solución que contenía, sino, especialmente, por las conclusiones que realizara para el mismo el comisario de gobierno, Jean Romieu,²⁷ y por las consecuencias que de ello se derivarían, en lo teórico y en lo práctico, en la consolidación

²⁷ Las conclusiones de Romieu al *affaire Terrier* las hemos consultado en la reproducción que de ellas se hace en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, D'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou, Tome Deuxième, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 448 y ss. En relación con el *arrêt Terrier* se ha dicho (Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, p. 54): “L'importance et la célébrité de cet arrêt ne viennent pas seulement de son contenu propre, mais aussi de conclusions dans lesquelles le commissaire du gouvernement Romieu a systématisé, en des termes qui restent encore en grande partie valables aujourd'hui, les principes qui régissent, pour l'État comme pour les collectivités locales, la délimitation des compétences administratives et judiciaire...”.

de un nuevo criterio (el del servicio público) para la determinación objetiva del ámbito de regulación del derecho administrativo francés y los criterios de distribución competencial de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa.²⁸

En un primer acercamiento a las conclusiones de Romieu, hay que hacer notar que en su razonamiento cifraba en el *affaire* Blanco de 1873, del Tribunal de Conflictos, y en las conclusiones al mismo que hiciera el comisario de gobierno, David,²⁹ el abandono definitivo —al menos en lo concerniente a las cuestiones de responsabilidad extracontractual o cuasi-

²⁸ Sobre el valor de este *arrêt* y de las conclusiones al respecto de Romieu, diría Hauriou en el inicio de su nota de comentario al mismo (consultada por nosotros en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, D'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou, Tome deuxième, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), París, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 454 y ss.): "C'est avec une satisfaction profonde que nous enregistrons cet arrêt, qui consacre à la fois l'extension du contentieux administratif aux affaires départementales et communales et son application naturelle à tout ce qui est exécution d'un service public ou d'une mesure prise par les mêmes moyens administratifs. On a lu plus haut l'exposé des faits et les remarquables conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu; nous avons peu de choses à ajouter à ce commentaire éloquent d'une décision capitale...". El propio Hauriou, con su magistral agudeza característica, resumiría la importancia del *arrêt* Terrier, al decir que constituía el segundo cimiento del nuevo edificio del contencioso-administrativo (el primer cimiento lo ubicaba en el *affaire* Cadot de 1889, donde se consolidó al Consejo de Estado como el juez de derecho común en materia administrativa); véanse dichas expresiones en su nota al caso *Terrier*, en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tome deuxième, p. 455.

²⁹ En el fallo Blanco (véase entre otros, Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, p. 5) se consideraba "...que la responsabilidad que puede incumbir al estado por los daños causados a los particulares por hechos de personas que emplee en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el código civil, para las relaciones de particular a particular;

Que esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derecho privados;

Que, por lo tanto, en los términos de las leyes acabadas de ver, la autoridad administrativa es la única competente para conocerla;..."

Por su parte, concluiría el comisario David (ver, entre otros, Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, p. 6) en relación con los tribunales judiciales: "...son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas hechas contra la administración en razón de los servicios públicos, cualquiera que sea su objeto, e incluso que aquellas tendientes, no a anular, modificar o interpretar por la autoridad judicial los actos de la administración, sino simplemente a pronunciar contra ella condenas pecuniarias en reparación de daños causados por sus operaciones".

delictual del Estado— de una línea jurisprudencial previa que —sustentándose en la distinción *actes de puissance publique* y *actes de gestion*— fundaba la competencia de la jurisdicción administrativa en temas de responsabilidad del Estado en la expresa atribución de textos legales especiales (criterio formal), los cuales introducían, de esa manera, y para esos casos expresamente establecidos, una excepción a la competencia de los tribunales ordinarios, que venían entendiéndose como el juez de derecho común para esas cuestiones.³⁰ Por otro lado, con esa observación de abandono, Romieu ubicaba a dicho *arrêt* Blanco en el inicio de un viraje decidido, y en ascenso, hacia una orientación jurisprudencial que se atenía a un patrón más sustancial, coherente y orgánico (la organización y el funcionamiento de los servicios públicos, como más tarde se observaría) que el que hasta ese momento operaba, para fijar la competencia del contencioso-administrativo, y, con ello, trazar el contorno objetivo del derecho administrativo.

De esas primeras observaciones se puede desgajar que es con el nacimiento del siglo XX, y con las aludidas conclusiones del comisario Romieu en el caso Terrier, cuando se comienza a llamar la atención sobre el *arrêt* Blanco como punto de reorientación relacionado con el soporte conceptual sobre el que se delimita la actuación jurisdiccional en materia administrativa,³¹ y comienza este último fallo a ganar notoriedad —no sin polémica posterior sobre su real trascendencia—³² como un pronun-

³⁰ Véase lo que exponía al respecto Romieu en sus conclusiones, en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, *cit.*, nota 28, Tome deuxième, pp. 449 y 450.

³¹ Un hito jurisprudencial dentro del proceso de transformación del contencioso-administrativo francés a finales del siglo XIX se encuentra en el *affaire* Cadot, del Consejo de Estado, del 13 de septiembre de 1889, con conclusiones del comisario de gobierno, Jagerschmidt (consultados por nosotros en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, tome deuxième, pp. 424 y ss.). En este fallo se consagraba el papel del Consejo de Estado francés como primera instancia del contencioso-administrativo de plena jurisdicción, y como juez de derecho común en materia administrativa. A juicio de Hauriou, este fallo constituiría el primer cimiento del nuevo edificio del contencioso-administrativo francés (véase la nota de Hauriou al *arrêt* Terrier, en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, tome deuxième, p. 455; además de su nota al propio fallo Cadot, también recogida en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, tome deuxième, pp. 431 y ss.).

³² En este sentido, es provechoso ver, entre otros, los planteamientos de Chapus, René, *op. cit.*, nota 8, pp. 85 y ss. En relación con la condición de “verdadera revolución jurisprudencial”

ciamiento con connotación precursora en el quehacer jurisprudencial administrativo francés,³³ al despuntar una tendencia a identificarle como el

dencial” que la doctrina francesa de la primera mitad del siglo XX le asignaba al *arrêt* Blanco, Chapus (*op. cit.*, p. 86) consideraba: “Que telle ait été la portée de l’arrêt Blanco nous semble extrêmement douteux. Rien no nous paraît moins sûr que det abandon de la jurisprudence antérieure que l’on voit en lui. Il nous semble au contraire que l’arrêt —en ce qui concerne la définition du critère de la répartition des compétences administrative et judiciaire— se situe rigoureusement dans la ligne de la jurisprudence antérieure”. Compendiadoras y gráficas al respecto resultan igualmente las palabras de Georges Vedel (*op. cit.*, nota 10, p. 66), cuando aclaraba sobre el *arrêt* Blanco: “Considerada en sí misma, la solución no era revolucionaria; venía a confirmar una jurisprudencia anterior del Consejo de Estado (6 de diciembre de 1855, Rotschild: *Rec.*, p. 705; 6 de agosto de 1861, Dekeister: S., 1862.2.139) y se hubiera podido llegar a ella mediante la simple aplicación del criterio del Estado deudor. Lo que sí era nuevo, según demuestran las conclusiones del comisario de gobierno, David, que someten a crítica el pretendido criterio del Estado deudor, es que la solución se basaba en otras consideraciones distintas de ésta”. Más adelante anotaría Vedel: “Sobre su alcance, se han manifestado divergencias. Para la mayoría de los autores se trata de una revolución jurisprudencial que rompe completamente con el pasado y sustituye los criterios antiguos por uno completamente nuevo. Para R. Chapus (*Responsabilité publique et responsabilité privée*), que se ha ocupado minuciosamente del problema, la decisión Blanco supuso pocas innovaciones, ya que la razón en cuya virtud reconocía la competencia del juez administrativo para los litigios surgidos de la actividad de los servicios públicos era que, en la gestión de éstos, el Estado actuaba necesariamente como poder público; se trataba de la misma idea de “gestión pública” no ignorada por la jurisprudencia anterior”. Seguidamente aseveraba: “Como quiera que sea, el destino de la decisión Blanco iba a ser bastante extraño. Durante casi treinta años, la decisión Blanco, si no ignorada, iba a ser muy poco invocada y su alcance no rebasaría el rechazo del criterio del Estado deudor. Un autor como Jèze que, más tarde, la iba a convertir en la ‘pieza clave’ del derecho administrativo, ni siquiera la citaba en 1904 cuando estudiaba la aplicación del principio de separación de autoridades”. También puede verse, entre otros, lo que plantearan al respecto: Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, pp. 5 y 6; y Carbajo, Jöel, *op. cit.*, nota 8, pp. 7 y 8.

³³ Sobre el *arrêt* Blanco vuelve con especial intensidad, y con posterioridad al *affaire* Terrier, el comisario de gobierno, Georges Teisser, en sus conclusiones al *affaire* Feutry, del Tribunal de Conflictos, del 29 de febrero de 1908 (reproducidas, y consultadas por nosotros, en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, D’après les notes d’arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou, Tome premier, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), París, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 573 y ss.). En relación con la atención que le dispensara Teisser al mencionado fallo Blanco, se ha identificado en la propia Francia a este comisario de gobierno como el “descubridor” del *arrêt* Blanco, o como el “descubridor” de la significación nueva o revolucionaria que se le atribuiría a ese *affaire* de 1873 en los inicios del siglo XX. Así, René Chapus (*op. cit.*, nota 8, p. 91) fue de los que planteara: “...La découverte de l’arrêt, c’est-à-dire, l’invention de la signification nouvelle qui désormais lui être attachée, doit être attribuée à Georges

arranque definitivo de la operatividad, en esa sede, del criterio del servicio público como nueva distinción de base para determinar la jurisdicción contencioso-administrativa y el espacio de regulación del derecho administrativo. En consonancia con ello, se liga el mencionado fallo con el asomo de una concepción del derecho administrativo, que fue cobrando cuerpo y sustancia científica en las décadas posteriores, en la que se fija su autonomía como rama del derecho, y su independencia funcional y existencial del derecho civil (entendido entonces como el derecho común). Por lo que resulta un subsistema de ordenación que contiene reglas y principios jurídicos distintos y exorbitantes de los que se integran en el derecho privado (derecho común). Si mezclamos la variedad de elementos que concurren en las disquisiciones anteriores, en una lectura desde los tiempos actuales, y poniendo especial énfasis y en primer plano la idea de servicio público, es posible interpretar que en el caso Blanco se trasluce, de manera embrionaria, que ha ganado un espacio, en un sector de la jurisprudencia iusadministrativa, la asociación del servicio público, con la determinación del ámbito de funcionalidad característico o propio de la administración pública, con la existencia o concurrencia de un régimen jurídico regulador que difiere típicamente del que tutela jurídicamente las relaciones entre particulares, y con la identidad del derecho administrativo. De tal suerte, aparece aquí un elemento de sistematización del objeto de regulación del derecho administrativo, que se presenta en su momento con una vocación de unidad, homogeneidad, coherencia y precisión mayor, al menos en lo sustancial, que la segmentación del actuar de la administración pública en actos de poder público y actos de gestión; y que resulta más pertinente que esa última a los fines de ordenar jurídicamente el campo de actuación iuspública de esa entidad administrativa. En consecuencia con lo dicho, podrá entenderse por qué se tomaría luego al *arrêt* Blanco, por una parte de la doctrina francesa, como la “piedra angular del derecho administrativo”.

Teisser qui la fit valoir en 1908 devant le Tribunal des conflits (v. ses conclusions dans l'affaire Feutry, le 29 février 1908, S. 1908, III, 97) après l'avoir exposée en 1906 dans son traité sur la Responsabilité de la puissance publique...”. En esa propia cuerda, Georges Vedel (*op. cit.*, nota 10, p. 66) señalaría: “Al parecer, fue el comisario del Gobierno Georges Teisser el que, en 1906, en su tratado sobre la *Responsabilité de la puissance publique* y, posteriormente, en 1908, en sus conclusiones en la decisión Feutry (T. C. 29 de febrero de 1908, S., 1908.3.97) descubrió la decisión Blanco o, dicho más exactamente, el que le atribuyó una significación revolucionaria...”.

Ahora bien, el caso Blanco resulta un paso primario relevante, desde la perspectiva práctica, sobre todo en el entronizamiento de la noción de servicio público, como categoría fundamental del derecho administrativo francés; pero él por sí solo no sirve para entender y aprehender todo ese proceso —precisamente porque constituye un proceso— de asunción de la categoría del servicio público como eje central de la rama iusadministrativa, y que se manifestaría de manera gradual y mucho más rico en matices y análisis. Por lo pronto, baste recordar que el alcance objetivo del *arrêt* Blanco se relacionaba sólo con la responsabilidad extracontractual o cuasidelictual del Estado; y, precisamente por su operatividad inicial limitada, es posible decir que, luego de ese *arrêt*, y sobre todo en los primeros lustros del siglo XX, la noción de servicio público y su valor como criterio principal para sentar la competencia de la jurisdicción administrativa, y el perímetro de operatividad del derecho administrativo, se verían involucrados en un movimiento expansivo que en un primer momento tributó a su consolidación.

El *arrêt* Terrier de 1903, y las conclusiones de Romieu al mismo, serán acciones decisivas que revelarán, y marcarán, el ascenso del proceso de expansión de la noción de servicio público como punto de referencia para determinar, desde la óptica material o sustancial, cuándo existe o se constituye una *opération administrative*, y, por ende, cuándo estamos en el *domaine de la juridiction administrative* (en palabras de Romieu); lo que significa establecer, además, cuando estamos en el dominio del derecho administrativo. En consonancia con ello, hay que ver allí también un proceso de ensanchamiento y consolidación del perímetro de alcance objetivo o sustancial de la jurisdicción administrativa y del subsistema jurídico-administrativo.

A tenor del *arrêt* Terrier, Romieu se expresaba por reafirmar a la jurisdicción administrativa como aquella competente para conocer, de suyo, sobre las relaciones entre “los servicios públicos y los terceros, en el orden cuasidelictual”, y por admitir ese conocimiento, igualmente, en el caso “de las relaciones contractuales que nacen de la organización y funcionamiento del servicio público”;³⁴ por sostener la extensión del alcance de

³⁴ Planteaba Romieu en sus conclusiones: “Or, si l’on admet ce principe comme base juridique unique de la compétence administrative pour les rapports entre le service public et les tiers, dans l’ordre quasi-délictuel, on doit l’admettre également, a fortiori, pour les rapports contractuels qui naissent de l’organisation ou du fonctionnement du service pu-

ese criterio de competencia administrativa, no sólo para los “servicios públicos del Estado”, sino también para los “servicios públicos de los departamentos, de las comunas, de los establecimientos públicos, *qui ont au même degré le caractère administratif*”³⁵ —en lo que deviene un ejercicio de expansión subjetiva y objetiva de las relaciones jurídico-administrativas que caen bajo el cuño caracterizador del servicio público—, y de lo que resulta un patrón de unificación de las reglas de competencia relativas a las gestión de los intereses colectivos por parte de las personas públicas, cualquiera que éstas sean. Según resumía Romieu en una formulación de principio:

...«Tout ce qui concerne l’organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, —soit que l’Administration agisse par voie de contrat, soit qu’elle procède par voie d’autorité—, constitue une operation administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la jurisdiction administrative, au point de vue des litiges de toute sorte auxquels elle peut donner lieu», ou encore, sous une autre forme: «Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l’exécution, l’inexécution ou la mauvaise exécution d’un service public, sont de la compétence administrative,

blic. Dès lors, les textes qui proclament la compétence administrative dans les diverses matières qui constituent la sphère d’action des services publics, et en particulier les lois qui chargent l’autorité administrative de prononcer sur les créances de l’État, ne doivent pas être considérés comme créant une compétence exceptionnelle, mais bien au contraire comme faisant purement et simplement application du principe de la séparation des pouvoirs, et comme reconnaissant un contentieux qui est administratif, non par le fait de la loi, mais par sa nature propre”. Hemos tomado este fragmento transcrito, de la reproducción de las conclusiones de Romieu al *arrêt* Terrier que se hace en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, tome deuxième, p. 450.

³⁵ Según concluía Romieu: “Si telle est la base de la compétence administrative en ce qui concerne les services publics de l’État, on ne voit pas pourquoi elle ne subsisterait pas pour les services publics des départements, des communes, des établissements publics, qui ont au même degré le caractère administratif. Qu’il s’agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l’on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement pas les principes du droit civil qui régissent les intérêts privés; elle a, au contraire, par elle-même, un caractère public; elle constitue une branche de l’administration publique en général, et, à ce titre, doit appartenir au contentieux administratif”. Hemos tomado este fragmento transcrito, de la reproducción de las conclusiones de Romieu al *arrêt* Terrier que se hace en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, tome deuxième, p. 450.

et relève, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'État, juge de droit commun du contentieux de l'administration publique, générale ou locale»...³⁶

También en sus conclusiones en el caso Terrier, el comisario de gobierno, Romieu, se detenía en apreciar una distinción entre la *gestion publique* y la *gestion privée*, que llevan a cabo las diversas entidades públicas. De esa distinción resultaba que, como principio, la gestión de los servicios públicos (gestión pública) por las personas públicas estaba sometida a un régimen de derecho administrativo, y, con ello, a una ordenación jurídica que difería de aquella a la que correspondía al régimen común de las relaciones entre simples particulares; sin embargo, ese francés no dejaba de anotar que podían presentarse ciertas excepciones a ese principio, en las que el proceder de las entidades públicas podía discurrir por los cauces de un régimen de derecho común (privado).³⁷ En consonancia con ello, Romieu dirá finalmente:

...Il appartient à la jurisprudence de déterminer, pour les personnes publiques locales, comme elle le fait pour l'État, dans quels cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et sans caractère administratif, ou au contraire en face d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé.³⁸

En cuanto al contraste entre la gestión pública y la gestión privada que presenta el comisario de gobierno en el citado *arrêt* Terrier, debemos apuntar que las conclusiones de Romieu venían a continuar, y a reforzar,

³⁶ Seguido de ese fragmento transcrito, Romieu precisaba: "...L'on arriverait ainsi à assimiler le contentieux départemental et comunal au contentieux d'État, et à unifier, par une interprétation plus large du principe de la séparation des pouvoirs, les règles de compétence pour la gestion des intérêts collectifs par les personnes publiques de toute nature; vos décisions sur les rapports des communes avec leurs agents et sur les litiges intercommunaux ou interdépartementaux ne formeraient plus, dès lors, qu'un cas particulier, - le plus important d'ailleurs, - de ce contentieux administratif local". Véase la reproducción de las conclusiones de Romieu al *arrêt* Terrier que se hace en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, tome deuxième, p. 451.

³⁷ Véase las conclusiones de Romieu en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, pp. 451 y 452.

³⁸ *Idem.*

una línea de pensamiento que ya se hacía visible en Francia desde el siglo XIX, y en la que establecía una conexión directa entre servicio público, ejercicio de poder público y gestión pública de la administración pública;³⁹ y donde primigeniamente se observaría —en un sentido inverso al reflejado en el párrafo anterior— que existían ciertos supuestos dentro de la actividad de gestión de la administración pública en los que se exceptuaba —por disposición legal o porque en ellos concurría también el ejercicio de ciertos poderes públicos— la aplicabilidad del régimen jurídico ordinario (de derecho privado), y se sujetaban, entonces, a reglas especiales de naturaleza iusadministrativa.⁴⁰ Fue Maurice Hauriou, en su trabajo de 1900 “La gestión administrativa”,⁴¹ quien asumió el primer ejercicio científico de rigor acabado en pos del esclarecimiento de la categoría jurídica gestión administrativa, de su delimitación e independencia de la gestión privada, y de los patrones que determinan, de manera propia, la aplicación, en uno u otro caso, del régimen de derecho público o el de derecho privado, como base jurídica de ordenación de su desarrollo.⁴² En dicho ejercicio, Hauriou dio un lugar protagónico al servicio pú-

³⁹ Así, Édouard Laferrière (*op. cit.*, nota 5, p. 436) caracterizaba a los *actos de gestión* como aquellos “...que l’administration accomplit en qualité de gérant et d’intendant des services publics et non comme dépositaire d’une part de souveraineté...”.

⁴⁰ En explicaciones de Édouard Laferrière (*op. cit.*, nota 5, p. 437): “...Le contentieux des actes de puissance publique est administratif de sa nature, celui des actes de gestion n’est administratif que par la détermination de la loi. Mais, à cette règle générale, il faut ajouter les deux observations suivantes:

En premier lieu, le contentieux des actes de gestion peut être déféré à la juridiction administrative par des dispositions générales de la loi aussi bien que par des dispositions spéciales: il n’est pas besoins que tous ces actes soient dénommés ou définis; il suffit qu’ils rentrent dans des catégories largement tracées par le législateur...

En second lieu, il ya des actes qui concourent à la gestion des services publics, à l’administration des biens possédés ou surveillés par l’État, mais, qui, en même temps, se rattachent si étroitement à l’exercice de la puissance publique qu’ils échappent de plein droit à la compétence judiciaire, comme si cette puissance était seule en jue...”.

⁴¹ Consultado por nosotros en la traducción al español hecha en Hauriou, Maurice, “La gestión administrativa”, *cit.*, pp. 127 y ss.

⁴² Decía Hauriou (Hauriou, Maurice, “La gestión administrativa”, *cit.*, nota 18, p. 190) en una parte de su análisis: “La cuestión de principio se reduce a ésta: ¿subsiste poder público en la gestión administrativa? Si, en efecto, subsiste, se haría difícil introducir la gestión en el derecho privado”. A continuación (p. 191) escribió: “Si consideramos el poder público como la fuerza misma que acciona los servicios públicos..., es evidente que esta fuerza subsiste en el funcionamiento de los servicios públicos...”. En el párrafo

blico y al poder público como aspectos identificadores o configuradores de la gestión administrativa, y como elementos de determinación de una esfera de ordenación jurídica propia para esa gestión, que tenía existencia fuera de los marcos de la órbita de regulación jurídica que correspondía a la gestión privada.⁴³ Precisamente, en su nota de comentario con motivo del *arrêt* Terrier, el antiguo decano de la Facultad de Derecho de Toulouse vuelve a referirse a la relación entre “competencia de la jurisdicción administrativa, materia administrativa, gestión pública, servicio público, y ejecución a través de procedimientos de actuación en los que concurre el ejercicio de prerrogativas de poder público”; Hauriou señalaba en el comentario mencionado: “...Le Conseil d’État juge de droit commun, de quoi? On ne pouvait pas répondre indéfiniment: des cas nouveaux! Il fallait remener las cas nouveaux à un principe commun, qui s’est trouvé être celui de la gestion publique, c’est-à-dire de l’exécution des services publics par les procédés ordinaires et avec les prérogatives de l’administration publique”.⁴⁴

A partir de la topografía anteriormente esbozada, con elementos fundamentales aportados por la ciencia (doctrina) y por la práctica (jurisprudencia), podemos atrevernos a sostener que en el primer lustro del siglo XX francés ya había cristalizado una concepción de la categoría jurídica servicio público, que —desde una óptica material, objetiva o funcional técnicamente estricta— la individualizaba como aquella actividad administrativa de gestión cuya finalidad directa es la satisfacción de necesidades colectivas, que es ejecutada directa o indirectamente (mediante la co-

siguiente precisaba: “Por lo demás, hay un artificio que revela inmediatamente el poder público en la gestión. Consiste en preguntarse en virtud de qué derechos realiza la administración las operaciones de gestión; es obligado confesar que es en virtud de los derechos de poder público, es decir, de derechos exorbitantes de la vida privada...”.

⁴³ Recordemos un fragmento inicial de este trabajo de Hauriou (Hauriou, Maurice, “La gestión administrativa”, *cit.*, nota 18, p. 127), donde aparece de forma evidente esa situación: “...he escogido la teoría de la gestión administrativa, es decir, de la ejecución de los servicios públicos. Creo haber demostrado que en la gestión se establece, de manera necesaria, una colaboración entre la Administración y el medio administrable. De una parte, verdades científicas aplicables en materia social nos enseñan que todo trabajo es cooperativo, y la ejecución de los servicios públicos es el resultado del trabajo del poder público”.

⁴⁴ La referencia de la nota de Hauriou al *arrêt* Terrier la hemos tomado de la reproducción que se hace de la misma en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, tome deuxième, p. 461.

laboración de los administrados o particulares)⁴⁵ por la administración pública, sobre la base de procedimientos de actuación que involucran el ejercicio de poderes o prerrogativas públicos, y cuya ordenación jurídica se realiza por el derecho administrativo.

Si hacemos un balance parcial de la situación a la altura del fallo *Terrier*, puede apreciarse el avance del posicionamiento —tanto en un sector doctrinal de avanzada como en la tendencia de la jurisprudencia administrativa francesa— de una base de pensamiento en la que la idea de servicio público desempeñaba un papel cardinal al tiempo de fijar la ubicación del espacio de regulación del derecho administrativo. Igualmente, puede percibirse el ascenso cualitativo en la concepción de la identidad de la rama jurídica administrativa como sistema, pues en esa base de pensamiento va la interpretación —que años más tarde se impondría de forma definitiva— de que el derecho administrativo no es una especialidad dentro del derecho privado o común, sino que es todo un bloque autónomo de normas y principios jurídicos que regulan el ámbito de funcionamiento propio de las entidades administrativas, y que, como tal bloque, existe y funciona, en lo sustancial, de forma paralela y excluyente en relación con el régimen de derecho ordinario de los particulares. Por lo tanto, en esa dinámica conceptual subyace un nexo directo —no absoluto ni absorbente aún— entre la noción de servicio público, la caracterización sustancial de la órbita de funcionamiento propio de la administración pública, la identificación del régimen que ordena jurídicamente ese funcionamiento (el derecho administrativo), y el grado de su funcionalidad en relación con el subsistema jurídico que aún se entendía como con vocación de ordenamiento común u ordinario dentro del sistema jurídico: el derecho civil. En resumidas cuentas, en el caso *Terrier* lo que se evidencia es la procedencia del servicio público como técnica jurídica para precisar y deslindar la competencia jurisdiccional en sede administrativa,

⁴⁵ Para Maurice Hauriou (“La gestión administrativa”, *cit.*, nota 28, p. 136), en una proyección general que luego individualizaría a partir del análisis de ciertos supuestos específicos y diversos: “...hay un fenómeno reseñable en las fuerzas sociales en movimiento y trabajadoras, y es que su trabajo se realiza *con la colaboración del medio*. No pretendo desarrollar aquí esta proposición en toda su amplitud ni tampoco detallar las analogías que permiten sospechar esta colaboración del medio en toda producción de trabajo mecánico; quiero solamente demostrar su realidad en materia de gestión administrativa; avanzaré, a reserva de probarlo, que el criterio de la gestión administrativa radica en la colaboración de los administrados en la acción administrativa, porque esa colaboración es el signo de la realización del trabajo de ejecución de los servicios públicos”.

y, con ello, se deja ver su operatividad como técnica jurídica para identificar cuándo se estaba dentro del perímetro del derecho administrativo (y, en sentido contrario, cuándo se estaba fuera de la órbita del derecho civil o derecho privado). De ahí que lo que ocurre en el *arrêt* Terrier pueda tenerse como un claro ejemplo, entre los iniciales, de cómo la categoría servicio público sirvió válidamente, en su momento, como técnica jurídica de unificación y homogenización, a los fines de la atribución de competencias a la jurisdicción administrativa; tributando también, por esa vía, a una construcción con mayor coherencia y organicidad del derecho administrativo en cuanto sistema.

El proceso de expansión del criterio del servicio público, como referencia para la adscripción de cuestiones jurídicas a la competencia de la jurisdicción administrativa, tuvo otros hitos jurisprudenciales importantes, luego del *affaire* Terrier, en el mismo primer decenio del siglo XX francés; los cuales también devendrían en eslabones de referencia que abonaron, desde la perspectiva práctica, el camino hacia una interpretación y construcción científica del derecho administrativo que gravitaba alrededor de la figura del servicio público.

Uno de esos hitos jurisprudenciales se sitúa en el *arrêt* Feutry, del Tribunal de Conflictos francés, del 29 de febrero de 1908, con conclusiones del comisario de gobierno, Georges Tessier.⁴⁶ Del caso Feutry emergió el ensanchamiento de la competencia de la jurisdicción administrativa en materia de responsabilidad cuasidelictual o extracontractual de las entidades públicas, pues se determinó en él que era a dicha jurisdicción a la que correspondía el conocimiento de las acciones dirigidas contra los departamentos, comunas y establecimientos públicos, en las que se pretendía la condena de esas entidades al pago de indemnizaciones por daños y perjuicios por responsabilidad administrativa en ocasión del funciona-

⁴⁶ En ese fallo, el Tribunal de Conflictos francés consideró: "...que cette assignation ne vise aucune faute personnelle à un agent de l'administration et se détachant de sa fonction; qu'elle incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public; que l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exécution de ce service n'appartient pas à l'autorité judiciaire; que c'est donc à bon droit que le préfet de l'Oise a revendiqué pour l'autorité administrative la connaissance de la demande formée par le sieur Feutry contre le département de l'Oise;...". Véase este fragmento transcrito, entre otros, en la reproducción del fallo *Feutry* que se realiza en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tome premier, p. 573; o en la reproducción parcial de dicha sentencia contenida en Long, M./Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, p. 80.

miento de los servicios públicos.⁴⁷ En sus conclusiones al *arrêt* Feutry, el comisario Tessier razonaba también sobre la naturaleza administrativa de los actos emanados de la administración pública, no ya en la ejecución misma de los servicios públicos, sino en función de asegurar y garantizar esa ejecución.⁴⁸ Por lo tanto, la noción de servicio público no sólo aparece aquí como una técnica que enmarca en el interior del ámbito jurídico administrativo una actividad de gestión, sino como criterio que permite, además, evaluar la naturaleza iusadministrativa de otras actuaciones de las entidades públicas que, desde el ángulo en que se enfoca por Tessier en este caso, no constituyen exactamente actividades de gestión de servicios públicos, pero son identificadas, por tener incidencia directa sobre ellos, como instrumentales o accesorias en relación con la ejecución de esos servicios. Precisamente, Maurice Hauriou, en su nota de comentario al *arrêt* Feutry, acompañará desde su visión esas observaciones de Tessier, a partir del delineamiento de una categoría jurídico-administrativa global que él denomina *l'opération de service public*, y que encierra el

⁴⁷ Con el *affaire* Feutry se da la continuación más directa de la línea abierta en el *affaire* Blanco sobre atribución de competencias al contencioso-administrativo en lo relativo a la responsabilidad administrativa extracontractual del Estado, pero esta vez extendiéndola a los supuestos en que la parte demandada por ese tipo de responsabilidad fuera una corporación pública territorial o un establecimiento público. Nuevamente asistimos a la utilización del servicio público como técnica de referencia para unificar y fijar la competencia del contencioso-administrativo; lo que reafirma la vigencia, en ese momento, de su valor de uso como categoría jurídica a esos fines.

⁴⁸ En afirmaciones de Tessier: "...La vérité, c'est que tous les actes accomplis par la Puissance publique ou ses agents, pour assurer la gestion des services publics, sont tous des actes administratifs au même titre que lois ou de règlements administratifs, des exécutions d'ordres donnés par des autorités administratives. Et il n'est pas possible de juger les questions de responsabilité, relatives à ces faits de service, sans apprécier ces règlements, ces actes et ces ordres. On peut donc dire que jamais la Puissance publique et ses agents, sauf en ce qui concerne la gestion du domaine privé, n'agissent dans les mêmes conditions que les particuliers (V. Georges Tessier, *op. cit.*, nota 33, p. 172 *et s.*). La police et la gestion ne sauraient être ventilées; elles se pénètrent sans cesse; tout fonctionnement d'un service public implique l'exercice de pouvoirs de police, et, inversement, un très grand nombre d'actes de commandement, pris en forme d'arrêtes de police, n'ont d'autre objet que d'assurer la gestion d'un service. Quand on examine les uns après les autres les actes administratifs que les auteurs ou les tribunaux classent arbitrairement dans l'une de ces deux catégories, on se rend compte qu'on les pourrait tout aussi bien comprendre dans l'autre...". Hemos tomado este fragmento de las conclusiones de Georges Tessier al *arrêt* Feutry, de la reproducción que de las mismas se realiza en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence...*, *cit.*, nota 28, tome premier, p. 583.

universo de actuaciones administrativas específicas que proveen a la ejecución de los servicios públicos, pero que no son, propiamente, resultado inmediato de esa ejecución.⁴⁹ En consecuencia, de la línea argumental en la que se mueven los análisis mencionados de Tessier y Hauriou con motivo del caso Feutry, podemos extraer, asimismo, una lectura sobre la operatividad de la categoría del servicio público, como punto de mira y sustanciación para la calificación como de naturaleza administrativa de ciertas relaciones jurídicas complementarias a la ejecución propiamente dicha de los servicios públicos, en la que ésta revela una expansión de su valor al efecto. De dicha línea argumental se puede colegir que esa categoría jurídica no sólo valdría como técnica para ordenar jurídicamente la organización y ejecución de determinada actuación de gestión pública, sino que, además, venía a aportar contenido y finalidad a otras actuaciones de las entidades públicas que se desarrollan sobre los cauces propios del ejercicio del poder público, y que resultan actuaciones de soporte en la relación con la primera.

Otro de los hitos jurisprudenciales dentro del proceso al que nos referimos se cifra en el *arrêt* Thérond, del Consejo de Estado francés, del 4 de marzo de 1910, con conclusiones del comisario de gobierno, Pichat. La relevancia principal de este fallo parte del hecho de que con él se dio un paso de completamiento en el proceso de unificación del contencioso-administrativo francés, precisamente apelando a la idea de servicio público como base para tal acción unificadora.⁵⁰ En el *affaire* Thérond se determinó la competencia de la jurisdicción administrativa para los casos de controversias derivadas de la contratación administrativa (responsabi-

⁴⁹ Según expuso Hauriou en su comentario al *arrêt* Feutry (véase esa nota en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative...*, cit., nota 28, tome premier, pp. 584 y ss.): “La notion juridique de l’operation de service public se determina d’abord dans des opérations particulières qui sont pour alimenter le service public plutôt qu’elles n’en constituent l’exécution proprement dite: telles sont l’expropriation pour cause d’utilité publique, les travaux publics, les marchés de fournitures, les réquisitions militaires...”.

⁵⁰ En las consideraciones del Consejo de Estado en ese caso se puede leer: “...qu’en traitant dans las conditions ci-dessus r peles avec le sieur Théron, la ville de Montpellier a agi en vue de l’hygiène et de la sécurité de la population et a eu, des lors, pour but d’assurer un service public; qu’ainsi les difficultés pouvant résulter de l’inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, a défaut d’un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d’ tat.”. Véase este fragmento reproducido, entre otros lugares, en Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, p. 93.

lidad contractual) donde la entidad pública contratante fuera una corporación pública territorial. En concreto, lo que ocurrió en el caso Thérond fue que se amplió el contencioso administrativo en materia contractual para los supuestos en que intervinieran como uno de los sujetos contratantes las corporaciones públicas territoriales, actuando en ellos en función de un servicio público; así, la jurisprudencia administrativa francesa daba continuidad a la dirección señalada por el caso Terrier, aunque en este último *arrêt* mencionado el pronunciamiento sólo afectaba al contencioso contractual del Estado. De esa forma, ya estaban unificadas bajo el alcance de la jurisdicción administrativa, y gracias a la idea del servicio público, las cuestiones de responsabilidad extracontractual de la administración pública central o local (*arrêts* Blanco y Feutry) y ahora venía a incorporarse a esa uniformidad la responsabilidad administrativa derivada de los vínculos contractuales (*arrêts* Terrier y Thérond). Es de destacar, para el caso particular del *affaire* Thérond, que se ha hecho notar por la doctrina de ese país que, en un matiz que difiere de lo que se había razonado a propósito del *arrêt* Terrier por el comisario de gobierno, Romieu, en éste se excluía toda posibilidad de gestión privada en los contratos de la administración, pues se reputaba que todo contrato concluido en interés del servicio público era considerado como administrativo.⁵¹

En resumidas cuentas, con la mención somera a los casos reflejados en los párrafos precedentes, y los aspectos en torno a ellos esbozados, sólo hemos pretendido ilustrar a muy grandes rasgos cómo, en la primera década del siglo XX francés, se fue cimentando, especialmente a través de un sector del quehacer jurisprudencial, la trascendencia de la noción del servicio público como eje gravitacional de un movimiento de transformación conceptual y funcional en la percepción de la esfera de ordenación jurídica del actuar característico de la administración pública; movimiento del que resultaría la reafirmación de la identidad e individualidad del derecho administrativo como subsistema del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es dable asumir aquí que, a la altura del momento señalado, la categoría servicio público ya no resultaba sólo un ejercicio teórico-práctico de encuadramiento de un tipo específico de actividad administrativa, o un giro del lenguaje que se empleaba, con un alcance más global, como

⁴⁴ Véase lo que plantearon al respecto, Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, pp. 93 y 94.

sinonimia o equivalente de la expresión más técnica por la que se designaba el espacio de actuación general que corresponde a la administración pública (función pública o función administrativa); sino que, en una expansión de su funcionalidad jurídica, aparecía también como un (o el) criterio teleológico de base que se iba mostrando como esencial, y al que se iba recurriendo en la práctica, para la determinación de la naturaleza jurídico-administrativa del proceder propio de la entidades administrativas y, con ello, para la evaluación y determinación del régimen de derecho al cual debía someterse la ordenación jurídica de ese proceder.

Según hemos visto hasta ahora, a la altura de la primera década del siglo XX, la realidad jurídico-administrativa francesa mostraba interesantes contrastes con el periodo del llamado “derecho administrativo clásico”, que se había erigido a lo largo del siglo XIX sobre los pilares del más viejo y puro liberalismo burgués y recurriendo a un criterio técnico de configuración en el que desempeñaban un papel definitorio la teoría de la doble personalidad del Estado y la polarización de los actos de la administración pública en actos de gestión y actos de autoridad. Esos contrastes revelaban un Estado, y una administración pública, empeñados en un proceso de mayor intervencionismo social; entre otras condicionantes, por la necesidad de afrontar un marco social en el que ganaban mayor protagonismo e imprescindibilidad los nuevos adelantos científico-técnicos, donde se mostraba un crecimiento de los centros urbanos y una mayor concentración poblacional en ellos, una mayor complejización e intensificación en el desenvolvimiento de las relaciones sociales, y por la insuficiencia del individualismo, del capital privado y del libre y natural desenvolvimiento del mercado como apoyaturas fundamentales —fácticas y filosóficas— para respaldar y asumir las necesidades colectivas bajo ese panorama. Por su lado, una parte de la jurisprudencia en materia administrativa estaba transitando por un reacomodo de las bases conceptuales que amparaban y justificaban en la práctica todo el andamiaje jurídico sobre el cual se asentaba la ordenación y desenvolvimiento de la actuación pública, en pos de dar satisfacción a los intereses públicos y necesidades comunes; precisamente, haciendo valer un criterio técnico, que en ese momento llevaba una mayor vocación de coherencia, organicidad, unidad y homogeneidad, y resultaba más ajustado a los fines de apreciar y evaluar de modo más consecuente la concreción de esa actuación pública dentro del marco de juridicidad que la misma tenía como

presupuesto, habida cuenta que ya desembocaba en insuficiente una interpretación de dicha actuación que se levantaba sólo sobre el aspecto autoritario —y quizá más estático— que involucraba el ejercicio del poder. Por lo tanto, y teniendo en consideración ese telón de fondo, no es infortunado entender que lo que estaba faltando era un enfoque científico que, aprovechando la coyuntura y apropiándose de toda esa dinámica objetiva —que se hacía visible en lo económico, en lo político, en lo jurídico y en lo ideológico—, intentara proponer una visión sistémica del derecho administrativo, donde el servicio público figurara como la pieza nuclear de ese sistema, y pusiera el énfasis finalístico del poder público en la provisión más directa de las necesidades y exigencias de la comunidad, en cuanto grupo social políticamente organizado —en lo que hay, tal vez, una configuración más dinámica del ejercicio del poder público—.

Así las cosas, sería con la figura de León Duguit —quien fuera decano de la Facultad de Derecho en Burdeos— y en la segunda década del siglo XX, cuando llegaría el despunte, dentro de un sector del pensamiento jurídico francés vinculado al iuspublicismo, de esa revisión científica a partir del protagonismo, en términos absolutos, de la categoría del servicio público como centro y fin del espacio de actuación pública;⁵² revisión que el maestro de Burdeos planteara inicialmente con alcance para todo el derecho público, remontado, así, los márgenes más estrechos y exclusivos del derecho administrativo. Parapetado en una ideología socialista —pero no en la orientación marxista— Duguit propuso una revisión de las bases dogmáticas y conceptuales del Estado y de las relaciones de poder entre gobernantes y gobernados, apelando a la solidaridad social. Para ello, el antiguo decano de Burdeos arremetió contra el dogma de la soberanía,⁵³ que había servido a los principales teóricos —especialmente a

⁵² Al decir de René Chapus (*op. cit.*, nota 8, p. 91): “La doctrine de Georges Tessier, ainsi que les arrêts qui, entre 1908 et 1910, l’avaient, comme nous le verrons, introduite dans le droit positif, furent largement et systématiquement exploités, en 1913, par León Duguit dans un ouvrage, *Les transformations du droit public*, consacré tout entier à faire de la notion de service public la pièce centrale du droit administratif, qui devenait «le droit des services publics»...”.

⁵³ Según expresaba León Duguit (*Las transformaciones del derecho público*, traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1915, pp. 65 y 66): “..., en el siglo XVIII y en el XVIII, la soberanía es el derecho de mandar, de que es titular el rey. Es un derecho que tiene los mismos caracteres que el derecho de propiedad. El rey es titular de él como de sus dere-

los alemanes—⁵⁴ durante todo el siglo XIX para justificar jurídicamente la dinámica de las relaciones entre el Estado y los súbditos o ciudadanos con motivo del ejercicio del poder público, amparados en el más puro liberalismo burgués.⁵⁵ Según este francés: “...El hombre moderno pide á los gobiernos no sólo no realizar ciertas cosas, sino hacer ciertas otras. Por tanto, se impone la necesidad de un sistema de derecho público que dé un fundamento y una sanción á esta obligación positiva. Pero en este respecto, el sistema fundado sobre la noción de soberanía adolece evi-

chos patrimoniales. La soberanía es una propiedad, pero una é indivisible, inalienable. Es absoluta como todo derecho de propiedad, salvo ciertas restricciones relacionadas con la naturaleza de las cosas...; En fin, esta soberanía del rey se manifiesta sobre todo en la ley, que es la expresión de la voluntad real soberana”. Más adelante sostenía (pp. 65 y 66): “De ahí se derivan directamente la noción de soberanía nacional una é indivisible, inalienable e imprescriptible, la noción de ley, expresión de la voluntad nacional, nociones formuladas en las Declaraciones y en las Constituciones del periodo revolucionario. Por lo tanto, estas fórmulas son tan artificiales como las nociones que expresan. O más bien, esta concepción de la soberanía, como derecho subjetivo de una persona era un producto histórico que debía desaparecer con las circunstancias que le dieron vida. Sin embargo, no fue así”. En otro momento (p. 88) resultaba concluyente cuando estampaba: “... la doctrina de la soberanía ha sido siempre, en la teoría y en la práctica, una doctrina de absolutismo”. Sobre esta cuestión de la soberanía, del mismo Duguit pueden verse, entre otras de sus obras: *Traité de droit constitutionnel*, tome deuxième, *La théorie générale de l'État*, Deuxième éditions, París, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, 1923, pp. 31 y ss. y 93 y ss.; también en su *Manual de derecho constitucional*, trad. de José G. Acuña, 2a. ed. española, Francisco Beltrán, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 65 y ss. y 80 y ss.; *Soberanía y libertad*, Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (Nueva York), trad. y prólogo de José G. Acuña, Francisco Beltrán, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1924, pp. 130 y ss.; y *Leçons de droit public general*, faites á la Faculté de Droit de l'Université égyptienne pendant les mois de Janvier, Février et mars 1926, París, E. de Boccard, Editeur, 1926, pp. 116 y ss.

⁵⁴ Para León Duguit (*Las transformaciones...*, *cit.*, nota 53, p. 89): “...Proceden directamente de Rousseau y del falso dogma de la soberanía todos los juristas alemanes que, siguiendo á Gerber y Laband, quieren hacer la teoría jurídica del despotismo imperial”.

⁵⁵ En palabras de Duguit (*Las transformaciones...*, *cit.*, nota, 53, pp. 67 y 68): “El fundamento del derecho público nacido de la revolución, se encuentra de este modo definido, y determinado su origen histórico. La nación es una persona titular del derecho subjetivo de poder público, del poder de mando ó soberanía. El Estado es la nación organizada; es por tanto titular de la soberanía; y el derecho público (el *Staatsrecht* de los alemanes) es el derecho del Estado; es decir, el conjunto de reglas aplicables á esta persona soberana, que determinan su organización interior y rigen sus relaciones con las demás personalidades, personalidades subordinadas si se encuentran en el territorio del Estado de que se trata; personalidades iguales si son de otros Estados”.

dentemente de una impotencia irremisible...”.⁵⁶ En consecuencia, en la construcción iuspublicística de Duguit: “La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público...”.⁵⁷ De ahí que “...el Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha pretendido que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes...”;⁵⁸ y el “...servicio público es el fundamento y límite a la vez del poder gubernamental...”.⁵⁹ En relación con la ley, Duguit diría que “...no es el mandato formulado por una voluntad soberana: es el conjunto de medidas tomadas en general para asegurar el funcionamiento de un servicio público...”.⁶⁰ En suma, desde su visión: “...El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular é ininterrumpido...”,⁶¹ y reafirmaba: “El fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo demandado, es la re-

⁵⁶ Duguit, León, *Las transformaciones..., cit.*, nota 53, p. 89. Igualmente escribió (p. 92): “Y sin embargo, en todos esos servicios modernos, que cada día toman mayor extensión: instrucción, asistencia, obras públicas, alumbrado, correos, telégrafos, teléfonos, caminos de hierro, etc., hay una intervención del Estado que debe estar sometida al derecho, regulada y disciplinada por un sistema de derecho público. Pero este sistema no puede estar fundado en el concepto de soberanía, porque se aplica á actos en los que no se advertían ningún rasgo de poder de mando. Se constituye, pues, forzosamente un nuevo sistema relacionado, por el demás, íntimamente con el anterior, pero fundado en una noción diferente, que se manifiesta en todo, que modela todas las instituciones modernas del derecho público y que inspira toda la jurisprudencia tan fecunda, de nuestro Consejo de Estado: tal es la noción del servicio público”.

⁵⁷ Duguit, León, *Las transformaciones..., cit.*, nota 53, p. 93. Véase también de Duguit: *Leçons de droit public general, cit.*, nota 53, p. 152.

Este francés acotaría (*Las transformaciones..., cit.*, nota 53, pp. 92 y 93): “...El mismo día en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombre. En efecto, desde ese momento se ha comprendido ciertas obligaciones se imponían á los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era á la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público”.

⁵⁸ Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel, cit.*, nota 53, p. 54; también en su *Manual de derecho constitucional, cit.*, nota 53, p. 71.

⁵⁹ Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel, cit.*, nota 53, p. 56; también en su *Manual de derecho constitucional, cit.*, nota 53, p. 73.

⁶⁰ Duguit, León, *Las transformaciones..., cit.*, nota 53, p. 127.

⁶¹ *Ibidem*, p. 116.

gla de organización y de gestión de los servicios públicos. El derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos...”⁶²

Para León Duguít: “..., la noción de servicio público parece que puede formularse de este modo: es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por lo gobernantes, por ser indispensable á la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”.⁶³ Además, aclaraba:

Decir que un servicio deviene ó llegará á ser un servicio público, es decir que este servicio será organizado por los gobernantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento sin interrupción. Pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de la gestión del servicio, y las riquezas que están afectadas á él sean colocados bajo la dependencia inmediata y directa de los gobernantes. Al contrario, en muchos antiguos y nuevos servicios, tiende á establecerse el sistema de descentralización, que aparece bajo diversas formas...⁶⁴

Para también reconocer:

Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituye el objeto de los servicios públicos. ¿Cuáles son esas actividades? ¿Cuál es su extensión exactamente? Imposible es dar á la cuestión una respuesta general. Ya en 1911 escribíamos: “¿Cuáles son las actividades cuyo cumplimiento constituye para los gobernantes una obligación? No puede darse á esta pregunta una respuesta determinada. Hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esta evolución...”⁶⁵

⁶² *Ibidem*, p. 117. En ese propio párrafo acotaba: “..., el derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos”.

⁶³ *Ibidem*, p. 115. Véase, de igual forma, su *Traité de droit constitutionnel*, *cit.*, p. 55; también en su *Manual de derecho constitucional*, *cit.*, nota 53, p. 73.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 121 y 122. Véase, de igual forma, su *Manual de derecho constitucional*, *cit.*, nota 53, p. 76.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 121 y 122. Véase, de igual forma, su *Traité de droit constitutionnel*, *cit.*, nota 53, p. 57; y también su *Manual de derecho constitucional*, *cit.*, nota 53, p. 74.

Por supuesto que es imposible dar, en unas pocas líneas apresuradas, una idea completa y precisa de toda la concepción científica de Duguit sobre el derecho público y de su real alcance; sobre todo si se considera que su obra —compuesta por varios textos— tributa paso a paso a levantar ese sistema, y que su construcción teórica afecta a cuestiones medulares relativas a la teoría del Estado, el derecho constitucional y al derecho administrativo, fundamentalmente. Por lo que sólo hemos intentado fijar algunas ideas conclusivas al respecto, salidas de su propia pluma, a los efectos del objetivo que nos mueve en este trabajo.

Las ideas de León Duguit sobre el Estado y la dinámica de las relaciones de poder entre gobernantes y gobernados tuvo acogidas extremas de manera inmediata. Por un lado, este francés recibió críticas dentro de la propia ciencia del derecho público en Francia⁶⁶ —y fuera de ella—, en relación con diversos aspectos de su concepción iuspublicística; y, por el otro, su línea de pensamiento encontró recepción en un sector de la doctrina jurídico-pública de su país, en especial, que no dudó en seguirla. Pero fue sobre todo dentro del derecho administrativo francés donde la concepción duguitiana del servicio público como categoría jurídica fundamental del derecho público abrió una brecha de influencia con mayor trascendencia y proyección, dando lugar a una orientación teórica —en la que se alistaron, entre otros, nombres imprescindibles en la evolución del derecho administrativo y en la noción jurídica de servicio público, como Gastón Jèze, Roger Bonnard y Louis Rolland—, que alcanzó a la concepción sistémica de aquella rama del derecho, y que se ha conocido dentro del iusadministrativismo con el nombre de Escuela del Servicio Público o Escuela de Burdeos. No es posible, en un trabajo de cortas miras como este —que ya se va tornando algo dilatado— y por los objetivos estrechos que en él se persiguen, detenernos en la evaluación porme-

⁶⁶ Como referencias numéricamente mínimas podemos citar a Esmein, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comperé*, sixième édition revue par Joseph Barthélemy, París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, pp. 37 y ss.; Michoud, Léon, *op. cit.*, nota 25, pp. 44 y ss.; Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, traducción de José Lión Depetre, 2a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 33 y ss. y 205 y ss.; Hauriou, Maurice, entre otros de sus trabajos, en el “Prefacio de la 11a. edición”, bajo el título de “El poder público y el servicio público”, de su *Précis de droit administratif et de droit public général*, de 1927, consultado por nosotros en Hauriou, Maurice, *Obra escogida*, trad. de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, pp. 117 y ss.

norizada de la obra de León Duguit en particular, máxime cuando el alcance de su construcción va encaminado a proyectarse mucho más allá de la rama iusadministrativa; por lo que esa construcción no debe apreciarse como circunscrita sólo a esta última rama, sino se quiere desembo-car en un reduccionismo inconsecuente de aquélla. Sin embargo, por su condición de precursor de la Escuela de Burdeos, y por lo que sus ideas en específico implicaron para la configuración científica del derecho administrativo en general, y para la noción de servicio público en particular, sí nos creemos obligados a fijar unas ideas mínimas en relación con estos dos últimos aspectos; sin perjuicio de volver luego, sumariamente, sobre la trascendencia de la Escuela del Servicio Público, globalmente considerada, en la evolución de dicho subsistema y para el esbozo de la figura jurídico-administrativa del servicio público.

La propuesta de revisión y reconstrucción de las bases conceptuales del derecho público a partir de la idea del servicio público como eje central, que tiene como punto de partida la obra de León Duguit y que involucra-ba directamente al derecho administrativo de la época, constituyó, en su momento, el intento de “sacudida” más fuerte y radical de los fundamen-tos jurídico-filosóficos sobre los que se venía asentado el desenvolvi-miento de la rama administrativa desde el siglo XIX —que se habían for-mado bajo el auspicio de las más rancias aspiraciones liberales burguesas, donde la defensa de la más amplia esfera de libertad indivi-dual frente al Estado era el fin último al que debía tributar la ordenación jurídica de la actuación administrativa de esa entidad—; precisamente porque su visión pretendía derribar y trastocar tales fundamentos. De ahí que las ideas del ex decano de Burdeos estuvieran impregnadas de una importante carga de enfrentamiento ideológico, que es difícil ocultar. En esa línea de pensamiento de Duguit va un ejercicio científico que intenta rescatar, desde su fundamento, el espíritu social o colectivista que debe sustanciar al derecho administrativo, llevando al primer plano de la fina-lidad existencial que debe tener el Estado —la administración pública— la obligación y la vocación de servicio a la comunidad (y la figura jurídi-ca de base que sirve para implementar esa realidad es precisamente el servicio público).⁶⁷ Con ello, este maestro francés tomaba distancia de la

⁶⁷ Es en este sentido, y con una magnífica expresión cargada de su habitual perspicacia —que a nuestros ojos deviene en compendiadora, en cuanto a la valoración de la obra del maestro de Burdeos en lo atinente a la esfera jurídica-administrativa—, que el espa-

lectura del derecho administrativo, que percibía a la administración pública como un fenómeno esencialmente autoritario, y al individuo como una realidad que debía estar siempre a buen recaudo de aquélla (este presupuesto es el que amparaba la perspectiva de que el valor operativo primario, y prácticamente exclusivo, de la rama iusadministrativa radicaba en su condición de instrumento de limitación del poder de la administración pública); de esa lectura, propia del derecho administrativo del siglo XIX, resultaba que ambos fenómenos eran tenidos, esencialmente, como dos puntos distantes dentro de una misma realidad (la social) empeñados en una lucha de contrarios, y se desembocaba en que el derecho administrativo se polarizaba entre dos centros de intereses opuestos: el individuo y la administración pública. Contrariamente a eso, de las disquisiciones de Duguit se puede desgajar una interpretación que afecta directamente al derecho administrativo, y en la que este subsistema se revela como un espacio de ordenación jurídica triangular en el que sus vértices están integrados por la comunidad o colectividad (grupo social en cuanto grupo), los individuos y la administración pública; donde esta última no es un fenómeno que se contrapone a los segundos, sino que se debe a ellos y a la atención impostergable de las necesidades de la primera (necesidades que no se identifican estrictamente con los intereses de los administrados y de los gobernantes). Por lo tanto, la legitimidad del ejercicio del poder público que posee la entidad administrativa adquiere sentido dentro de ese marco de actuación finalística que se le atribuye.

A pesar de la acogida que se le dispensó a la tesis de Duguit entre un sector de la ciencia iusadministrativa, sufrió también inmediatamente una fuerte oposición por otro sector que se empeñó en poner en evidencia —no debemos obviar en lo correspondiente el debate ideológico y el enfrentamiento a las ideas socialistas que enarbolaba ese europeo, que subyacen en esa polémica— las posibles insuficiencias de sus ideas en lo atinente al derecho administrativo —que son las que nos interesan a los efectos de este trabajo—. Esas insuficiencias giraban, principalmente, al-

ñol Alejandro Nieto observaba que “...León Duguit... introduce la mala conciencia en el derecho administrativo francés...”. Véase Nieto, Alejandro, “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, publicado originalmente en la *Revista de Administración Pública*, núm. 76, enero-abril de 1975; y consultado por nosotros en Nieto, Alejandro (selección, introducción general y presentación por), *34 artículos seleccionados de la revista de administración pública con ocasión de su centenario*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, p. 892.

rededor del núcleo central de su posición teórica; es decir, de las implicaciones de los términos absolutos en que se manejó Duguit, en cuanto a identificar al contenido y fin de la función administrativa con la prestación de servicios públicos, y su pretensión de homogeneizar y agotar el alcance material de dicha función en la actividad prestacional de la administración pública.

Como se conoce, y según hemos ido diciendo aquí, la vertiente teórica abierta por Duguit fue acogida y seguida por una parte del pensamiento científico dentro del iusadministrativismo francés, seguimiento que dio lugar, a partir de la segunda década del siglo XX, de una vertiente científica dentro del derecho administrativo de Francia que se conoce como la Escuela del Servicio Público. Esa tendencia, en su momento, desempeñaría un papel muy importante en el afianzamiento de la autonomía sustancial del derecho administrativo como subsistema del ordenamiento jurídico, y de sus instituciones jurídicas características, a partir del sostenimiento de la figura del servicio público como categoría central de ese sistema, y contribuiría a trazar, científicamente, los elementos caracterizadores de esa institución jurídico-administrativa.

Entre los autores franceses que ocuparon lugares destacados dentro de esa línea de pensamiento hay que destacar tres nombres: Gastón Jèze, Roger Bonnard⁶⁸ y Louis Rolland. Aunque fue la obra de Jèze, calificado por Hauriou como “el *enfant terrible* de la escuela”,⁶⁹ la que alcanzó mayor vuelo en la articulación sistémica del derecho administrativo como derecho ordenador de los servicios públicos.

⁶⁸ Roger Bonnard (*Précis élémentaires de droit administratif*, París, Société Anonyme de Recueil Sirey, 1926, p. 15) fue de los que llegó a sostener que: “L’État es un organisme social constitué essentiellement par un ensemble de services publics. Ces services se présentent comme des organisations destinées à donner satisfaction à certains besoins et intérêts individuels et collectifs de la nation...”. En el párrafo siguiente escribiría: “On trouve donc dans l’État trois notions essentielles: les attributions, les fonctions et les services publics...”. También de Bonnard, y en igual sentido: “Notions généraux sur les attributions et les fonctions de l’État et sur les services publics”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Tome quarante-deuxième, XXXII^e année, París, Marcel Giard, Librairie-Editeur, 1925, pp. 5 y ss.

⁶⁹ Hauriou, Maurice, en el “Prefacio de la 11.^a edición”, bajo el título de “El poder público y el servicio público”, de su *Précis de droit administratif et de droit public général*, de 1927, consultado por nosotros en Hauriou, Maurice, *Obra escogida, cit.*, nota 66, pp. 117 y ss.

Según le definiría Gastón Jèze: “El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos...”;⁷⁰ llegando a afirmar enfáticamente que “El servicio público es, hoy, la piedra angular del derecho público. Esta noción sirve para volver a modelar todas las instituciones del derecho público...”.⁷¹ En su consideración:

Toda vez que se está en presencia de un servicio público propiamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo, en la forma más rápida y completa que sea posible, las necesidades de interés general.⁷²

De tal forma, para Jèze la idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento de derecho público, y decir que en determinada hipótesis existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta catego-

⁷⁰ Jèze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo. La técnica jurídica del derecho público francés*, trad. directa de la 3a. edición francesa de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. I, p. 1. A continuación precisaba: “...Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para el regular funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales...”. Según disquisiciones de Roger Bonnard (*Précis élémentaires de droit administratif, cit.*, nota 68, p. 70), el dominio del derecho administrativo está dado por la organización y funcionamiento de los servicios administrativos; el mismo se divide en dos partes: una parte comprende la organización y la competencia de la jurisdicción administrativa, y la otra parte la organización y funcionamiento de los servicios públicos. En otro momento, *Précis de droit administratif. Partie générale*, París, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), 1935, p. 1, Bonnard entendía que el derecho administrativo “...est cette partie du droit public interne qui a pour objet de prévoir et de régler les interventions administratives de l’État, soit les interventions réélissés par le moyen de la fonction administrative et assurées par les services publics administratifs dont l’ensemble constitue ce qu’on appelle couramment l’administration”. Por su parte, Louis Rolland (*Précis de droit administratif*, neuvième édition, París, Librairie Dalloz, 1947, p. 1) aseveraría: “Le droit administratif n’est qu’une branche du droit public. Il a trait à l’État et à ses rapports avec les individus. Il est constitué par l’ensemble des règles relatives à l’organisation et au fonctionnement des services publics et aux rapports de ceux-ci avec les particuliers...”.

⁷¹ Jèze, Gastón, “Prefacio de la segunda edición francesa”, *Principios generales...*, *cit.*, nota 72, t. I, p. LXV.

⁷² Jèze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, traducción directa de la 3a. edición francesa de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. II, vol. 1, p. 4.

ría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.⁷³

Para Bonnard: “Les services publics sont ces organisations qui constituent la structure même de l’État. Ils ont pour objet d’assurer l’exercice des attributions de l’État par le moyen des fonctions”,⁷⁴ y precisaba sobre los servicios administrativos: “Ces services, qui sont constitués par ce qu’on appelle couramment l’ «Administration», sont chargés, en principe de l’exercice de la fonction administrative”.⁷⁵

Por su lado, Rolland entendería que los servicios públicos son “...entreprises ou des institutions d’intérêts general placées sous la haute direction des gouvernants et destinées à satisfaire aux besoins collectifs du publics. Tous les services publics relèvent d’une personne morale de droit public...”.⁷⁶

En resumidas cuentas, la llamada Escuela del Servicio Público fue el movimiento científico que catapultó, en su momento, a la noción de ser-

⁷³ *Ibidem*, p. 4. Más adelante (p. 18) este francés volvería a destacar: “En resumen, el servicio público es un *procedimiento técnico* —y no el único— con el que se satisfacen las necesidades de interés general. Decir que, en determinado caso, existe servicio público, significa, que los agentes tienen la posibilidad de usar procedimientos del derecho público, de apelar a teorías y a reglas especiales, o sea, de recurrir a un régimen jurídico especial: *este régimen se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general; la organización del servicio es siempre modificable con arreglo a las necesidades del interés general, y, en consecuencia, legal y reglamentaria*”. Del mismo Jèze, también puede verse lo que escribiera sobre los elementos esenciales del *servicio público* en la sección I, “Jurisprudencia administrativa”, de la sección “Notas de jurisprudencia”, en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, XX^e année, Paris, M. Girard & E. Brière, Librairies-Éditeurs, 1913, tome trentième, pp. 503 y ss.

⁷⁴ Bonnard, Roger, *Précis élémentaires de droit administratif*, *cit.*, nota 68, p. 51. También de Bonnard, “Notions généraux...”, *cit.*, nota 68, pp. 43 y ss.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 52. También de Bonnard, “Notions généraux...”, *cit.*, nota 68, p. 45. En otra de sus obras (*Précis de droit public*, quatrième édition, Paris, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), 1937, p. 265) este francés expondría: “Les services publics sont ces entreprises qui sont assumées par les autorités administratives de l’État, du département et de la commune et qui sont destinée à fournir, directement ou indirectement, des prestations aux particuliers”. Véase también del propio Bonnard, *Précis de droit administratif. Partie générale*, *cit.*, nota 70, pp. 235 y ss.

⁷⁶ Rolland, Louis, *op. cit.*, nota 70, p. 16.

vicio público como criterio jurídico exclusivo de definición del derecho administrativo y de atribución de competencias a la jurisdicción administrativa. Pero arrastró consigo las inconveniencias de un sobredimensionamiento, en grado absoluto, de la efectividad real de la idea de servicio público como punto de encuadre del subsistema jurídico administrativo; y de una reducción de la policromía que necesariamente debe acompañar la actuación de la administración pública —consecuencia de la pluralidad que revisten las necesidades que debe atender, y de los medios a los que debe recurrir para ello—, al tono monocromático que le confiere reconducir todo el contenido y la finalidad de su función a una actuación de carácter prestacional. Ese movimiento teórico, que devino en expresión —y resultado—, en el plano del pensamiento jurídico administrativo, de las transformaciones sociales, políticas y económicas, que afectaron— en un giro hacia una mayor intervención pública— el funcionamiento del Estado a finales del siglo XIX y las primeras décadas del XX, propuso un criterio unitario y homogéneo para la determinación del campo de operatividad del derecho administrativo, y vino a consolidar su independencia y sustantividad existenciales, en cuanto marco genérico de ordenación jurídica, en relación con el derecho privado. Sin dudas, esa corriente de pensamiento dejó ver su influencia en el proceso de configuración inicial de los caracteres propios de varias categorías jurídicas generales que tienen presencia en la rama administrativa (contencioso-administrativo, responsabilidad administrativa, gestión administrativa, contratos administrativos, dominio público, por mencionar las más recurridas); aportando sustentación a la diferenciación con sus pares en el derecho privado, pero no sobre la base de que ellas fueran una simple especialidad de estas últimas, sino desde una valoración de sustantividad que las impregnaba de un sentido de identidad de cierta forma paralelo a las de aquéllas.

En cuanto ejercicio de concepción sistémica sobre el derecho administrativo, la Escuela del Servicio Público tuvo una insoslayable repercusión dentro⁷⁷ y fuera de la propia Francia —para este último caso aun cuando el valor del servicio público como criterio de distinción de la rama jurídi-

⁷⁷ Así, por ejemplo, Henry Nézard (*Éléments de droit public (principes du droit public, droit constitutionnel, droit administratif)*, troisième édition, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et C^{ie}, éditeurs, París, 1922, p. 1) es también de los estudiosos franceses que sostendrá que el derecho administrativo rige las relaciones entre los agentes públicos con los particulares o con sus subordinados y regula la organización y el funcionamiento de los servicios públicos.

ca administrativa no llegó a presentar los niveles ni la trascendencia práctica que sí tuvo en aquélla—, básicamente en la primera mitad del siglo pasado. Aunque no logró expandirse a lo largo de todo el pensamiento iusadministrativo francés, sino que hubo un sector dentro de él, igualmente importante y temporalmente coincidente, que guardó distancia de la misma ante sus insuficiencias. A pesar de ello, y en una mirada en retrospectiva, la Escuela de Burdeos desembocó en uno de los movimientos científicos más importantes para el derecho administrativo durante todo el siglo XX; y su influencia —en una mayor o menor medida—, y la del debate científico que se fue estructurando a su alrededor, en lo atinente a la consideración del papel destacado que desempeñan los servicios públicos en la determinación del objeto de regulación de la rama jurídico-administrativa, se puede apreciar también en una parte de la ciencia del derecho administrativo que se desarrollaba en países de Europa y América Latina, básicamente alrededor de la propia primera mitad de la centuria pasada y los años inmediatos subsiguientes.⁷⁸

⁷⁸ V. gr.: Vauthier, Maurice, *Précis de droit administratif de la Belgique*, tome I, troisième édition remise à tour par Marcel Vauthier, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1950, pp. 31 y 32; Buttgenbach, André, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1952, p. 19; Posada, Adolfo, *Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, 2a. ed. revisada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923, t. I, pp. 110 y ss.; Gascón y Marín, José, *Tratado de derecho administrativo. Principios y legislación española*, 4a. ed. revisada, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1929, tomo primero, p. 62; Fernández de Velasco Calvo, Recaredo, *Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración*, 2a. ed., Barcelona, Librería Bosch, 1930, t. I, p. 1; García Oviedo, Carlos, “La teoría del servicio público”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXI, t. 142, Madrid, Editorial Reus, 1923, pp. 5 y ss.; Álvarez-Gendín, Sabino, *El servicio público. Su teoría jurídico-administrativa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, pp. 5 y ss.; Pérez Botija, Eugenio, “Sur la notion de service public”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vingt-deuxième année, 1956, núm. 2, Institut internationale des Sciences administrative, pp. 67 y ss.; Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, Librería y Editorial “El Ateneo”, 1947, t. I, pp. 5 y ss.; Bullrich, Rodolfo, *Principios generales de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1942, p. 18; Cavalcanti, Themistocles Brandão, *Tratado de direito administrativo*, volume II, Rio de Janeiro-S. Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, pp. 7 y ss.; del mismo Cavalcanti, *Principios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro-S. Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1945, pp. 25 y ss.; Pareja, Carlos H., *Curso de derecho administrativo teórico y práctico adaptado especialmente a la administración pública colombiana*, 2a. ed. refundida y muy aumentada, Bogotá, Editorial El Escolar, 1939, p. 12; Sarría, Eustorgio, *Derecho administrativo*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 1957, pp. 22 y 23.; Núñez

Desde el ángulo más singular de la propia noción de servicio público, y de su configuración científica como categoría jurídica, hay que decir que los esfuerzos teóricos de los autores señalados en los párrafos anteriores contribuyeron claramente a su desarrollo como institución jurídica del derecho administrativo, y al intento de fijar sus caracteres o elementos de definición básicos. Pero, aun así, no lograron dotar a dicha categoría de un acabado científico tal, que la despojara de esa aureola de movilidad que le ha rodeado precisamente porque percibieron que, en definitiva, será la voluntad política de los gobernantes, atendiendo a ciertas circunstancias objetivas de orden político-económico relacionadas con la satisfacción de las necesidades de la colectividad, la que determine cuándo cierta actividad de interés público debe convertirse en un servicio público; es decir, cuándo su gestión debe desarrollarse sobre la base de una ordenación jurídica de naturaleza pública. De ahí que lo que plantearan fuera una idea de servicio público de trazos globales, debiéndose atener a la valoración concreta de cada caso, y atendiendo a ciertos caracteres o circunstancias comunes a todo servicio público, para poder establecer cuándo se está en presencia o no de un servicio público.

Los variados postulados de los estudiosos que se enrolaron en la Escuela del Servicio Público, en lo que respecta a la noción de servicio público, tributaron al afianzamiento de esa figura desde un doble enfoque: uno subjetivo y otro objetivo o funcional. Por el primero se hacía referencia al servicio público como la entidad, organización o persona pública, encargada de la realización de una actividad que tiene como finalidad directa la satisfacción de necesidades generales, y que está ordenada jurídicamente sobre la base de reglas o procedimientos de derecho público o derecho administrativo; por el segundo, esa referencia se cir-

y Núñez, Eduardo R., *Tratado de derecho administrativo*, cit., nota 23, t. I, pp. 37 y 38; Dacosta, Aristides M., y Smith, Carlos J., *Apuntes de derecho administrativo (adaptados a las explicaciones de clase)*, Habana, Imp. y Papelería "La Universal", 1927, p. 22; Ruiz y Gómez, Julián Modesto, *Derecho administrativo (primer curso)*, conferencias mimeografiadas, La Habana, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, 1940-1941, p. 33; Ruiz y Gómez, Julián Modesto, *Derecho administrativo (primer curso)*, copia de clases, La Habana, Departamento de Publicaciones, Facultades de Derecho y Ciencias Sociales y Derecho Público, Universidad de La Habana, Editado por Centro de Estudios Profesionales Universitarios, s/f, pp. 7 y 8; Ruiz y Gómez, Julián Modesto, *Elementos de administración pública*, La Habana, Instituto de Administración Pública, Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público, Universidad de La Habana, s/f, pp. 6 y 7.

cunscribe a esta última actividad gestionada directa o indirectamente por la administración pública, delineándole como una actividad de naturaleza jurídico-administrativa. En la lógica de pensamiento de esos autores sobresalen determinados elementos o reglas conceptuales que concurren a tipificar un servicio público: una actividad que satisface directamente un interés general; la organización y el funcionamiento de esa actividad compete a la administración pública, es decir, que es una obligación de la entidad pública organizar, proveer y asegurar su adecuada prestación, prestación que aquélla puede asumir directa o indirectamente (a través de particulares previamente habilitados al efecto mediante un título jurídico-administrativo —concesión o arrendamiento, básicamente—); el desenvolvimiento de esa actividad de interés general se realiza sobre la base de un régimen jurídico —de procedimientos— de derecho público o derecho administrativo (por lo que su régimen de ordenación jurídica excede o está fuera de la órbita del derecho privado); la administración pública dispone de un poder de intervención sobre el funcionamiento de esa actividad, pudiendo modificar la organización de la misma en cualquier momento; la ejecución de la actividad constitutiva de servicio público debe respetar la igualdad de los individuos frente al servicio público, y deben llevarse a cabo de modo regular y continuo; la competencia para conocer de los litigios que se generen con motivo de la organización y el funcionamiento del servicio público corresponde a la jurisdicción administrativa, que deberá aplicar las reglas del derecho público o derecho administrativo.

La senda mostrada por la Escuela de Burdeos, en relación con la concepción del derecho administrativo y sus conclusiones sobre las líneas típicas del servicio público no fue el único camino por el que transitó la teoría jurídico-administrativa francesa contemporánea a los iniciadores de esa Escuela. Uno de los principales críticos de las concepciones de la Escuela del Servicio Público fue Maurice Hauriou, quien desde el propio umbral del siglo XX había hecho —como ya hemos apuntado— importantes contribuciones al estudio de la noción de jurídica de servicio público; y había llamado la atención sobre la importancia de la misma para la determinación del espacio funcional característico de la administración pública —aunque se había expresado al respecto en términos menos extensivos y absolutos— y del objeto de regulación del derecho administrativo. Esta última idea es posible constatarla aún en él en el segundo lustro de la década de 1920, cuando afirmaba: “Son dos las nociones

principales del régimen administrativo francés. El servicio público es la obra a realizar por la administración pública, el poder público es el medio de realización. Como la teoría jurídica no ha acertado a colocar en el mismo plano estos dos conceptos, es preciso escoger el que predomine, ¿pero cual escoger?». ⁷⁹ Hauriou, por un lado, atacó en los postulados de la Escuela de Burdeos —en claro tono de reivindicación de la idea de poder público como noción básica del derecho administrativo—, ⁸⁰ el que en ellos se haya roto abruptamente la correlación entre los medios y los fines jurídicos, sacrificando el valor del poder público como medio jurídico de realización del servicio público como fin del Estado; ⁸¹ y, por el otro, el hecho de que se pretenda ubicar al servicio público como fin exclusivo del actuar de la administración pública, y se quiera homogeneizar en torno a esa figura las formas en que se manifiesta el contenido de la actividad administrativa. ⁸² Para el antiguo decano de la Facultad de De-

⁷⁹ Véase Hauriou, Maurice, “Prefacio de la 11.^a edición”, bajo el título de “El poder público y el servicio público”, de su *Précis de droit administratif et de droit public général*, de 1927, consultado por nosotros en Hauriou, Maurice, *Obra escogida*, p. 117.

⁸⁰ Hauriou concluiría (*La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tome premier, p. 1) que la base del derecho administrativo es la actividad de la *puissance publique* y no el servicio público. En una de sus obras, *Précis de droit administratif et de droit public*, dixième édition, París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921, pp. 10 y 11, definiría al derecho administrativo el que “...règle l’administration publique en tant qu’elle est l’entreprise d’institutions administratives autonomes douées de prerogative.”; y aclaraba seguidamente: “...le droit administratif est cette branche du droit public qui règle: 1o. l’organisation de l’entreprise de l’administration publique et des diverses personnes administratives en lesquelles elle s’est incarnée; 2o. les pouvoirs et les droits qui possèdent ces personnes administratives pour actionner les services publics; 3o. l’exercice de ces pouvoirs et de ces droits par la prerogative, spécialement par la procédure d’action d’office, et les conséquences contentieuses qui s’ensuivent”. También, en otra de sus obras (*Précis élémentaire de droit administratif*, París, Société Anonyme de Recueil Sirey, 1925, p. 13), Hauriou destacaría como definición del derecho administrativo: “...est cette branche du droit public qui règle l’organisation et l’activité, à la fois juridique et technique des administrations publiques, y compris l’exercice des leurs prerogatives”.

⁸¹ Véase, especialmente, Hauriou, Maurice, “Prefacio de la 11.^a edición”, bajo el título de “El poder público y el servicio público”, de su *Précis de droit administratif et de droit public général*, de 1927, consultado por nosotros en Hauriou, Maurice, *Obra escogida*, cit., nota 66, p. 117.

⁸² Según reconocía Maurice Hauriou (*La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tome premier, p. 1): “Sans doute, la gestion des services publics est l’un des buts de l’activité de la puissance publique, mais elle n’est pas le seul but; il y a aussi l’application des lois et il y a aussi les mesures de police destinées à maintenir l’ordre dans l’État

recho de Toulouse, el servicio público se definía de la siguiente manera: “un service technique rendu au public d’une façon régulière et continue pour la satisfaction de l’ordre public et par une organisation publique”;⁸³ y en su tipificación como noción jurídica concurrían cinco elementos: un servicio técnico, la regularidad y continuidad en su realización, llevado al público para la satisfacción de intereses generales, el servicio público como factor del orden público, y el aseguramiento del servicio público por una organización pública.⁸⁴ Como se verá, Hauriou tomaba como referencia un criterio material del servicio público, con un alcance más estricto técnicamente que el que cargaban las ideas de Duguit, Jèze y otros representantes de la Escuela del Servicio Público.

En un balance sobre toda la situación descrita alrededor de la delimitación de la noción jurídica de servicio público en el primer cuarto del siglo XX francés —y matices a un lado—, podemos decir que fue un periodo de asentamiento conceptual de la misma a partir de tres núcleos básicos de consideración: la existencia de una actividad administrativa destinada a la satisfacción directa de necesidades colectivas o generales (elemento material u objetivo), que la organización y el aseguramiento de su prestación es competencia de la administración pública (elemento orgánico o subjetivo), y que su funcionamiento se realiza bajo la ordenación de un régimen jurídico de derecho público —en consecuencia, exorbitante del derecho privado— (elemento normativo). Sin embargo, el debate y el viacrucis científico del servicio público como figura jurídico-administrativa apenas comenzaba. Ese primer cuarto del siglo XX francés representaría un punto de llegada, desde la óptica temporal, en la evolución inicial de la construcción científica de la noción de servicio público; pero, a su vez, también significaría un punto de partida, igualmente desde un prisma de tiempo, en el *iter* evolutivo posterior de la misma. Fue punto de llegada, porque en ese periodo, a partir de las transformaciones (políticas, económicas y sociales en general) que afectaron las condicionantes de la proyección de la vida del Estado en su dinámica funcional dentro de la comunidad, y de los principios contenidos en los criterios de solución práctica que gradualmente hacía valer la jurisprudencia

et à pourvoir à l’utilité publique par des moyens autres que l’organisation d’un service public.”

⁸³ Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., nota 70, p. 25.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 25 y ss.

dencia administrativa, tomó cuerpo inicial todo un sistema conceptual que tuvo como núcleo central a esa categoría jurídica, así como se plantearon conclusiones sobre sus líneas básicas de tipificación como figura de derecho administrativo. Fue punto de llegada, porque en esa etapa se desembocó en un trazo de los rasgos de identidad científica (no importa ahora el grado de perfección o funcionalidad de la misma) para esa institución jurídica, que a lo largo de la centuria precedente había permanecido desdibujada científicamente; de resultas que fue, en ese momento, cuando se colocó de una vez dentro del ruedo teórico del sistema de instituciones jurídicas que abarca el derecho administrativo francés —y, por su influencia directa en el de otros países— al servicio público. Fue punto de partida, porque precisamente desde ese momento se comenzarían a apreciar ciertas circunstancias que influirían sobre la efectividad de esos rasgos identitarios iniciales del servicio público como construcción teórica; y porque ha servido para ubicar el lapso de tiempo de referencia en la observación y la medición del grado de evolución y de reacomodo de los rasgos tipificadores de dicha noción científica, hasta los días actuales, en pos de su cristalización definitiva.

En definitiva, la concepción teórica de la noción de servicio público que se propuso a principios del siglo XX —que se sustentaba en la presencia de los elementos que señaláramos en el inicio del párrafo anterior, y que ha pasado a tenerse como la concepción “tradicional” o “clásica” del mismo—, sufrió, desde la década de 1920, importantes embates en su operatividad como ejercicio teórico, de aprehensión en abstracto de la realidad objetiva que con él se pretendía abarcar, desembocándose en el planteamiento de la insuficiencia de esos rasgos caracterizadores originarios. Si nos fijamos bien en la fecha (década de 1920) en que comienzan a verificarse esos embates, veremos que la denominada “concepción tradicional o clásica” del servicio público prácticamente no gozó de reposo alguno en su anclaje, y que casi a la par de que se llegaba a su planteamiento de caracterización, los pilares sobre los que se levantaba tal caracterización entraban en un proceso de resquebrajamiento, condicionado por la apreciación —en la que jurisprudencia y doctrina francesas tuvieron un papel protagónico— de nuevas realidades que se iban vinculando al servicio público como fenómeno jurídico. A lo anterior debe sumársele también el dato de que no toda la doctrina acogió siempre, y desde el primer momento, con beneplácito y de forma pacífica, la extensión en tono absoluto del valor del criterio del servicio público como definidor del

derecho administrativo. De ahí que bien pudiera decirse que la noción de servicio público ha sido siempre una noción jurídica en una “crisis” con solución de continuidad, y en la que no se ha arribado a una conclusión definitiva. En consecuencia, y en una apreciación personal, debemos reconocer en voz alta que no podemos dejar de albergar en el fondo de nuestras convicciones un cierto sentimiento de extrañeza —puede ser también porque no hemos sido capaces de tener las miras necesarias para entender adecuadamente esa cuestión— cuando nos acercamos a planteamientos que analizan o se acercan al proceso de mutación de la noción jurídica de servicio público, y vemos que en ellos se asume y se preconiza sin más miramientos una “crisis” de la misma. Para nosotros, tal “crisis” se asemeja más a un nuevo estadio, un reacomodo, en la continuidad del proceso de evolución científica de la categoría jurídica del servicio público hacia su cristalización final, y no a un trance de negación o desconocimiento total de lo alcanzado en un periodo formativo anterior; precisamente porque los presupuestos que de este último resultaron no están del todo ausentes en esta nueva etapa —en la que la noción entra en “crisis”—, si bien están dispuestos funcionalmente de manera diversa. Por lo tanto, en esa línea de permanencia crítica se revela el trazado, en el que pueden avistarse momentos diversos, del *iter* evolutivo que hasta el momento ha recorrido el proceso vital de la formación de la noción jurídica de servicio público, y que aún puede dejar señalados nuevos momentos en el horizonte antes que se de por cerrado ese ciclo.

Ciertamente, en las décadas subsiguientes a los dos primeros decenios del siglo XX se pondría en evidencia, a nivel de la articulación del sistema jurídico-administrativo, tanto por la orientación seguida por la jurisprudencia como por las argumentaciones de la doctrina,⁸⁵ la pérdida del valor de la noción de servicio público como criterio básico de fundamentación de la determinación del ámbito de regulación del derecho adminis-

⁸⁵ Véase, a modo de ejemplos numéricamente mínimos, en la abundante bibliografía —general y monográfica— que asume el estudio del servicio público, producida en Francia (y fuera de ella), a Waline, Marcel, *Traité élémentaire...*, *cit.*, nota 10, pp. 306 y ss.; Duez, Paul et Debeyre, Guy, *Traité de droit administratif*, París, Librairie Dalloz, 1952, pp. 5 y ss.; Benoit, Francis-Paul, *El derecho administrativo francés*, trad. de Rafael Gil Cremades, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pp. 106 y ss. y 495 y ss.; Vedel, Georges, *op. cit.*, nota 10, pp. 65 y ss.; Rivero, Jean et Waline, Jean, *op. cit.*, nota 10, pp. 159 y ss.; de Laubadère, André/Venezia, Jean-Claude et Gaudemet, Yves, *op. cit.*, nota 10, pp. 42 y ss.; Peiser, G., *op. cit.*, nota 10, pp. 13 y ss.; Weil, Prosper, *op. cit.*, nota 14, pp. 49 y ss.; y Carbajo, Jöel, *op. cit.*, nota 8, pp. 7 y ss.

trativo, según lo había pretendido la vertiente teórica seguida por la Escuela del Servicio Público. Éste es el plano más general de afectación en el que se manifestó la llamada “crisis o declinación” de la noción de servicio público, cuyo movimiento científico de advertencia despegó con fuerza, en línea ascendente, entre los estudiosos franceses a finales de la década de 1940,⁸⁶ lo que generó en los lustros posteriores un debate extendido alrededor de la figura del servicio público, en el que se escribió mucho —y bueno—, desde posiciones encontradas también,⁸⁷ pero que su saldo real fue el de poner al descubierto la insuficiencia del servicio público como criterio de valía absoluta para establecer el perímetro de la esfera de regulación del derecho administrativo, aunque la categoría servicio público no deja de ser un punto de avistamiento de “tierra jurídica-administrativa”.

Por el otro lado, sobre la implicación del alcance más estricto que se le atribuyó a la figura del servicio público —y que venía asociado a los tres puntos claves anteriormente apuntados: la existencia de una actividad administrativa destinada a la satisfacción directa de necesidades colectivas o generales, que la organización y aseguramiento de su prestación es competencia de la administración pública, y que su funcionamiento se realiza bajo la ordenación de un régimen jurídico de derecho público (en consecuencia, exorbitante del derecho privado)—, hay que decir que también desde la propia década de 1920 se comienza a producir un proceso de quiebra de la correlación absoluta de tales puntos claves, pues la

⁸⁶ Véase, entre otros trabajos, y como referencia numéricamente mínima: Morange, G., “Le déclin de la notion de service public”, *Recueil Dalloz*, París, Crónicas, 1947, pp. 45 y ss.; Waline, Marcel, “Vicissitudes récentes de la notion de service public”, *Revue Administrative*, París, primer año, septiembre-octubre de 1948, pp. 23 y ss.; también de Waline, “La noción de servicio público”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1954, t. 75, pp. 945 y ss.; Rivero, Jean, “Existe-t-il un critère du droit administratif ?”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Cinquante-neuvième année, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953, tome LXIX, pp. 279 y ss.; de Corail, J. L., *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, LGDJ, 1954, en todo.

⁸⁷ Véase, también en referencia mínima, entre los trabajos que respaldaban el valor de la noción de servicio público dentro del derecho administrativo francés, a: de Laubadère, André, “Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français”, publicado originalmente en 1961, y consultado por nosotros en De Laubadère, André/ Mathiot, André/ Rivero, Jean et Vedel, Georges, *Pages de doctrine*, París, LGDJ, 1980, tome II, pp. 219 y ss.

administración pública asumiría la realización de actividades económicas de interés general bajo las normas del derecho privado (por lo que no se actuaba aquí sobre la base de un “procedimiento de Derecho Administrativo o de Derecho Público”, utilizando la terminología de Jèze);⁸⁸ igualmente, aparecerían las entidades privadas que desempeñaban una actividad de interés general (organismos privados de interés público) sobre la base de un régimen iusadministrativo (falta aquí el elemento orgánico, de organización y aseguramiento por una entidad pública), es decir, que se acogería la situación de entidades privadas gestoras de servicios públicos.⁸⁹ Esa situación llevó, según palabras de Benoit, a que se produjera

brutalmente una disociación de las dos nociones, hasta entonces confundidas, de personas administrativas clásicas y de servicio público. Este divorcio del cuerpo administrativo y de la actividad de servicio público provocó una cierta confusión. Acostumbrados como estaban a definir el servicio público por el cuerpo administrativo clásico que era su soporte, esta noción de servicio público independiente de los cuerpos administrativos clásicos pasaba por singular innovación.⁹⁰

Hay que llamar la atención sobre un dato que se relaciona en el fondo con lo que estamos tratando, y es que en la primera mitad del siglo XX

⁸⁸ Véase, por ejemplo, el *arrêt Société Commerciale de l'Ouest Africain* —conocido también como *arrêt du Bac d'Eloka*—, del Tribunal de Conflictos francés, del 22 de enero de 1921, con conclusiones del comisario de gobierno, Matter, donde entra en escena la figura de los *servicio públicos industriales y comerciales*, que son gestionados por la administración pública en un régimen de derecho privado. En dicho fallo se recoge en una de las consideraciones: “...d'une part, que le bac d'Eloka no constitue pas un ouvrage public; d'autre part, qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire; que, par suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué...”. Este fragmento lo hemos tomado de la reproducción que del mismo se hace en Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, pp. 163 y ss.

⁸⁹ Véanse los *arrêts: Établissements Vezia*, del Consejo de Estado, del 20 de diciembre de 1935, con conclusiones del comisario de gobierno, Latournerie; y *Caisse primaire «Aide et Protection»*, del Consejo de Estado del 13 de mayo de 1938, con conclusiones del comisario Latournerie. Una referencia a estos *arrêts* en Long, M./ Weil, P. et Braibant, G., *op. cit.*, nota 9, pp. 235 y ss. y 251.

⁹⁰ Benoit, Francis-Paul, *op. cit.*, nota p. 945.

se estaba dando también en parte del mundo occidental un proceso gradual, *in crescendo*, que se extenderá —aproximadamente— hasta el tercer tercio de dicha centuria, de expansión del contenido de la actividad del Estado —más exactamente del contenido de la función administrativa— hacia zonas de actuación cada vez mayores y diversas dentro del tráfico económico (en las que no siempre afloraba de manera inmediata la correlación directa con la satisfacción de necesidades comunes o generales). Uno de los ejemplos expresivos de ese proceso fue el movimiento nacionalizador que se dio en algunos países, con especial énfasis luego de la Segunda Guerra Mundial, aunque presentaba antecedentes iniciales previos a esa contienda bélica. Ese aumento del alcance y contenido de la función administrativa iba de la mano con el entronizamiento de lo que se conoció luego como el estado interventor, de bienestar o providencia, en el que aparece configurada la actuación administrativa a partir de la asignación al Estado, a la administración pública, de un rol más activo y directo en relación con la ejecución de actividades que proveen a la satisfacción de necesidades de la colectividad, y, en general, con todo el tráfico económico; y donde uno de los presupuestos a los que se recurrió para la realización de tales fines es el de la asunción por parte del aparato administrativo, centralizada o descentralizadamente, de la prestación de actividades típicamente económicas, generadoras de bienes y servicios, y que resultaban de interés para la comunidad por los beneficios directos o indirectos que la misma obtenía con esa ejecución. Asistimos aquí, pues, al ejercicio efectivo de una nueva distribución, desde la perspectiva jurídica, de la correlación entre las esferas correspondientes a la actuación pública y a la actuación individual, en la que se potencia la primera como vía más directa para proveer la satisfacción de los intereses colectivos.

Ese movimiento expansivo funcional de la administración pública, sobre todo hacia actividades puramente económicas que antes habían sido un espacio natural de actuación de los individuos, trajo consigo la exigencia de comprobar la validez y efectividad de las técnicas jurídicas administrativas correspondientes ante la nueva realidad del tráfico jurídico, y adecuar las formas de actuación administrativa en uso hasta ese momento a efectos del cumplimiento de los fines de la administración en ese contexto. Ese panorama no podía pasar inadvertido a la ciencia del derecho administrativo, y derivó en que la misma se enfrascara en la búsqueda de soluciones a partir de los modos más tradicionales con que contaba con anterioridad o desde nuevas consideraciones. Como es dable suponer, tal

ambiente llevaba implícito el debate teórico. Así las cosas, y como derivación de ello, podemos constatar cómo tuvo lugar en España⁹¹ una polémica doctrinal en relación con la conclusión de si la actividad económica de la administración pública entraba o no dentro del ámbito objetivo de alcance de la noción de servicio público, y si llegaba a constituir una forma de actividad administrativa con identidad propia o no; introduciéndose así un nuevo elemento que quebraba el tríptico más tradicional en que se venía dividiendo la actividad de la administración pública en la doctrina española de la época, sobre la base de la sistematización teórica planteada al respecto en ese país por Luis Jordana de Pozas.⁹²

Sin dudas, en ese panorama descrito en los párrafos precedentes lo que se trasluce es el proceso de ampliación que afectó a la noción jurídica de servicio público, y que abarcó tanto los límites formales de su definición como el contenido material que se pretendía cubrir con la misma.⁹³ Y en ello figura el plano más estricto o estrecho de implicación de

⁹¹ Véase Villar Palasí, José Luis, “La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1950, pp. 53 y ss.; Garrido Falla, Fernando, “La crisis de la noción de servicio público”, en su obra *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, pp. 135 y ss.; y García de Enterría, Eduardo, “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año VI, núm. 17, mayo-agosto de 1955, pp. 87 y ss.

⁹² Según Luis Jordana de Pozas, en su clásico trabajo “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, vol. XXVIII, núm. 48, 1949, pp. 42 y ss., los modos de carácter administrativo de satisfacción de las necesidades públicas pueden agruparse en tres: la policía (que refería como el medio de mantener el orden público mediante la limitación de las actividades privadas, y de restablecerlo por la fuerza, una vez perturbado); el servicio público (que recogía como una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa, por órganos de la propia administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares), y el fomento (definiéndole como la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos).

⁹³ Georges Vedel (*op. cit.*, nota 10, pp. 688 y 689) explicaba sobre ello: “En el Derecho administrativo clásico, el servicio público proporcionaba una noción de base relativamente simple, pues la definición material y la definición formal en el estado de la sociedad de aquel momento casi coincidían; se podía tomar la palabra servicio público en uno u otro sentido; un servicio público era siempre una actividad de interés general desarrollada por la Administración. Pero las dificultades empezaron a partir del momento en que estas dos nociones se disociaron y cuando se vio a personas administrativas desarrollar actividades que no correspondían estrictamente a un interés general (por ejemplo, es-

la llamada “crisis o declinación” de la noción de servicio público, en el sentido que involucra, no ya la perspectiva más general y sistémica de todo el derecho administrativo, sino los contornos conceptuales del servicio público como institución jurídica específica dentro del espectro jurídico institucional que comprende dicho subsistema jurídico. Aunque hay que advertir que no pueden verse para nada desvinculadas las dos aristas de implicaciones de la llamada “crisis o declinación” del servicio público, que hemos apuntado aquí. Por la sencilla razón de que son dos perspectivas de un mismo proceso, y, en nuestra opinión, de no verse así, se correría el riesgo de llegar a una visión final incoherente y descontextualizada de todo ese fenómeno.

Lo cierto es que la apreciación de la inoperatividad desde el punto de vista científico de la concepción “clásica o tradicional” del servicio público —a partir de la quiebra de la correlación que esa concepción había establecido entre los elementos básicos que debían concurrir en la realidad para calificar cierto fenómeno de actuación administrativa como servicio público—, para proveer una definición precisa de esa institución que resultara englobadora y que pudiera atrapar en una formulación la esencia y síntesis de ese fenómeno jurídico —buscando claridad en su percepción como tal fenómeno—, ante una realidad mucho más diversa y compleja que la que sirvió de soporte material para el nacimiento de aquella concepción tradicional, trajo consigo un debate doctrinal que llega hasta nuestros días, y que ha tomando ribetes de tal amplitud e intensidad que, por un lado, su saldo objetivo más inmediato ha sido el de generar una producción científica prácticamente imposible de abarcar (señal también del desarrollo que han alcanzado, en el plano específico de la producción cuantitativa, los estudios sobre derecho administrativo, y particularmente el interés que despierta la temática del servicio público). Ese debate ha comprendido las más disímiles posiciones, y ha conducido a las más varias propuestas, pero lo que sí es digno de destacar

tablecimientos corporativos como el Colegio de médicos o el de farmacéuticos) y, por otra parte, a partir del momento en que se admite que órganos privados puedan administrar servicios públicos (por ejemplo, los Comités de organización, las Cajas de Seguridad Social)”. A renglón seguido continuaba: “La consecuencia de ello es que la expresión ‘servicio público’ se ha ampliado desmesuradamente, dado que se ha disociado la coincidencia que se producía entre servicio público material y servicio público formal, y se puede decir que todo lo que está relacionado bien con el interés general, o con la Administración, tiene tendencia a convertirse en servicio público”.

es que buena parte de los intentos de recomposición que de él se han derivado ponen un importante énfasis en el elemento material del servicio público (una actividad de interés general) desarrollado bajo un poder de intervención de la administración pública,⁹⁴ desplazando a un plano no esencial al elemento orgánico (su prestación por entidades de carácter administrativo). Aunque, frente a la observación del amplio diapasón de supuestos que podían caer bajo ese enfoque, y el margen de indeterminación que acompañaba a esa noción de servicio público, otro sector doctrinal sostuvo el valor del elemento orgánico para la determinación de esa noción.⁹⁵

⁹⁴ Por ejemplo, Marcel Waline (“La noción de servicio público”, *cit.*, nota 86, p. 947) sostuvo que el “servicio público consiste en una *actividad de interés público, en la cual la autoridad pública no tiene necesariamente siempre la responsabilidad financiera, pero de la cual ella ha tomado la iniciativa y sobre la que, al menos, se ha reservado un control superior*, salvo, naturalmente, que la administre ella misma”. Por su parte, Francis-Paul Benoit (*op. cit.*, nota 85, pp. 944 y 945) concluyó en su momento: “...Antes el servicio público era la actividad de prestación de las personas administrativas. En lo sucesivo el servicio público es la actividad sometida a un régimen de poder público. Es la idea que Chenot expuso en una fórmula célebre: «El servicio público no es ya una institución, es un régimen», que expresa de forma teórica perfecta la esencia misma de la nueva noción de servicio público: hemos pasado en 1940 de un sistema en el cual el servicio público se definía por un cierto régimen”; a reglón seguido Benoit continuaba: “Tal es el nuevo estado del derecho: el servicio público no corresponde ya a una estructura administrativa determinada, sino únicamente a la voluntad de los gobernantes, o de los jueces, de someter una actividad dada a un régimen de poder público. El soporte orgánico deja de formar parte de la esencia del servicio público. Este soporte es en adelante indiferente: puede ser una persona administrativa clásica, o una persona de nuevo tipo, incluso una simple persona privada. El órgano importa poco, lo que se desea es la aplicación de un régimen de poder público que debe permitir, por sí solo, que la actividad sea ejercida como quiere el legislador”. Según reconocería Prosper Weil (*op. cit.*, nota 14, p. 105): “...A partir del momento en que se admite que los particulares pueden colaborar en las tareas de interés general, la noción material del servicio público tuvo que prevalecer, tendiéndose a hacer sinónimos actividad de interés general y servicio público”. En opinión de Louis Tratabas y Paul Isoart (*Manuel de droit public et administratif*, dix-neuvième édition, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978, p. 264) “...on entendra par service public tout service dont la gestion comporte l’intervention légale d’une autorité publique agissant dans un intérêt public et recourant, au moins en partie, aux procédés du droit administratif”. Véase también lo que expresaban otros autores, como Vedel, Georges, *op. cit.*, nota 10, pp. 689 y 690; Mourès, Yves, *Éléments de droit public et administratif*, París, Presses Universitaires de France, 1957, pp. 36 y 37; Peiser, G., *op. cit.*, nota 10, p. 100; y Carbajo, Jöel, *op. cit.*, nota 8, p. 15.

⁹⁵ De acuerdo con lo que planteaba en una de sus obras André de Laubadère (*Manuel de droit administratif*, quatrième édition, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 19): “On appelle service public toute entreprise d’une collectivité publi-

De igual modo, y por otro lado, el saldo teórico de esa situación no ha sido el de haber generado consenso en cuanto a cuál es, o cuál debe ser, en definitiva, el concepto de servicio público más ajustado a la realidad actual, que permita sistematizar con certeza la dinámica objetiva que el mismo cubre en el contexto del tráfico jurídico administrativo, sino que, en sentido contrario, ese saldo ha sido el de haber ampliado el sentimiento de indeterminación que rodea la noción del servicio público y el de haber reforzado la percepción —no sin cierto sabor a frustración— de la dificultad de proporcionar una definición nítida de esa categoría jurídico-administrativa.⁹⁶ De ese escenario ha resultado, además, que se haya verificado, entre los estudiosos, un decaimiento de la impresión de urgencia y de impostergabilidad en la tarea de llegar a una definición precisa y efectiva de la noción de servicio público —aunque no puede decirse que haya desaparecido en absoluto el interés científico por llegar a encontrar la clave para ofrecer una solución satisfactoria a la cuestión—. En última instancia, y ello es aplicable hasta los días que corren, el ba-

que visant à satisfaire un besoin d'intérêt général...". Para René Rodière (*Droit des transports. Transports ferroviaires, routiers, aériens et par batellerie*, Paris, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), 1953, tome I, p. 14): "...Un service public suppose d'une part l'existence d'un intérêt collectif à satisfaire, d'autre part une certaine organisation des moyens par lesquels les gouvernants se proposent d'y répondre...". Prosper Weil (*op. cit.*, nota 14, p. 105) destacaría: "...El elemento orgánico se revela, pues, como factor determinante en la definición de servicio público material.". Según la definición que plantean Jean Rivero y Jean Waline (*op. cit.*, nota 10, p. 452): "Le service public est une forme de l'action administrative dans laquelle une personne public prend en charge ou délègue, sous son contrôle, la satisfaction d'un besoin d'intérêt général". También en De Laubadère, André/ Venezia, Jean-Claude et Gaudemet, Yves, *op. cit.*, nota 10, p. 868, puede leerse la siguiente definición de *servicio público*: "...une activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou sous le contrôle d'une personne publique et suivant un régime dérogatoire au droit commun".

⁹⁶ Marcel Waline ("La noción de servicio público", *cit.*, nota 86, p. 945) fue de los que anotó sobre la definición de *servicio público*: "Pero, desgraciadamente, se trata de una noción fugaz (*fuyant*), difícil de cernir en una definición". Y seguidamente añadía: "No existe una definición legal de servicio público; no hay una ley que diga que servicio público es tal o cual cosa; como lo dice, por ejemplo, el cód. civil, con referencia al contrato". "Ocurre lo mismo en Francia con el resto de las nociones del derecho administrativo. Tampoco los tribunales han proporcionado una definición, a pesar de haberse ocupado tanto del servicio público". También escribiría: "...Con la misma expresión, servicio público, se designan, según el día, la ocasión o las consecuencias que se buscan, cosas muy diferentes. Así ocurre también con las sentencias que dictan el Consejo de Estado y el tribunal de conflictos".

lance teórico o científico que arrastra la teoría jurídico-administrativa del servicio público, es la de ser todavía una teoría inacabada, que deja abiertas interrogantes por resolver en función de llegar a una formulación conceptual acertada del fenómeno, que redunde en una mejor y más consecuente ordenación y realización jurídicas del mismo.

El debate doctrinal sobre la definición de servicio público ha sido tan policromático como llega a serlo el espectro material de actividades que puede abarcar el contenido de la figura en torno a la cual se plantea. Debido a la falta de unidad y de homogeneidad de criterio en cuanto a cuál es, o cuál debe ser, la noción jurídica de servicio público, existe un panorama que —desde una visión perspectiva global— se caracteriza por una diversidad apreciable de definiciones sobre esa categoría jurídica, que llevan —en mayor o menor medida— la impronta personal o subjetiva de quienes la plantean —resultado, sin dudas, del modo particular en que interpretan y aprehenden la realidad objetiva que quieren sintetizar de forma abstracta por esa vía—. Esa diversidad de propuestas y de puntos de vista ha sido advertida por la doctrina más perspicaz, incluso desde fechas que nos parecen tempranas,⁹⁷ si consideramos las dimensiones que ha tomado el estado científico de la cuestión, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX.

Realmente, el tratamiento teórico que se le ha dado a la noción jurídica de servicio público ha estado signado por una constante: la diversidad. Diversidad en el sentido que se le otorga al uso de dicha denominación; diversidad al tiempo de proponer los elementos básicos sobre los cuales asentar la idea de qué es servicio público; diversidad de propuestas conceptuales sobre la categoría jurídica servicio público; diversidad de puntos de partida para sostener o no su utilidad como noción jurídica; diversidad objetiva en cuanto a las actividades en específico que pueden ser constitutivas de servicios públicos; diversidad ideológica que marca los puntos de vista sobre el res-

⁹⁷ Así, por ejemplo, en uno de sus trabajos, en este caso que data de 1954, Marcel Waline (“La noción de servicio público”, *cit.*, nota 86, p. 945) observaba: “¿Qué es, en fin, el servicio público? Los autores han buscado su definición y, naturalmente, cada uno ha propuesto la suya. Cada autor tiene su propia teoría,...”. También, en una conocida expresión, el italiano Renato Alessi había destacado que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del tema; véase, Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. de la 3a. ed. italiana de Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, t. II, p. 364.

paldo o no a la permanencia del servicio público como fenómeno jurídico en los marcos de una realidad social determinada.

Quizá uno de los marcos en los que emerge de manera más inmediata la diversidad que rodea a la noción de servicio público es en el del alcance o sentido con el que todavía se emplea dicha expresión dentro del derecho administrativo; tanto por la jurisprudencia como por la doctrina y por la legislación. Si damos una rápida mirada a los contextos en los que es utilizada la denominación servicio público, podremos percatarnos sin gran esfuerzo de que a la misma no se le otorga el beneficio del uso en un sentido unívoco y homogéneo, sino que transita por los caminos de la heterogeneidad de matices en el alcance del significado jurídico que se le quiere otorgar (algo que no debemos ver como privativo de ella, pues esa situación también se da en otras instituciones jurídico-administrativas y del derecho en general). Es de aclarar que, a la altura de los tiempos actuales, este tipo de observación no resulta para nada una acción con connotación reveladora a los ojos de la ciencia jurídica-administrativa, pues desde hace ya varias décadas ha sido destacada por los estudiosos del derecho administrativo de los diversos países en los que el servicio público se hace presente como categoría jurídica. De ahí que una conclusión de esa naturaleza deviene hoy sólo como un mero ejercicio de reafirmación de una situación conocida e identificada en un grado de generalidad.

Así las cosas, veremos que hay momentos en que la expresión servicio público se utiliza en un sentido equivalente al de función pública, función administrativa o actividad administrativa, globalmente considerada —que no en el sentido de identificar el contenido de esa función o actividad sólo con la ejecución de servicios públicos—; este es el sentido más absoluto que puede acompañar a dicha expresión, y se evidencia en supuestos tales como los que se refieren a los funcionarios públicos como los servidores públicos o como los que participan o se desempeñan en el servicio público. En otros casos, la expresión servicio público figura empleada en un sentido orgánico o subjetivo, y con ella se hace referencia al complejo organizado de carácter público (agentes, medios materiales y competencias), dotado o no de personalidad jurídica, que tiene como misión la realización de una actividad de interés público.⁹⁸ Asimismo, en un

⁹⁸ No sin encontrar afirmaciones que tienden a rectificar esa visión. En opinión de Georges Vedel (*op. cit.*, nota 10, p. 690): “Es necesario repetir que los servicios públicos no constituyen por sí mismos personas morales. El servicio público de Educación nacio-

sentido material amplio, es posible constatar que dicha voz sirve para designar una actividad prestacional orientada a satisfacer un interés general.⁹⁹ Finalmente, también se recurre al calificativo de servicio público

nal no es una persona moral; el servicio público de Caminos, canales y puertos, no es una persona moral; el propio Ministerio de Educación nacional no lo es tampoco, ni el Ministerio de Obras Públicas. Es el Estado quien es una persona moral. Pero es cierto que, en algunos casos, determinados servicios públicos se han erigido como personas morales y constituyen entonces establecimientos públicos”.

⁹⁹ En este caso, el servicio público comprendería dos perspectivas del mismo y que fueron calificadas en su momento por Ch. Blaevoet como servicio público en sentido material y servicio público en sentido absoluto. Para este francés, el servicio público en sentido material es “...une institution destinée à pourvoir à un besoin essentiel de la population...”, y se caracteriza por los rasgos siguientes: necesidad de un funcionamiento continuo, regular, imparcial y no lucrativo; aplicación de reglas exorbitantes del derecho común para asegurar ese funcionamiento; previsión por una ley del empleo de esos procedimientos; creación dejada a la apreciación discrecional de la autoridad; y establecimiento por la administración de tasas impuestas a los usuarios. Por su parte, *el servicio público en sentido absoluto* sería entonces el suministro de una cierta prestación o de un cierto producto a todo el que lo requiera. Según Blaevoet, en este último supuesto la Administración estima que no está en juego una necesidad general, pero sí concurre un interés que ella debe considerar, es por ello que dicha entidad pública le impone a los empresarios la continuidad del servicio, la regularidad y la imparcialidad frente a quienes lo demandan; plantea Blaevoet que aquí no hay utilización de procedimientos exorbitantes de derecho común, pero sí hay obligación por parte de los gestores de observar ciertas reglas, so pena de perder las ventajas acordadas, por lo que se dice que hay en ello una “empresa reglamentada”. Véase al respecto, Blaevoet, Ch., “Modifications apportées au régime des distributions d’énergie électrique par la loi du 27 février 1925”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, XXXIII^e année, Paris, Marcel Giard, Librairie-Éditeur, 1926, Tome quarante-troisième, pp. 54 y ss.

Este tipo de observación, ilustrada a través de las afirmaciones de Blaevoet, no se dio sólo dentro de la teoría jurídica administrativa francesa, sino que se manifestó, bajo otra forma, en la doctrina de otros países europeos y latinoamericanos. Así, en un planteamiento que haría fortuna hasta nuestros días en una parte de la doctrina iusadministrativa dentro y fuera de Italia, el italiano Arnaldo de Valles, en su obra *I servizi pubblici*, que data de la década de 1920, asumía una clasificación de los servicios públicos en *proprios* e *improprios*. Uno de los principales receptores dentro del derecho administrativo latinoamericano de la clasificación establecida por De Valles sería el argentino Rafael Bielsa (*Ciencia de la administración*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1955, pp. 88 y 89), quien siguiendo la línea de pensamiento de ese italiano diría: “...En concepto nuestro la noción de servicio público debe ser comprensiva tanto de los servicios *proprios* como de los *improprios*, distinción que no es meramente teórica, sino también de utilidad práctica. 1o. *Servicios públicos propios* son los que presta o debe ‘prestar’ el Estado directamente, o bien indirectamente, por concesionarios. 2o. *Servicios públicos improprios* son aquellos que tienen de común con los *proprios* el satisfacer en forma más o menos continua necesi-

para designar una actividad administrativa de naturaleza prestacional tendiente directamente a la satisfacción de una necesidad general o un interés público; en este último supuesto radica un sentido material o funcional de esa noción con un alcance mucho más limitado que el anterior, y resulta el sentido técnico jurídico más estricto que puede revestir la noción de servicio público.

Es necesario reconocer que resulta muy difícil sustraerse al atractivo de sumergirse de lleno dentro del estudio de las cuestiones medulares que abarca el tema del servicio público como categoría jurídica administrativa, no sólo porque sigue siendo uno de los terrenos más imprecisos y ricos dentro del análisis jurídico —a pesar del enorme volumen de ideas al respecto que ha sido generado por lo mejor de la doctrina que se ha detenido en su tratamiento—; sino también porque, a la altura del panorama actual que rodea la proyección del funcionamiento de la administración pública sobre la comunidad, y las bases sobre las que se perfila la dinámica de interacción entre la administración pública y los individuos en función de la satisfacción de los intereses y necesidades generales, el tópico del servicio público deviene en un tema de perfecta actualidad; especialmente porque queda al descubierto claramente que la urgencia inmediata que le asiste hoy —más allá de la búsqueda de su precisión como noción jurídica, que ha pasado desde tiempo atrás a un plano menos inmediato— se plantea en torno a su pertinencia y subsistencia como técnica jurídica administrativa válida para dar respuesta a las consecución de los fines a los cuales sirve. Esa percepción nos hace sostener que el proceso de evolución de la noción jurídica de servicio público está hoy viviendo una suerte de tercera fase dentro de su ciclo vital como categoría jurídica —algo que no se inicia propiamente en estos primeros momentos del siglo XXI, sino que se viene dando desde finales de la centuria pasada—. Por supuesto, detrás de cada una de esas posibles fases hay una realidad objetiva en la que se manifiestan exigencias de orden político, económico e ideológico, que ha sustanciado y determinado ese proceso evolutivo.

dades colectivas, pero no es el Estado quien los presta no los concede, sino quien tan sólo los 'autoriza' o 'permite', y reglamenta". Dentro de la doctrina iberoamericana puede verse una recepción de estas ideas de De Valles, entre otros, en Greca, Alcides, *Derecho y ciencia de la administración municipal*, 2a. ed., Santa Fe, Imprenta de la Universidad, 1943, t. III, pp. 200 y 201; Álvarez-Gendín, Sabino, *Tratado de derecho administrativo general*, Barcelona, Bosch, 1958, t. I, p. 482; Cretella Junior, José, "Conceito moderno do serviço público", *Revista da Faculdade de Direito*, volume LXI-fasc. II, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1966, pp. 227 y ss.

En este sentido, podemos cifrar la primera fase de ese ciclo de vida del servicio público en la etapa que abarca su formación e individualización como institución jurídica administrativa, y que se cerró alrededor de las primeras dos décadas del siglo XX con la configuración de la llamada concepción, noción o definición, “clásica o tradicional” del servicio público.

Por su parte, la segunda fase la ubicamos luego de los primeros dos decenios del siglo pasado, y está particularizada porque ella enmarca el debate en torno a la funcionalidad de esa noción “clásica o tradicional” del servicio público (cuyo punto más sobresaliente se concentró en la argumentación de la denominada “crisis o declinación” de la noción de servicio público), y los intentos de recomposición de su concepción en función de su adecuación a las nuevas exigencias y singularidades que develaba el tráfico jurídico administrativo.

Asimismo, la tercera fase a la que aludimos se desenvuelve sobre una nueva topografía, en la que el marco de actuación pública en aras de garantizar la satisfacción de las necesidades más generales que afectan a la comunidad en su marcha como grupo social políticamente organizado está singularizado, entre otros elementos, por las exigencias de la competencia, la liberalización económica, la libertad del mercado, el más amplio respeto posible a las libertades individuales (entre las que se potencia la libertad económica de los individuos), la asignación al Estado, o a la administración pública, de un rol subsidiario en relación con las actividades de carácter económico, incluso en aquellas de significación trascendente para la marcha de la colectividad toda, y la conciliación de los modelos de actuación y regulación pública en pos de dar respuesta a los requerimiento de la integración, como un nuevo elemento que revela la creciente intensificación y complejización de la vida política, económica y social en general, en la actualidad.¹⁰⁰

¹⁰⁰ En palabras del español Gaspar Ariño Ortiz: “...Después de más de medio siglo de expansión del Estado, éste ha empezado a retirarse de la actividad económica, para concentrarse en lo que son sus funciones soberanas. *Este cambio de modelo*, que se inicia a finales de los ochenta en el Reino Unido, no es propio de un país o de un gobierno concreto. Es universal, es un proceso de biología histórica que está teniendo importantes manifestaciones tanto en Europa como en Iberoamérica, e implica esencialmente un cambio de tareas —de roles— entre el Estado y la sociedad. De economías cerradas, presididas por una empresa pública protegida y una empresa privada subsidiada, se ha pasado a eco-

Ante tal topografía, los retos que rodean a la técnica del servicio público en sus proyecciones dentro del panorama en el que se sustenta el derecho administrativo actual, no miran hoy tanto a la funcionalidad o recomposición de los límites conceptuales de esa categoría, sino hasta qué punto es compatible (y con ello pertinente) la subsistencia de esa técnica jurídica con los nuevos criterios por los que se hace pasar la articulación de los mecanismos para la satisfacción de las necesidades colectivas, y en qué medida conserva su valor y sus rasgos distintivos dicha técnica jurídica dentro del proceso de homogenización que impone la integración de los espacios de actuación y regulación iuspúblicos más allá de modelos nacionales tradicionales.

En nuestra opinión, lo que resulta el aspecto caracterizador de este momento de la evolución de la figura jurídica del servicio público, es precisamente el hecho de que se pone en juego su pertinencia y pervivencia como técnica jurídica; y tras de ello subyace también el reto de mantener la vigencia y la oportunidad de una concepción de la interacción entre el Estado y los individuos que pretende poner a salvo el punto más frágil de esa interacción: la garantía de los intereses generales, colectivos, comunes, públicos; punto que no se identifica en sentido estricto con ninguno de esos dos extremos.

nomías de iniciativa privada y de mercado libre, abiertas progresivamente a la inversión y a la competencia internacional. La globalización no es un eslogan, sino una realidad". Seguidamente observaría: "Estos procesos de liberalización e internacionalización de las economías no han alcanzado sólo a la industria o a la agricultura, sino también a los grandes servicios públicos y a sectores antiguamente calificados de estratégicos: las telecomunicaciones, el petróleo y sus derivados, las carreteras y ferrocarriles, las líneas aéreas, la energía eléctrica, el gas, los abastecimientos de agua a poblaciones, los trasportes y sus infraestructuras (puertos y aeropuertos), así como otras actividades de este tipo. Junto a los procesos de privatización de actividades y empresas, se llevó a cabo en todos los países un cambio profundo, sustantivo, en el marco regulador de las actividades privatizadas, que constituían hasta ahora —y siguen siendo— los grandes servicios públicos del país. En todos ellos la privatización ha tenido que ir acompañada de un nuevo marco de actuación, un nuevo modelo jurídico —de regulación—, que haga posible la competencia entre los operadores". Véase Ariño Ortiz, Gaspar, "La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia", en Cassagne, Juan Carlos y Ariño Ortiz, Gaspar, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Lexis-Nexis Argentina, 2005, pp. 9 y 10.

Las posiciones están planteadas;¹⁰¹ los retos están identificados; la realidad de la vida social validará las conclusiones...

¹⁰¹ En la amplia literatura iberoamericana que analiza desde una perspectiva más actual el tema del servicio público pueden consultarse, entre otros, en referencia numéricamente mínima y sin ánimo de agotarla: Garrido Falla, Fernando, “El concepto de servicio público en el derecho español”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, pp. 7 y ss.; Chinchilla Marín, Carmen, “Servicio público: ¿crisis o renovación?”, en varios autores, *Régimen jurídico de los servicios públicos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 59 y ss.; Meilán Gil, José Luis, “El servicio público como categoría jurídica”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 2, septiembre-diciembre de 1997, pp. 75 y ss.; Ariño Ortiz, Gaspar *et al.*, *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, 1997, en todo; Fernández, Tomás-Ramón, “Empresa pública y servicio público: el final de una época” y “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, ambos recogidos en Fernández, Tomás-Ramón, *Panorama del derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 31 y ss. y 45 y ss., respectivamente; Cassagne, Juan Carlos y Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, en todo; Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 30 y ss.; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 8a. ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Lexis-Nexis Argentina, 2006, t. II, pp. 403 y ss.; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, t. 2, pp. VI-1 y ss.; Mairal, Héctor, “El servicio público”, en Varios autores, *El derecho argentino, hoy*, División Buenos Aires, Estudios Administrativos, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, pp. 143 y ss.; Mairal, Héctor, “La influencia de los derechos francés, español y americano en el concepto de servicio público del derecho argentino”, *Documentación Administrativa*, núms. 267 y 268, septiembre de 2003-abril de 2004; *El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 339 y ss.; Mairal, Héctor, “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual”, en varios autores, *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 7, 8 y 9 de mayo de 2003, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pp. 229 y ss.; Comadira, Julio Rodolfo, “El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en Varios autores, *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 7, 8 y 9 de mayo de 2003, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pp. 17 y ss.; Comadira, Julio Rodolfo, “Servicios públicos y regulación económica en la Argentina”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 135 y ss.; Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pp. 325 ss.; D’Argenio, Inés, “Permanencia ‘anacrónica’ del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar”, en Bottassi, Carlos A. (director), *Temas de derecho administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 229 y ss.

Las posiciones están planteadas;¹⁰¹ los retos están identificados; la realidad de la vida social validará las conclusiones...

¹⁰¹ En la amplia literatura iberoamericana que analiza desde una perspectiva más actual el tema del servicio público pueden consultarse, entre otros, en referencia numéricamente mínima y sin ánimo de agotarla: Garrido Falla, Fernando, “El concepto de servicio público en el derecho español”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, pp. 7 y ss.; Chinchilla Marín, Carmen, “Servicio público: ¿crisis o renovación?”, en varios autores, *Régimen jurídico de los servicios públicos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 59 y ss.; Meilán Gil, José Luis, “El servicio público como categoría jurídica”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 2, septiembre-diciembre de 1997, pp. 75 y ss.; Ariño Ortiz, Gaspar *et al.*, *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, 1997, en todo; Fernández, Tomás-Ramón, “Empresa pública y servicio público: el final de una época” y “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, ambos recogidos en Fernández, Tomás-Ramón, *Panorama del derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 31 y ss. y 45 y ss., respectivamente; Cassagne, Juan Carlos y Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, en todo; Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 30 y ss.; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 8a. ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Lexis-Nexis Argentina, 2006, t. II, pp. 403 y ss.; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, t. 2, pp. VI-1 y ss.; Mairal, Héctor, “El servicio público”, en Varios autores, *El derecho argentino, hoy*, División Buenos Aires, Estudios Administrativos, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, pp. 143 y ss.; Mairal, Héctor, “La influencia de los derechos francés, español y americano en el concepto de servicio público del derecho argentino”, *Documentación Administrativa*, núms. 267 y 268, septiembre de 2003-abril de 2004; *El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 339 y ss.; Mairal, Héctor, “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual”, en varios autores, *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 7, 8 y 9 de mayo de 2003, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pp. 229 y ss.; Comadira, Julio Rodolfo, “El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en Varios autores, *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 7, 8 y 9 de mayo de 2003, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pp. 17 y ss.; Comadira, Julio Rodolfo, “Servicios públicos y regulación económica en la Argentina”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 135 y ss.; Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pp. 325 ss.; D’Argenio, Inés, “Permanencia ‘anacrónica’ del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar”, en Bottassi, Carlos A. (director), *Temas de derecho administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 229 y ss.