



Mito y realidad del servicio público



Jaime Vidal Perdomo

Profesor emérito
Universidad Colegio Mayor de
Nuestra Señora del Rosario

INTRODUCCIÓN

Quiero agradecer la invitación del profesor don Eduardo García de Enterría a participar en el Congreso Internacional sobre «El derecho administrativo ante el nuevo siglo», que se realiza en Madrid para celebrar el 50 aniversario de la *Revista de Administración Pública*, que él dirige.

A la prestancia intelectual del invitante, maestro de tantos de nosotros, se une la conmemoración de una vida larga de dicha revista, por la cual ha pasado buena parte de la evolución del derecho administrativo de nuestro tiempo.

El tema asignado, de otro lado, corresponde a una de mis primeras inquietudes en la disciplina de nuestro afecto mayor, como que de estudiante en París asistí a la controversia sobre la *Crise de la notion juridique de service public en droit administratif francais*, al comenzar la segunda mitad del siglo pasado.

Me apresto, entonces, gustoso, a la difícil tarea de organizar las principales ideas alrededor de las cuales puede cumplirse el análisis del «mito y realidad del servicio público».

Estaría de más para la ocasión otro estudio investigativo sobre una de las más famosas de las teorías del derecho administrativo; lo que los lectores pueden esperar de nuestro actual esfuerzo es una síntesis del inmenso recorrido de la teoría que fue llamada en la doctrina francesa, «la piedra angular del derecho administrativo» (Gaston Jeze).

Eso explica también las limitaciones en la bibliografía utilizada, situación bien diferente de si se tratara de elaborar un trabajo exhaustivo.

El mito de la noción de servicio público puede comprender la aparición y el ascenso de ella en el firmamento jurídico hasta ocupar el sitio principalísimo que ha tenido; la realidad, en cambio, es el descenso de la teoría del servicio público en su utilización jurídica y por el cambio que se ha experimentado en los elementos que le dieron su relevancia.

Se suele afirmar que hacia el final de la década de los años 70 se comienza a producir este gran giro que hace pasar del mito a la realidad la noción de servicio público.

En una primera parte, entonces, veremos lo que siguiendo el lenguaje del Congreso podemos llamar la construcción del mito; ella comprende su significado en los campos político, social y económico, y el régimen administrativo y jurídico creado en torno de la noción de servicio público.

La segunda parte, en cambio, cubre el proceso de declinación de la teoría, que envuelve lo que se ha denominado las crisis de la noción jurídica de servicio público y la mutación en los conceptos que le habían servido de apoyo.

I. EL PROCESO DE EDIFICACIÓN DEL MITO DEL SERVICIO PÚBLICO

La palabra mito ha sido empleada en el lenguaje de este coloquio para indicar el papel sobresaliente que la noción de servicio público ha ocupado en el derecho administrativo del siglo XX.

También aparece en una obra de mucho valor para la empresa acometida: la de Jacques Chevallier (*Le service public*, Paris, Que sais-je, 1994).

Refiriéndose al pensamiento de uno de los creadores, Léon Duguit, y al punto de la contribución del servicio público como articulación de la legitimidad del poder, el profesor Chevallier agrega que la teoría ha tomado una dimensión simbólica, y que como todo mito acarrea una serie de efectos tangibles por la resonancia que suscita en la conciencia colectiva; interiorizada por los diversos actores sociales, la representación de un Estado al servicio del público va a influir sobre las prácticas de los unos y de los otros.

A. Los aspectos políticos

De lo expuesto surge una primera manifestación en el terreno político de la teoría del servicio público: una nueva legitimación del poder.

El concebir el poder político en términos de servicio a los asociados entraba en conflicto, efectivamente, con el anterior fundamento del poder como expresión de la soberanía del Estado (la *puissance publique* que tanto se menciona en los textos franceses), que mira al Estado en términos del ejercicio de la autoridad.

Precisamente Jacques Chevallier hace el contraste al afirmar que la entidad estatal ya no está pensada como una autoridad distante y majestuosa, una especie de divinidad inaccesible y temible que inspiraba temor y reverencia.

La visión en términos de servicio público implica que la autoridad se ha erigido en tutor de la colectividad y protectora de cada quién, preocupada del bienestar y el desenvolvimiento de los administrados, encargada de satisfacer las necesidades de todos, proporcionándoles las prestaciones que ellos reclaman.

Es evidente que esta «ideología» del servicio público cambia las relaciones entre los antiguos súbditos (convertidos en usuarios titulares de derechos) y el poder, e imprime una mística a los funcionarios, como una nueva ética administrativa.

De allí se desprenden esas denominaciones que han hecho tanta carrera como el Estado-providencia y el Estado del bienestar, sobre cuyo fracaso actual se monta la crítica de la teoría del servicio público que llega a anunciar su pronta desaparición.

En el fondo se encuentra un Estado que ha superado las inhibiciones propias de las ideas liberales que lo mantenían acantonado en las misiones de la justicia y el orden público.

Ese aumento del intervencionismo estatal en todos los dominios viene impulsado por las ideas de solidaridad y por el progreso también de las aspiraciones socialistas. Recuérdense que se habló mucho en Francia —cuna primera de esa ideología del servicio público— del «socialismo municipal», que facilitó el traslado a la escala local de servicios que como actividades privadas reposaban en manos de los particulares (mataderos, vías férreas de interés local, baños públicos,

distribución y limpieza de las aguas, transportes urbanos, pompas fúnebres y otros).

Así, bajo el empuje de este conjunto de ideas procedentes en buena medida de Léon Duguit, el gran teórico del servicio público, se va perdiendo el mito del Estado y va surgiendo el otro de su misión de servicio público que le cambia completamente su perfil.

B. Los aspectos sociales

Es claro que las concepciones anteriores van a producir un gran impacto en la relación del Estado y la sociedad. Chevallier lo advierte bien cuando señala que dentro de la tesis anterior del poder público la intervención social buscaba hacer reinar el orden dando un cuadro o marco al juego social de los individuos o de los grupos, pero quedando por fuera del mismo.

Por el contrario, el desarrollo de los servicios públicos es el resultado de la dinámica social producto de la aspiración de los ciudadanos y los grupos a tener más seguridad y protección, una sociedad más justa, más humana, más igualitaria.

Debe tenerse presente que en la nueva filosofía el Estado se hace cargo del interés general. Aun dentro de la vaguedad que hoy críticamente se le atribuye al concepto, no puede perderse de vista su identificación en todo aquello que desborda la satisfacción privada de necesidades indispensables para la vida colectiva.

Si muchos particulares pueden procurarse educación, salud, vivienda, transporte, para poner unos ejemplos, por sus propios recursos, para grandes sectores de la población es ambicionable política y socialmente que el Estado esté en capacidad de atender esos servicios públicos.

Inclusive, como se sabe, esto da una dimensión diferente a las libertades y derechos, haciendo resaltar los que se han considerado de la «segunda generación», los derechos sociales.

Ellos se caracterizan, conforme a la doctrina, por ser créditos que se tienen para demandarlos del poder público, y consisten no en abstenciones de la autoridad para dar mayor juego a la iniciativa privada, como los que los precedieron, sino precisamente en intervenciones estatales para organizar servicios y proveer a la satisfacción de las necesidades públicas que ellos encarnan.

No es extraño, entonces, que buscando equipar al Estado en sus nuevas obligaciones se introdujeran modificaciones a las Constituciones en esa dirección.

En Colombia tal ocurrió con la reforma constitucional de 1936. Inspirada en los postulados del llamado «constitucionalismo social», situado entre las dos guerras mundiales, la reforma reemplaza la anterior concepción de los derechos afirmando la existencia de los deberes sociales del Estado y los particulares.

En desarrollo de este principio que le sirve de pórtico, se proclama que ciertos derechos como el de la propiedad y el trabajo tienen una función social, como expresión de aquel mensaje de la solidaridad social que venía envuelto en la teoría del servicio público.

Al Estado se otorgaba una amplia capacidad de intervención en la economía con «el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho», se leía en uno de los textos cuya aprobación suscitó mucha polémica en la época.

Muy indicativa de la nueva concepción de los deberes del Estado es lo que en la época se denominaba la asistencia pública, la cual es entendida como función del Estado. Se afirma que deberá prestarse a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derechos para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.

Correspondía a la ley determinar la forma de prestar la asistencia y los casos en que debía darla directamente el Estado. Con lo cual se anunciaba la creación de entidades administrativas que atendieran estos servicios en la gráfica respuesta del derecho administrativo a la expansión del Estado que supuso la puesta en marcha de las teorías del servicio público.

La reforma también autorizaba la gestión de empresas públicas por el Estado en la misma disposición en que lo facultaba para intervenir en el ramo económico.

La enmienda constitucional indicada no ofrece ninguna sorpresa ideológica. Fue adoptada por un Partido Liberal remozado que quería virar hacia las ideas socialistas y el pensamiento del servicio público de Léon Duguit, bien conocidas por quienes orientaban el cambio de rumbo del Estado y de la sociedad, como aparece claramente en una

obra sobre la materia (Álvaro Tirado Mejía y Magdala Velásquez, *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Fundación Naumann y La Oveja Negra, 1982, prólogo de Jaime Vidal Perdomo).

Es indudable que la enmienda constitucional del año mencionado es un antecedente directo de la Constitución Política de 1991, que a semejanza de la Constitución española de 1978 introduce el concepto del Estado social de derecho.

No obstante, su desarrollo ha tenido lugar en una época en que se han marchitado las tesis intervencionistas del servicio público y se ha abierto el paso a las privatizaciones. Esta ambivalencia ha sido criticada. Por su parte el art. 128 de la Constitución española faculta mediante ley «reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

C. Los aspectos económicos

La ligazón que existe entre los temas sociales y los económicos nos ha llevado a hacer algunos planteamientos de estos últimos en el espacio dedicado a los primeros.

Es más. Puede decirse que la correlación existente no es gratuita, sino que el aumento de la capacidad de acción del Estado se hace justamente para que pueda poseer más fuertes instrumentos y cumplir de mejor manera sus cometidos sociales.

Tampoco puede perderse de vista que, como lo apunta Chevallier, las transformaciones que afectan al sistema económico por la industrialización y la concentración de los medios de producción van a exigir una mayor intervención estatal para preservar los equilibrios sociales.

Sin embargo, la expansión del Estado como consecuencia de la multiplicación de los servicios públicos va a dar lugar a cuestionamientos provenientes de los límites que el Estado tiene que respetar en el terreno económico.

Uno de estos límites que siempre se esgrimió es el de la libertad de industria y comercio, que preserva para los particulares el mayor campo de acción y hace subsidiaria la acción estatal.

No obstante, la interpretación práctica va a permitir una verdadera «explosión» de servicios públicos que se multiplicarán en esa búsqueda incesante del interés general que guía la acción estatal. Se hablará de servicios públicos por «naturaleza» y de servicios públicos «virtuales», aunque el legislador no haya hecho la declaración expresa en tal sentido y que entendemos equivalente a la *publicatio* mencionada en el derecho español.

En Francia, apelando a reflexiones de la filosofía existencialista de la segunda postguerra, se atribuye al comisario de gobierno Bernard Chenot (1948) que en el ramo de los servicios públicos la existencia precede a la esencia: no se nace servicio público, se es servicio público, según la cita del profesor Chevallier.

Todo esto muestra los límites imprecisos entre el sector público y el sector privado y la fuerza de expansión de la ideología del servicio público. Al lado de ese socialismo municipal ya indicado, la doctrina francesa invoca en este sentido expansionista la declaración del preámbulo de la Constitución de 1946 según la cual los bienes o las empresas que tienen el carácter de un servicio público nacional o de un monopolio, de hecho deben convertirse en patrimonio de la colectividad.

Es un texto que hemos citado en un viejo trabajo (“Nacionalizaciones y emergencia económica”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984) cuando en distintos países y en Colombia se produjo una «ola» de nacionalizaciones.

Esas vacilaciones e imprecisiones explican bien los cuidados que toma ahora la ideología del nuevo servicio público para delimitar el campo de acción del Estado, y contrastar con la permisividad anterior, como se expondrá en la segunda parte de esta comunicación.

D. El régimen jurídico y administrativo del servicio público

Se ha venido haciendo el esfuerzo de sintetizar de una literatura inmensa, principalmente de origen francés, donde nació la teoría, los factores de orden político, social y económico que jugaron en la construcción de la noción de servicio público.

Corresponde ahora descender a la aplicación jurídica y administrativa de todos los elementos anteriores.

Naturalmente la teoría del servicio público significó un impulso considerable a la construcción del derecho administrativo; así se explica la afirmación de Gaston Jeze de que era su piedra angular.

Todos los capítulos que conforman el derecho administrativo podían explicarse en torno de la teoría del servicio público. Además, en Francia tuvo un papel muy importante como «criterio» de la distribución de competencias entre la justicia administrativa y la ordinaria.

Estas consecuencias jurídicas podrán verse en diferentes grados en países en los cuales el derecho francés ha ejercido su influencia, como ha ocurrido en Colombia de manera notable, y sin que haya necesidad en este momento de entrar a hacer precisiones.

Solamente debo recordar aquí que estuvo en boga la teoría clásica del servicio público que expresaba en una ecuación, servicio público igual derecho público, ese predominio conceptual.

Sorprende producía en los medios académicos entonces plantear el tema de la crisis de la noción jurídica de servicio público, que había lanzado en la tesis de grado Jean-Louis de Corail en París en la década de los años 50.

No se podía creer o se rechazaba que las bondades de las tesis del servicio público, que permitían explicar todas las

particularidades del derecho administrativo, pudieran haber comenzado a agrietarse, con la jurisprudencia de los servicios públicos industriales y comerciales, a pesar de que el fallo *Bac d' Eloka* del Tribunal de Conflictos francés, era de 1921.

Una implicación menor se le asignaba en derecho colombiano a la teoría del servicio público para la asignación de competencias al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos departamentales, porque el reparto con relación a la justicia ordinaria ha provenido de la ley, según la tradición colombiana de un derecho administrativo «más legislado».

Es curioso observar que cuando ya se había producido el estallido de la crisis por el régimen jurídico aplicable, que ya no era siempre de derecho público, en Colombia el decreto-ley 753 de 1956, que modificó el Código Sustantivo del Trabajo, definía el servicio público como «toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de

interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directamente, o por personas privadas» (tomado del libro *El derecho de los servicios públicos*, de Hugo Palacios Mejía, Bogotá, Derecho Vigente, 1999).

La línea de inspiración francesa no ofrece ninguna duda; es más, en la definición surgen los elementos de regularidad y continuidad que quieren evocar los tres de continuidad, igualdad y mutabilidad, con los cuales se ha querido distinguir el régimen administrativo del servicio público (Jean Rivero y Jean Waline, *Droit Administratif*, París, Dalloz, 1994,) y excluir la posibilidad del derecho de huelga.

E. La definición del servicio público o los elementos esenciales

Para concluir esta primera parte debe decirse que no existió una definición sola del servicio público o un acuerdo general de la doctrina sobre los elementos esenciales; fuera de ello, que la noción ha sido evolutiva y se han aumentado o se ha hecho énfasis en criterios diferentes.

Al principio se entendió que las actividades calificadas como servicios públicos eran prestadas o atendidas por el Estado o entes suyos (establecimientos públicos, por ejemplo); es el criterio orgánico.

Pero la idea del interés general ha estado siempre presente, aunque se le ha tachado de vaga. De esta manera la noción respondía a una propuesta política y se deslindaba de los intereses particulares a cargo de ellos mismos.

Otro elemento fundamental ha sido el del régimen jurídico de derecho público, lo cual proyecta hacia el vínculo con el derecho administrativo. Sin embargo, se ha discutido si el régimen jurídico es un elemento intrínseco de los servicios públicos, en forma que sólo sean catalogados como tales los que tengan una gestión de derecho público, o este régimen es una consecuencia de calificar a alguna actividad de ser servicio público.

Que pudieran existir actividades privadas tendientes al interés general y, por tanto, sujetas al régimen del servicio público, así fuera parcial, dio lugar al concepto de servicio público «virtual».

La sujeción a un sistema de derecho público no siempre estuvo presente por cuanto se reconoció una gestión económica del Estado, en competencia con particulares muchas veces y no de simple monopolio, bajo el nombre de los servicios públicos industriales y comerciales.

Veremos enseguida en la segunda parte cómo de las vaguedades o vacilaciones de la teoría se ha fortalecido la crítica contra la teoría del servicio público.

II. LA REALIDAD ACTUAL DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO O DECLINACIÓN DE LA MISMA

Hemos visto en la primera parte un cuadro brillante de la teoría del servicio público. Se le ha observado cumpliendo un importante papel político de darle legitimidad al ejercicio del poder del Estado. Se le han seguido sus pasos partiendo con la bandera del interés general en la mano para favorecer a los desprotegidos y aliviar las desigualdades sociales. También se le ha mirado en sitios de frontera contribuyendo al deslinde de lo que debe pertenecer a la acción del Estado y lo que ingresa en la libertad económica de los particulares.

En el campo jurídico y administrativo su influencia no ha podido ser mayor, como que la organización y el espíritu de una rama del derecho y el funcionamiento estatal correspondiente que entran en sus dominios estuvieron determinados por la noción de servicio público.

Pero, como se ha visto en tantas empresas humanas, el éxito mismo puede llevar el germen de la propia destrucción.

Pero ahora debemos acometer el estudio de la segunda fase del servicio público, en la ordenación que hemos adoptado para cumplir el examen de su presencia en el nuevo siglo conforme lo propone la invitación de Madrid.

Ese estudio lo vamos a adelantar con una introducción que nos permita visualizar los cambios del «nuevo servicio público», y luego con el examen más detenido de los aspectos que entran en juego; también en forma simétrica a la parte primera, viendo los políticos, los sociales y los económicos.

A. Introducción

Existe si no en forma total, en buena medida, un nuevo concepto de servicio público. Los jóvenes estudiantes de derecho pueden tener de la vida ciudadana ideas sobre el servicio público diferentes de las que profesaban las generaciones anteriores.

Hay un cambio en la terminología que ha creado un nuevo lenguaje para referirse a todos los asuntos que se han cubierto con el concepto o el mito del servicio público.

Se oye hablar más que del interés general y de la solidaridad social de la eficacia en la prestación de los servicios y de sus tarifas; frente al tema de la intervención del Estado, las expresiones que se propalan a los cuatro vientos son las de regulación (y por doquier existen organismos administrativos con este nombre) y economía y leyes del mercado; del Estado-providencia (*Welfare-State*) se predica su crisis y la necesidad de tener en su reemplazo el redimensionamiento del Estado, el Estado mínimo.

En lo que hace a la gestión de los servicios públicos, las privatizaciones y los nuevos criterios nos tienen acostumbrados a que ella esté en manos de particulares. En Colombia la venta de las grandes centrales hidroeléctricas, que tanto esfuerzo de construcción física y jurídico-administrativa demandaron, es como un choque de conceptos que nos pone abruptamente frente a la nueva realidad.

El tránsito en el régimen jurídico no es menos espectacular. Del derecho público que predicaba la vieja teoría del servicio público —que aun en los ámbitos universitarios ya no es bien conocida—, se pasa a la aplicación del derecho privado dentro de un contexto de «huida al derecho privado» de parte del derecho administrativo, como se ha expuesto tanto en el derecho español.

Algunas de las causas de la mutación operada en la noción de servicio público responden a sus propias deficiencias, advertidas desde antes. Otras son fruto de las crisis que ha tenido la teoría; otras, por último, son consecuencia de tesis políticas, sociales y económicas, diferentes de las que le daban esplendor a la teoría clásica del servicio público.

De todo esto debemos ocuparnos ahora para desarrollar esa segunda parte del trabajo que versa sobre la declinación de la noción de servicio público.

B. Las deficiencias y crisis de la noción de servicio público

Se ha anotado como una debilidad del servicio público la vaguedad de su enunciado, que comprende asuntos diversos, o que puede ser

entendido en distintos sentidos; «cajón de sastre», se ha dicho en lenguaje familiar. El mismo Chevallier indica su significado institucional, jurídico e ideológico.

Ya se ha indicado en este trabajo cómo servicio público puede entenderse referido a una organización estatal, a la búsqueda del interés general y a un régimen jurídico aplicable.

Recordamos del decano Georges Vedel que con ironía afirmaba que si no se calificaba bien el elemento del interés general, desde la música a la panadería podían ser clasificados como servicios públicos.

Porque la extensión que fue teniendo el concepto por su utilidad permitía ser llevado a campos que no correspondían a los parámetros iniciales. Así el concepto se expandía, ganaba terreno, pero perdía coherencia.

El deslinde con las actividades privadas se tornaba borroso, cuando a estas últimas se les aplicaba el régimen del servicio público por su similitud con las que eran verdaderamente servicios públicos. Fue la tesis del servicio público virtual en que se aprovechaba la necesidad de una autorización administrativa para imponer al particular deberes propios de un servicio público.

Como crisis tuvo resonancia la encarnada por los servicios públicos industriales y comerciales según el fallo *Bac d'Eloka* de 1921. Al resolver sobre la competencia judicial (justicia ordinaria) para un sistema de transporte público en un territorio colonial, el Tribunal de Conflictos alegó las condiciones de semejanza con la actividad privada en la prestación del servicio público.

La consecuencia jurídica era la ruptura entre la calificación de servicio público y la aplicación del régimen jurídico, que no sería en adelante de derecho administrativo sino de derecho privado, por la similitud con actividades de transporte de particulares.

No tardó la protesta de Duguit y de Jeze para defender la claridad de la teoría del servicio público, pero la jurisprudencia de los servicios industriales y comerciales continuó como una gran brecha en la formulación anterior.

En Colombia tal criterio dio lugar a la legislación sobre empresas industriales y comerciales del Estado sujetas en su mayor parte al régi-

men jurídico del derecho privado, que reglamentaron los decretos leyes de la reforma administrativa de 1968 y que ha continuado la Ley 489 de 1998.

Desde otro ángulo, esta jurisprudencia facilitó admitir la distinción entre la gestión pública y la gestión privada del Estado, lo cual limitaba a la primera el régimen de derecho público.

C. Aspectos ideológicos

Mucho se ha hablado de la pérdida de confianza en el Estado y de la necesidad de reducirlo a lo mínimo. Es expresivo también lo atinente a la crisis del Estado-providencia y el requerimiento de ampliar la esfera de acción particular.

Así como las ideas socialistas apoyaron la etapa de expansión de la teoría del servicio público, se ha querido ver con razón un retorno a las tesis liberales en la concepción del nuevo servicio público; sólo que ahora se da el nombre peyorativo de neo-liberales a dichas tendencias que pretenden redimensionar al Estado.

Con frecuencia se invocan las políticas gubernamentales de la señora Margareth Thatcher en Inglaterra y del presidente Ronald Reagan en los Estados Unidos, y el fracaso político en la Unión Soviética y en la Europa del Este.

Se ha querido tener como fundamento una menor capacidad del Estado como gestor para limitarlo de nuevo a tareas concretas y hacerlo abandonar aquellas responsabilidades que había adquirido al impulso de las tesis intervencionistas. Por el contrario, la recuperación de una mayor iniciativa económica particular, se sostiene, debe conducir a una gran dinámica en dicha actividad.

Los postulados que aquí se recuerdan son bien conocidos. Ellos reposan, en buena parte, sobre la convicción de que la gestión pública no es la mejor.

Sin embargo, para algunos autores se trata de un fenómeno de mayor profundidad.

En un libro que va a contar mucho dentro de estos análisis, el profesor Gaspar Ariño Ortiz habla de un cambio de modelo de Estado.

Mencionando el crecimiento del Estado, producido entre 1930 y 1980, lo califica de espectacular y consecuencia de la política de Keynes, que predicaba la dosificación del déficit público con compromisos estatales de servicios, subsidios a empresas, aumento de funcionarios, etc.

Agrega que frente a esa política sacralizadora del Estado, que tuvo como consecuencia un crecimiento masivo del sector público en el mundo, hoy la ciencia política ha perdido la fe en el Estado como encarnación de la moral y de la justicia.

Como réplica después de la enumeración de otros factores negativos, se sostiene que desde los años 60 la ciencia económica y política ha gestado una transformación profunda en el modelo de Estado: frente a su protagonismo se defiende el mercado y el ejercicio de la libertad individual. Frente a la planificación estatal, la forma de saber lo que satisface las necesidades de los ciudadanos es permitir que ejerzan su libertad, es devolverles su capacidad de elegir (Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, Granada, 1999).

En estas apreciaciones la Escuela del *Public Choice* concluye en la necesidad de hacer una evaluación sistemática de costos-beneficios en las intervenciones públicas.

Dentro de los enfoques anteriores las privatizaciones tienen una significación de cambio de sociedad y de modelo de Estado, mientras existen otras que se hacen simplemente para conseguir dinero y obtener mayor eficacia en la prestación de servicios.

D. Los aspectos sociales

En contraste con la filosofía anterior, que tenía propósitos de mejoramiento social cercanos en la expansión de los servicios públicos, con las nuevas políticas se deben buscar correctivos del mercado para la cuestión social, en la terminología empleada por el profesor Ariño Ortiz.

Tomando como punto de partida los procesos privatizadores se advierten los fenómenos de crecimiento del desempleo, carestía de la vida y salarios bajos, bolsas de marginación y pensiones y ayudas en niveles de subsistencia.

Imperativos éticos, exigencias políticas para aliviar las tensiones y razones económicas de mejoría de los recursos humanos, apuntan hacia la lucha por el progreso social introduciendo los correctivos necesarios al mercado.

No debe dejarse de anotar la desconfianza de la escuela del *Public Choice* hacia los beneficios generales que pudieran derivarse de la extensión de los servicios públicos, en la anterior concepción.

Sin negar la realidad del Estado se añade que a su lado surgen intereses de beneficios sectoriales de los gobernantes, los burócratas, los partidos políticos y los grupos de presión, todo lo cual desnaturaliza esa voluntad cifrada en el interés general.

Tampoco deben desconocerse dentro de esta perspectiva social las presiones de los usuarios. Con frecuencia se producen insatisfacciones sobre el desempeño de los servicios públicos que hacen difícil su funcionamiento, del lado de los usuarios y de los propios agentes. Se anota por Chevallier que el comportamiento de los usuarios cambia y tiende a asimilarse al de consumidores ordinarios, esperando mejores prestaciones y un precio menor del que pueden ofrecer servicios privados.

Signos de desafectación también se presentan y dan lugar a críticas acerbas originadas en los usuarios.

Si todo esto puede impulsar la privatización de los servicios públicos, es sobre todo por razones de tipo económico que se ha marchado en la dirección de los nuevos conceptos del servicio público.

E. Los aspectos económicos

Si no es con simplismo que el jurista en vía de síntesis puede acercarse al complejo mundo de conceptos dominados por la ciencia económica, son quizás tres aspectos los que pueden destacarse para el análisis: las privatizaciones, la regulación y la desregulación.

Lo que primero se advierte es el gran contraste con lo que acontecía antes. No muy lejos del momento en que esto se escribe, se asistía a una ola de nacionalizaciones en la década de los años 80; en la actualidad el giro es hacia las privatizaciones.

Del mismo modo, el manejo de monopolios de hecho o de derecho por el Estado se considera condenable y ellos deben abrirse a la com-

petencia, lo cual se aprecia, por ejemplo, en el giro que toman las empresas de telecomunicaciones.

Igualmente, si con anterioridad la noción de servicio público envolvía amplios poderes del Estado para intervenir en el sector económico particular, lo que hoy se predica es que el Estado debe intervenir pero no como muestra de una capacidad para guiar a los particulares, sino para fomentar la competencia entre ellos.

En la ley colombiana 142 de 1994 que responde claramente a las orientaciones de que se viene exponiendo se lee que uno de los fines en la intervención del Estado en los servicios públicos es para la «libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante» (art. 2.6).

En el libro del profesor Ariño citado, dos párrafos de la lección sobre «el nuevo servicio público» llevan por título un modelo de regulación para la competencia, y la competencia es lo prioritario, la regulación es el medio imprescindible para aquella.

El sentido que generalmente se otorga a la expresión «desregulación» es el de disminuir o limitar los grados de intervención gubernamental en las empresas privadas, para que opere con mayor fuerza la libertad económica particular.

Una manifestación en tal dirección se produjo en Colombia en 1992, recién expedida la Constitución de 1991; con las facultades extraordinarias que recibió de dicho cuerpo jurídico (art. 20 de las Disposiciones Transitorias), el gobierno de la época disminuyó facultades de las denominadas «superintendencias», que han sido interpretadas como de desregulación.

F. El régimen jurídico-administrativo del nuevo servicio público

Con la suma de elementos que se han venido acumulando a lo largo de la exploración doctrinal, puede llegarse a una especie de doble columna de las concepciones tradicional y nueva del servicio público; así se hace en el muy valioso trabajo de derecho público económico del catedrático de derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

Debe señalarse el aporte del derecho español en el deslinde del concepto de servicio público de otros cercanos, lo cual contribuye a co-

municarle mayor precisión y a abstraerlo de la generalidad que se ha discutido en la doctrina francesa.

Dentro de esos factores de deslinde está el de función y servicio, que disminuye esa generalidad en la formulación francesa, y que se atribuye a la doctrina italiana.

Del mismo modo el deslinde entre servicio público y gestión económica.

De esta manera resulta un concepto estricto de servicio público que se organiza alrededor de una actividad administrativa de prestación; que representa una actividad regalística; sujeta a un régimen de derecho público; actividad indispensable de prestación regular y continua hacia el público.

También es un aporte de la teoría española el análisis de los servicios públicos virtuales o impropios, con las notas que definen estas actividades.

Recuérdese que en la concepción francesa la idea de los servicios públicos virtuales significaba una extensión dudosa sobre actividades privadas, lo que contribuía a la vaguedad del concepto, que termina, ahora, más compacto y firme.

Tomamos algunos de los rasgos de esa teoría del nuevo servicio público para terminar oponiendo las dos conceptualizaciones.

Entre ellos el de desintegración del sector y separación de actividades. Así se puede determinar la libertad de entrada, el libre acceso al mercado, esto es, a la red y a la infraestructura, de lo que se ocupa la doctrina de las *essential facilities*.

También es útil tomar en cuenta la no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino algunas tareas o misiones, y el abandono del concepto de reserva, con lo que se acerca a la idea de actividad reglamentada, propia del mundo anglosajón, se anota.

Este punto puede dar pie para interesantes reflexiones en el terreno del derecho comparado.

Se tendría así que bajo este ángulo y el de las autoridades reguladoras independientes, que ha venido ejerciendo su influjo en distintas par-

tes, el derecho anglosajón estaría sacando ventaja dentro de la evolución de una teoría jurídica que tuvo su cuna en Francia.

El otro punto es el de los precios y el recuerdo de lo que implicaba el señalamiento de precios políticos.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

a) Representa un gran esfuerzo de síntesis tratar en pocas páginas dos cuestiones tan vastas y complejas como la del servicio público y su evolución hacia lo que se suele llamar «el nuevo servicio público».

b) Es evidente que el estudio puede llevarse a cabo bajo los extremos del «mito» de una noción que ocupó el espacio más importante en el derecho administrativo, y de «realidad» actual en que su utilización es menguada, para dejar bajo la incógnita si puede desaparecer la teoría, como algunos lo sostienen.

c) Una serie de circunstancias políticas, económicas, sociales y hasta tecnológicas, han venido impulsando un cambio en los conceptos que en algunos momentos puede pasar desapercibido, pero cuyo balance final es indudable.

d) La respuesta jurídica puede ser distinta según los países, pero hay aspectos comunes en los procesos.

e) Un rasgo para el derecho comparado es que el derecho anglosajón ha ganado en influencia dentro de esta evolución, lo cual puede implicar ajustes en sistemas jurídicos que tienen otra procedencia.

f) Quizás se ha llegado a un punto en que, no obstante la firmeza de los cambios, pueda calificarse de transición, y los motivos políticos puedan propiciar ciertos retornos.

g) Del derecho administrativo deberá pasarse al derecho constitucional y a la ciencia política si la dimensión de lo ocurrido puede haber creado un nuevo modelo de Estado.

Santafé de Bogotá, 13 de marzo de 2000