

Luis Alfonso Herrera Orellana, *El servicio público prestacional: nueva interpretación y propuestas de solución en el derecho administrativo chileno*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, 582 pp.

§1. Introducción. La obra aquí comentada constituye la materialización de la tesis doctoral de su autor, defendida en la Universidad de los Andes de Chile, acerca de uno de los temas más relevantes en la evolución y, a la vez, de rabiosa actualidad del Derecho administrativo contemporáneo, a la que ha impreso un estilo, un método, fruto de su pasión por la investigación.

La obra presentada, como se mostrará, resulta de interés académico y profesional por varias razones.

Primero, el objetivo que el profesor HERRERA ORELLANA persigue –y, sin duda, alcanza plenamente–, es ofrecer una fundamentada explicación de los presupuestos, estructuras y principios capitales del servicio público (SP) en el Derecho administrativo chileno, donde el autor sugiere criterios orientadores a varias problemáticas e interrogantes específicos, atendidos solo de forma parcial e incompleta por la dogmática e interpretación institucional chilenas.

Segundo, la obra presentada es una investigación documental que sigue un método descriptivo, analítico y dialéctico de las fuentes normativas y posturas dogmáticas chilenas relacionadas con los problemas que la motivaron, así como una muy abundante y autorizada bibliografía de Derecho administrativo comparado.

Tercero, en relación con las fuentes normativas y dogmáticas de ordenamientos jurídicos, HERRERA ORELLANA analiza otras fuentes jurídicas, muy especialmente las de España y Francia, debido a que las ideas de estos países han tenido una influencia directa en el tratamiento que se ha dado a la figura del servicio público en el Derecho administrativo chileno.

§2. Planteamiento del tema. Al entrar en materia, el profesor HERRERA ORELLANA destaca que la falta de certeza jurídica en torno a qué entender por servicio público, ha llevado a que en el Derecho chileno persista un problema no resuelto por la dogmática administrativa, en relación con las actividades prestacionales liberalizadas pero, al mismo tiempo, calificadas como servicio público, que ha sido atendido desde dos posturas dogmáticas opuestas entre sí y que nos explica de la manera siguiente.

La primera, asume al servicio público como un tipo específico de *actividad estatal*, desarrollada por la Administración pública moderna, en ejercicio de la función administrativa, realizada o no bajo un régimen de titularidad o reserva –“*publicatio*”–, con aplicación exclusiva o predominante de fuentes de Derecho público, orientada a satisfacer o tutelar algún concreto interés público involucrado, que admite participación de sujetos privados a través de la técnica concesional y cuya característica principal es, el uso de reglas orientadas al aseguramiento de las características de continuidad, regularidad y acceso igualitario a dichas prestaciones.

Mientras que la segunda postura alude a una *categoría jurídica* –o a un título jurídico de intervención estatal–, cuya aplicación a ciertas prestaciones ofrecidas por particulares o por la Administración pública, justifica que aspectos de estas queden sujetos a una regulación jurídica de Derecho público especial de mayor intensidad, de supervisión de riesgos y responsiva, que también inciden en la satisfacción de intereses generales, pero no necesidades “primordiales” de las personas.

Por consiguiente, el problema que plantea el Derecho administrativo chileno, subraya el profesor HERRERA ORELLANA, es la coexistencia que implica el uso simultáneo de dos sentidos de la noción de servicio público que son incompatibles y, por tanto, excluyentes entre sí, ya que no se puede al mismo tiempo afirmar que el servicio público es: por un lado, una actividad administrativa y, por el otro, una regulación especial derivada del empleo de una categoría o título jurídico.

§3. Categoría jurídica. En conclusión, el punto de partida del profesor HERRERA Orellana es proponer la noción de “servicio público prestacional”, como una categoría jurídica aplicable a una actividad económica y no a una actividad estatal, al permitir la aplicación conjunta de fuentes de Derecho privado y de Derecho público chileno, a toda acción prestacional de satisfacción de necesidades atendidas como primordiales, así calificada por acto legislativo formal, que obliga a que la prestación se ejecute de forma continua, regular y no discriminatoria, y esté abierta a la iniciativa económica privada y a la libre competencia cuando sea factible. Lo determinante para aplicar esta regulación sería el tipo de necesidades a satisfacer y no la titularidad estatal acerca de la prestación, tema al que volveré más adelante.

Pues bien, el profesor HERRERA ORELLANA parte de una interpretación del servicio público prestacional que le permite resolver la falta de coherencia entre, por un lado, la liberalización económica de diferentes prestaciones calificadas como servicio público y, por el otro, el régimen jurídico de Derecho público en el Derecho chileno, muy útil para ofrecer respuestas más adecuadas al problema que afecta al servicio público prestacional y a las problemáticas más específicas que derivan de él –por ej., la posición de los prestadores y de las autoridades supervisoras, de los títulos habilitantes, de las responsabilidades, etc.–, pero que en la dogmática e interpretación institucional chilenas estaban inacabadas y requerían ser desarrolladas, completadas y sistematizadas, que es en definitiva el objetivo perseguido y logrado en la obra que aquí comento.

§4. Derecho de la Unión Europea. Mención importante a resaltar, dentro de los muchos aspectos tratados en la obra presentada que me permito seleccionar, por obvias razones de tiempo, cuando el profesor HERRERA ORELLANA sostiene que, para abordar el estudio del servicio público prestacional, es recomendable basarse en fuentes jurídicas europeas vigentes y conformes al *Derecho de la Unión Europea*, así como dialogar con estudios dogmáticos compatibles con la perspectiva adoptada en esas fuentes. Por lo que si se elige argumentar con apoyo en lo que haya sido o sea el servicio público en algún país de la Unión Europea, es imprescindible conocer lo que el Derecho de la Unión Europea prescribe acerca de tal figura jurídica y las controversias que ello suscita.

Sobre la base de lo expuesto, me permito rescatar la idea del profesor HERRERA ORELLANA, al comprender que el servicio público prestacional como

categoría jurídica en el Derecho administrativo chileno, se aplicaría a una acción prestacional de necesidades atendidas como “primordiales”, por lo que concluye, acertadamente, que la misma orienta y limita, razonablemente, el empleo por la autoridad legislativa de la categoría y contribuye a evitar usos retóricos, voluntaristas, formalistas o contrarios a la realidad de la figura, lo que invita a una reflexión complementaria.

Y es que, sin duda alguna, la piedra de toque que marca de modo más preciso y efectivo la evolución de la noción de servicio público, no solo terminológica, sino sustantiva en el ámbito comunitario europeo, tiene causa, principalmente, por la liberalización económica, pero también debido a las exigencias que se derivan de la normativa del Derecho de la Unión Europea, de obligado cumplimiento, en cuanto se impone, sin excepciones, al Derecho interno de los Estados miembros, realidad que hay que estudiar con una nueva perspectiva, con una nueva mentalidad.

Es a esta última incidencia a la que me voy a referir, brevemente, pues si bien el Derecho administrativo tiene en su origen carácter nacional, se impone también hoy —y sin que se pierda tal carácter—, y de manera particular, el Derecho de la Unión Europea, por lo que reitero lo dicho en una conferencia reciente al respecto:

“La necesidad de reajustar [la noción de servicio público] a los valores y principios comunes de la Unión Europea, en cuanto sea preciso, algunas de las características que han venido conformando la noción de las actividades de servicio público, para adecuarlas al nuevo entorno del Derecho de la Unión Europea”.

Y es que, como bien destaca el profesor HERRERA ORELLANA, un uso inmoderado del servicio público llevaría a calificar como tal a prestaciones que no lo son, dando lugar a un descrédito o pérdida de eficacia de esta figura jurídica con perjuicio, además, de los usuarios, ya que no toda prestación de interés general tendría que proveerse de forma continua, regular y universal, sino solo aquella que satisface “necesidades primordiales” de las personas, siendo así que la noción de servicio público es, pues, más estrecha que la de actividad de interés general.

En consecuencia, el concepto de intervención pública que pueda luego mantenerse en el Derecho positivo de cada Estado Constitucional, la problemática de sus fines de interés público, sus técnicas o los sujetos que ejercen dichas funciones, son cuestiones que hoy no pueden tratarse al margen de los postulados comparatistas y que forzosamente han de partir de sus presupuestos.

Es el caso de los Estados europeos, es la normativa del Derecho de la Unión europea la que otorga una cierta unidad al fenómeno dentro de la integración comunitaria o supranacional europea, con todas las particularidades que puedan advertirse después en cada sistema jurídico nacional.

§5. Calificación del interés público. Formuladas las consideraciones precedentes, conviene ahora afrontar el análisis de una de las modificaciones más destacables, producidas en mi criterio, acerca del planteamiento tradicional de las actividades de servicio público, por efecto de la irrupción de la apertura de

la liberalización y ordenación económica en el marco del Derecho de la Unión Europea que es, insisto, un Derecho directamente aplicable a los Estados miembros y, en concreto, fuente de su Derecho administrativo nacional.

Ahora, si bien los Tratados europeos no contienen una definición normativa de servicio público ni del servicio de interés general, conceptos que son mencionados de pasada, la Comisión Europea en su comunicación titulada *Los servicios de interés general en Europa* –DOCE, serie C, num. 17, del 19 de enero de 2001 y complementaria de otra anterior con el mismo nombre– insiste en que no hay que confundir servicio público –“que se refiere a la vocación de prestar un servicio”, en unos términos que postula una reglamentación pública–, con el concepto de sector público tradicional. Para la Comisión Europea servicio público supone, sobre todo, una actividad de interés público, que conlleva ciertas obligaciones, justamente denominadas “obligaciones de servicio público”, que pueden imponer los Estados miembros a escala nacional o local.

Por tanto, y aquí radica el núcleo duro del régimen en el Derecho de la Unión Europea: la efectividad del nuevo modelo es la calificación o identificación que exige un ejercicio de concreción en relación con el contenido de la satisfacción de las necesidades del interés público, denominadas *primordiales* (HERRERA ORELLANA), y en el Derecho administrativo comparado, por un lado de *esenciales* si nos referimos al servicio público a la francesa (PROSPER WEIL), o de *prestaciones vitales* si se trata de las actividades de prestación para la existencia humana, según la dogmática alemana (tesis acuñada por ERNEST FORSTHOFF desde 1938) de acuerdo con la conciencia social y jurídica de cada momento histórico, pero que por su estructura autoritaria permaneció como concepción del Estado esencialmente diferente a la teoría del *service public* francés, disparidad que ha debido superar el Derecho de la Unión Europea. Veamos.

§6. Juicio de necesidad. El punto de partida del nuevo régimen del Derecho de la Unión Europea es la mencionada calificación o identificación del interés público, que la intervención pública pretende proteger, pues solo la concreta identificación permitirá la posterior aplicación del denominado “juicio de necesidad” –denominado también “juicio de proporcionalidad”–, a las actividades que tienen por objeto o misión: el interés público. Las implicaciones de esta objetivización son decisivas para el Derecho administrativo contemporáneo.

Es sabido, en la noción tradicional de servicio público, la publicación –*publicatio*–, no exigía la concreta identificación del interés público que se pretendía satisfacer. Se entendía, pues, que la mera publicación –o reserva de titularidad estatal si fuere el caso– y la consiguiente presencia pública en la ordenación del servicio público en concreto, garantizaría la más adecuada gestión para la satisfacción del interés público envuelto, fuese este cual fuese.

Ahora bien, la concreta identificación del interés público le corresponde al Poder legislativo. Mientras que al Poder ejecutivo, por medio de la Administración pública, en el marco de la actividad administrativa de regulación, le corresponde desarrollar los concretos elementos del régimen jurídico en que ha de prestarse la misión de interés público, cuantificar los costes o, en fin, definir la compensación a satisfacer al operador económico con obligaciones de servicio público.

Tan solo así, el interés público podría superar el juicio de necesidad establecido por las autoridades comunitarias, que han introducido una novedosa exigencia

de la intervención pública en las actividades económicas, siendo los elementos a destacar según la normativa comunitaria, los siguientes:

Primero, resulta imprescindible identificar con precisión el *contenido* del interés público, con el fin de que este pueda ser efectivamente protegido. Ya no resulta suficiente que el Estado miembro establezca una vaga retórica de defensa del interés público. Ahora resulta, imprescindible, definir objetivos concretos, cuantificables, extensión de determinados servicios, niveles de calidad, etcétera.

Segundo, exige definir también, con precisión, las denominadas *obligaciones jurídicas* de servicio público –accesibilidad, calidad, regularidad, servicio universal, etc.–, que se imponen a los operadores para satisfacer el interés público: ello, con el fin de garantizar su cumplimiento por parte de los operadores y también que las medidas resulten oportunas y que suponen la mínima injerencia en las libertades económicas necesarias para alcanzar el objetivo o misión del concreto interés público. Nos encontramos así, ante uno de los más paradigmáticos ejemplos de la actividad administrativa de regulación.

Tercero, deben ser igualmente concretos los diferentes *mecanismos de financiación* de las obligaciones de servicio público. En cualquier caso, deben estar claramente definidos, ser proporcionales y no discriminatorios.

Y por *último*, el carácter concreto de las obligaciones de servicio público permite a las Administraciones públicas reguladoras *controlar*, de forma efectiva, su cumplimiento. Así, el nuevo modelo europeo debe completarse con el establecimiento de programas de control del cumplimiento de las obligaciones y el establecimiento de sanciones para los supuestos en que haya lugar.

En resumen, la aplicación del mencionado juicio de necesidad introduce una novedosa exigencia de los *principios de objetividad y de transparencia* en el objeto o misión de interés público. Solo teniendo en cuenta los anteriores elementos podría enjuiciarse si la actividad resulta necesaria, adecuada y limitada a lo imprescindible para alcanzar el objetivo o misión de interés público que es, en definitiva, lo que traduce el contenido del juicio de necesidad. Le corresponderá a los Estados miembros la carga jurídica de demostrar que cumplen los requisitos para su aplicación y susceptible de posterior control jurisdiccional por parte del TJUE (STJUE, Asunto C-126/06, *International Mail Spain / Correos TNT Traco*).

Ha sido así como las autoridades de la Unión Europea han desarrollado, paulatinamente, un complejo y sistemático régimen jurídico para las actividades con objeto o misión de interés público, régimen que limita decididamente la discrecionalidad de los Estados miembros.

Lo expuesto se ha de inscribir en el esfuerzo histórico y jurídico del Derecho administrativo en su lucha contra el arbitrio e inmunidad del Poder público, expuesto por el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA en un discurso acerca de *La lucha contra las inmunidades del poder* de 1962, que como sabemos ha terminado por ser clásico en la materia. Con ello se superaría la tradicional discrecionalidad del régimen jurídico de las actividades de servicio público al sujetarlas a un estricto juicio de necesidad.

§7. Conclusión. El nuevo modelo de intervención pública en el Derecho de la Unión Europea –que habría de terminar por imponerse al Derecho administrativo contemporáneo europeo– respecto de las actividades de interés público queda, por tanto, sujeto a un novedoso nivel de *concreción y transparencia*, no solo

cuando se imponen obligaciones de servicio público a operadores económicos, sino también y, esto es ya más novedoso, cuando una Administración pública asume la gestión directa de actividades de servicio público.

De ahí que el nuevo modelo de régimen europeo acaba con la presunción de que la mera prestación de un servicio público garantiza la satisfacción del interés público. Así, el Estado miembro deberá concretar la misión de interés público que se persigue, las obligaciones de servicio público en las que se articula, y el coste que implican dichas obligaciones. Se incrementa así la protección jurídica a los operadores económicos.

Son estos comentarios seguidos de una reflexión los que ofrezco en relación con la excelente obra del profesor HERRERA ORELLANA que es, sin duda, la que analiza, sin olvidar los valiosos aportes de la prestigiosa escuela administrativista chilena, con más profundidad en tiempos contemporáneos, el tema del servicio público en el Derecho administrativo chileno. Al respecto bien podemos decir lo clásico: el tiempo dirá hasta qué punto lo ha engrandecido y el influjo que seguro tendrá más allá de sus fronteras con proyección en el Derecho administrativo iberoamericano, razón más que suficiente para invitarlos de manera deferente para una interesante y provechosa lectura.

JOSÉ ARAUJO JUÁREZ*

*Profesor de postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Administrativo Iberoamericano y de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo. Miembro honorario de la Asociación Mexicana y de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo.