

EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO DE «SERVICIO ESENCIAL» EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

M.^a YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN.—II. EN TORNO A LA NATURALEZA DEL CONCEPTO DE *SERVICIO ESENCIAL*: 1. *Consideración del concepto de servicio esencial como cláusula general o como concepto abierto o estándar jurídico-político*. 2. *Consideración del concepto de servicio esencial como concepto jurídico indeterminado*: 2.1. Planteamiento general. 2.2. En torno a la problemática doctrinal sobre la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados: a) Los conceptos jurídicos indeterminados como susceptibles de una única solución justa. Posicionamientos críticos. b) La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados como «expresión por juicios disyuntivos». c) Los conceptos jurídicos indeterminados como susceptibles de valoraciones e interpretaciones diversas.—III. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ESENCIALIDAD DE UN SERVICIO: 1. *Problemática de fondo: la concreción de los conceptos constitucionales indeterminados por el legislador y su controvertido control por los jueces*. 2. *Efectos de la consideración del concepto de servicio esencial como cláusula constitucional o como estándar jurídico-político sobre su ulterior control por el Tribunal Constitucional*. 3. *Efectos de la consideración del concepto de servicio esencial como concepto jurídico indeterminado. Posibilidad de un juicio de razonabilidad: la referencia inequívoca del concepto de servicio esencial a una realidad cualitativa constitucionalmente establecida*.

RESUMEN

Los posicionamientos doctrinales sobre la naturaleza del concepto de *servicio esencial* se han situado básicamente entre la consideración de éste como *cláusula general*, como *concepto abierto* o *estándar jurídico-político* y su consideración como *concepto jurídico indeterminado*. Siguiendo esta última concepción, los problemas interpretativos se han suscitado en torno a qué entender por concepto jurídico indeterminado. Más en concreto y en relación a su inclusión en nuestro texto constitucional, la problemática se suscita en la concreción y desarrollo de dichos conceptos por el legislador y en su controvertido control por los jueces. Desde la consideración de los conceptos jurídicos indeterminados como «expresión por juicios disyuntivos» a su consideración como susceptibles de valoraciones e interpretaciones diversas, se analiza en el presente estudio el complejo alcance y control del contenido de la noción constitucional de «servicio esencial».

Palabras clave: servicio esencial; cláusula general; concepto jurídico indeterminado; control judicial.

ABSTRACT

The doctrinal postures relating to the concept of *essential utility* have been oscillating principally between its consideration as a *general clause*, as an *open concept* or a *political and legal standard*, and its consideration as an *undetermined legal concept*. According to this latter conception, the interpretation problems are limited to the meaning of undetermined legal concepts. More precisely, in the context of our Constitution, the more significant difficulties reside in the definition and determination of this concepts by the legislator and in its controversial control by the judge. From its consideration as an «expression with disjunctive opinions» to its consideration as a possible object of different interpretations

and valorizations, this article analyses the intricated scope and the arduous control of the constitutional concept of «essential utility».

Key words: essential utility; general clause; undetermined legal concept; judicial control.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución recoge en diversos preceptos el concepto de «servicio esencial»; en concreto, a él se refieren el artículo 28, párrafo segundo —para preservar el mantenimiento de los referidos servicios en el ejercicio del derecho de huelga¹—; el artículo 37 —para asegurar su funcionamiento en caso de medidas de conflicto colectivo laboral o empresarial²— y el artículo 128, párrafo segundo —para limitar a ellos la eventual reserva de determinadas actividades al sector público—³. El análisis de este concepto constitucional plantea múltiples y complejas cuestiones. A efectos del presente estudio, vamos a centrarnos en aquellas que surgen en torno a dos temas básicos: en primer lugar, el de la naturaleza del concepto de servicio esencial y, en segundo lugar, directamente relacionado con ello, el de su control por los Tribunales, en concreto por el Tribunal Constitucional.

II. EN TORNO A LA NATURALEZA DEL CONCEPTO DE *SERVICIO ESENCIAL*

1. *Consideración del concepto de servicio esencial como cláusula general o como concepto abierto o estándar jurídico-político*

Los posicionamientos doctrinales sobre la naturaleza del concepto de *servicio esencial* se han situado básicamente entre la consideración de éste como *cláusula general*, como *concepto abierto o estándar jurídico-político* y su consideración como *concepto jurídico indeterminado*. La tesis más representativa del primer posicionamiento es la de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. Para este profesor y en contra de la calificación como concepto jurídico indeterminado, la Constitución económica se formaliza esencialmente a través de una serie de cláusulas generales «manifiesta e intencionadamente indeterminadas y, en todo caso, necesitadas de obligada y lógica concreción»⁴, situación de indefinición que, en opinión de este

¹ «Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores (...). La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los *servicios esenciales* de la comunidad».

² «Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La Ley que regule el ejercicio de este derecho (...) incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los *servicios esenciales* de la comunidad».

³ «(...) Mediante ley se podrá reservar al sector público (...) recursos o *servicios esenciales* (...)».

⁴ *Vid. Derecho administrativo económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, pág. 78, y, del mismo autor, «Principios del sistema económico en la Constitución española», en vol. col.

autor, «hace dificultoso precisar técnicamente las posibilidades que aquellas cláusulas ofrecen»⁵.

Recuerda, en cierta medida, tal argumentación a la formulación de los famosos «estándares *vagos*» («*vague*» *standards*)⁶ de DWORKIN. Este profesor relaciona dichos estándares con conceptos que fueron elegidos de manera deliberada por sus redactores en lugar de normas más específicas y más limitadas; aunque, según precisa, la vaguedad de dichos conceptos sólo es tal si se considera a estos «estándares *vagos*» como «intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de enunciar determinadas concepciones (*conception*)», término éste de «concepción» que contrapone al de «concepto» (*concept*)⁷. El autor citado vincula el término «concepción» a opiniones o teorías particulares de los conceptos. Como señala en sus distintos trabajos, «parece obvio que debemos suponer que las que he venido llamando cláusulas constitucionales *vagas* representan apelaciones a los conceptos que emplean (tales como legalidad, igualdad, crueldad)»⁸.

En la construcción de DWORKIN, el «concepto» es abierto, alusivo a un estándar valorativo abstracto que corresponde a los destinatarios rellenar en cada aplicación, mientras que la «concepción» es concreta, referente a una realidad perfectamente señalada e identificada desde el momento en que se formula. TRILLO-FIGUEROA y LÓPEZ-JURADO han entendido que la esencialidad con que la Constitución califica a los servicios o recursos susceptibles de reserva es un «concepto», en el sentido que DWORKIN da a ese término por contraposición a «concepción». Como tal concepto que es, estiman los autores mencionados, no supone libertad para que el aplicador actúe como quiera, sino que éste debe aplicar un estándar, siendo dicha operación fiscalizable por el supremo intérprete de la Constitución⁹.

Además de los autores que entienden el concepto de *esencialidad* como una cláusula general¹⁰, otro sector doctrinal considera que estamos ante un concepto abierto o un estándar jurídico-político. La tesis más representativa de este posicionamiento es la del profesor ARIÑO, que, en contra de la consideración del concepto de *servicio esencial* como concepto jurídico indeterminado, habla de *concepto abierto o estándar jurídico-político* que, como tal, admite una gama de alternativas políticas, todas igualmente

La intervención administrativa en la economía (Dir. G. FERNÁNDEZ FARRERES), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 14; «La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años», núm. 150 de esta REVISTA, 1999, pág. 263.

⁵ Vid. *ibid.*, pág. 81. Sigue a este profesor J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA, para el que también se trata de una cláusula general y no propiamente de un concepto jurídico indeterminado. Vid. *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 427.

⁶ Vid. *Taking Rights Seriously*, 2.ª ed., Duckworth, London, 1978, págs. 133 y ss., o su traducción, *Los derechos en serio*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, págs. 211 y ss.

⁷ Vid. *Los derechos...*, cit., págs. 211-216.

⁸ Vid. *ibid.*, pág. 215.

⁹ Vid. *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 279.

¹⁰ Hemos citado a S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. Vid. *Derecho...*, cit., pág. 78. Vid. también J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA, *Derecho...*, cit., págs. 427 y ss.

constitucionales¹¹. A esta tesis nos referiremos en detalle al estudiar el tema del control jurisdiccional de la *esencialidad* de un servicio.

2. Consideración del concepto de servicio esencial como concepto jurídico indeterminado

2.1. Planteamiento general.

Frente a la consideración del concepto de *servicio esencial* como cláusula general o, como acabamos de ver, como concepto abierto o estándar jurídico-político, la mayoría de la doctrina considera que estamos ante un concepto jurídico indeterminado¹², consideración ésta que también aparece en nuestra jurisprudencia constitucional¹³. Para BASSOLS COMA, la califi-

¹¹ La cursiva es suya. *Vid.* «Servicio público y libertades públicas (una interpretación limitadora del art. 128 de la Constitución)», en vol. col. *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX (Homenaje al profesor Fernando Garrido Falla)*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 1316, y *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 115 y ss. *Vid.* también J. M. GIMENO FELIU, «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas», núm. 135 de esta REVISTA, 1994, págs. 205 y ss.

¹² *Vid.*, entre otros, O. DE JUAN ASENJO, «Principios rectores de la empresa pública en la Constitución Española de 1978 (del principio de subsidiariedad al principio de compatibilidad)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980, pág. 262; R. ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», en vol. col. *El modelo económico en la Constitución española* (Dir. Fernando GARRIDO FALLA), vol. I, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pág. 163; J. DE LA CUÉTARA Y MÉNDEZ LIMA, *La calificación de los servicios esenciales de la comunidad en la legislación española*, en VIII Jornadas de la Dirección de lo Contencioso, Madrid, 1984 (cit. por G. ARIÑO ORTIZ, «Servicio...», cit., pág. 1334); L. M. CAZORLA PRIETO, «Artículo 128», en vol. col. *Comentarios a la Constitución* (Dir. F. GARRIDO FALLA), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pág. 1893; F. GARRIDO FALLA, «El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, pág. 65; C. CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 96; M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 186 y ss.; J. DE LA CUÉTARA Y MÉNDEZ LIMA, «Problemática de los servicios públicos locales. La calificación de los servicios esenciales de la comunidad en la legislación española», en vol. col. *Administración territorial del Estado (Administración local)*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, pág. 894; J. SALAS HERNÁNDEZ, «Energía», en vol. col. *Derecho administrativo económico* (Dir. S. MARTÍN-RETORTILLO), vol. II, La Ley, Madrid, 1991, pág. 870; F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 34-35; A. BLASCO ESTEVE, «La huelga de los funcionarios públicos», en vol. col. *Estudios sobre la Constitución (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2639; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en vol. col. *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)* (Coord. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), vol. II, Madrid, Civitas, 1991, pág. 3825; J. C. CASSAGNE, *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 53; J. A. GARCÍA DE COCA, *Sector petrolero español: análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 109; L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 144.

¹³ *Vid.*, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981, de 17 de julio (FJ 10.º), o la 12/1982, de 31 de marzo (FJ 2.º) (Ponente: L. Díez-Picazo y Ponce de León). En las sentencias 203 y 216/1980, de 17 de julio, se habla de concepto «en buena medida indeterminado» (*vid.* el FJ 10.º) (Ponente: L. Díez-Picazo y Ponce de León). En idénticos términos se pronuncia la sentencia 53/1986, de 5 de mayo (FJ 3.º) (Ponente: L. López Guerra).

cación de un *servicio* como *esencial* es un concepto jurídico indeterminado que implica una valoración que corresponde efectuar al legislador en cada etapa histórica en relación con los intereses económicos y sociales de la comunidad¹⁴. Y en el mismo sentido se pronuncia SOSA WAGNER, para el que la *esencialidad* es forzosamente un concepto jurídico indeterminado, por lo que su precisión es el resultado de una valoración que corresponde efectuar al legislador en cada momento en función de los intereses públicos que representa, aunque «inevitablemente el contenido de la misma vendrá determinado o será simplemente el resultado de una toma de conciencia colectiva acerca de la importancia o significación alcanzada por una concreta actividad en un determinado momento histórico»¹⁵.

2.2. En torno a la problemática doctrinal sobre la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Si la mayoría de la doctrina considera la *esencialidad* de un *servicio* como un concepto jurídico indeterminado, numerosos matices aparecen si profundizamos en qué entiende cada autor por concepto jurídico indeterminado. No pretendemos ahora replantear todo el problema general de esta polémica categoría que ancla sus raíces en la doctrina alemana (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*), categoría que ha sido estudiada en detalle por prestigiosos tratadistas y que sigue haciendo correr no pocos ríos de tinta¹⁶. Partimos de las tesis más comúnmente aceptadas.

¹⁴ Vid. *Constitución...*, cit., pág. 186.

¹⁵ Vid. *La gestión...*, cit., págs. 34-35. Vid. también J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pág. 206.

¹⁶ Nos remitimos, entre otras, a las muy comentadas obras de F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 67 y ss. y, especialmente, 191 y ss.; A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal (1894-1983)*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 230 y ss.; M. BULLINGER, «La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones, control judicial», *La Ley*, IV, 1987, págs. 896 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 70 y ss. y 96 y ss.; del mismo autor, «La intensidad del control judicial de la Administración Pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad», *Revista de Derecho Administrativo* (Buenos Aires), núms. 15/16, 1994, págs. 59 y ss.; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 126 y ss.; M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.; M. ATIENZA, «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, 1995, págs. 21 y ss.; M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 160 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, págs. 232 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, págs. 66 y ss.; C. D. CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 121 y ss.

- a) *Los conceptos jurídicos indeterminados como susceptibles de una única solución justa. Posicionamientos críticos.*

El posicionamiento que ha venido siendo mayoritario defiende la tesis según la cual la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una sola solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa¹⁷.

Muy crítico con este planteamiento se ha mostrado IGARTUA SALAVERRÍA¹⁸, para el que «los propagandistas de la única solución correcta no se contentan con decir que aquella existe sino, además, convierten a los jueces en garantes de su objetividad. Con ello se afirman dos cosas: la primera, obvia, que hay tal solución; la segunda, que los jueces de carne mortal (y no el fantasmagórico Hércules dworkiniano) acreditan si se ha dado aquella o no. (...) Yo mantengo la sospecha de que esta secuencia argumental *conceptos indeterminados-única solución-impugnabilidad jurisdiccional* encubre un razonamiento circular; un círculo vicioso, aproximadamente como éste: los conceptos indeterminados admiten una única solución porque, de otro modo, no serían controlables en vía judicial; y son controla-

¹⁷ Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos...*, cit., pág. 192. Sobre esta tesis, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 159 y ss. y, especialmente, pág. 187. Vid. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 9.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, págs. 451 y ss. En opinión de dichos autores, «una buena parte de los supuestos tradicionalmente tenidos por atribuciones de potestad discrecional por las Leyes no son sino el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados. Durante mucho tiempo, especialmente tras la formulación clásica del concepto de discrecionalidad por el austríaco Tezner, se identificó ésta con la utilización por la Ley de *conceptos imprecisos*, entendiéndose que en tales casos habría que interpretar que la precisión última de dichos conceptos correspondía discrecionalmente a la Administración. Hoy se ve que justamente en tales casos la discrecionalidad está excluida y que más que remitir la Ley a una decisión libre de la Administración, en cuyo ejercicio saldrían indiferentes jurídicos o contenidos igualmente justos, se trata, por el contrario, de delimitar una única solución justa cuya búsqueda reglada debe hacer la Administración cuando a ella corresponde su aplicación, y cuyo control último, por ser un control de legalidad, es accesible al juez» (pág. 453). Vid. también T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad...*, cit., pág. 101.

¹⁸ Por no hablar ahora de aquellos que, como ha recogido SAINZ MORENO, han llegado a negar la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados al entender que todo concepto, al ser incorporado a una norma, se convierte en determinado en cuanto que «debe ser aplicado» sólo en el sentido «querido por el legislador» o en el sentido que la realización del derecho exige». Vid. *Conceptos...*, cit., pág. 199.

bles en vía judicial gracias a que los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten una única solución»¹⁹.

Fuera de polémicas concretas, en nuestra opinión, no cabe duda de que el concepto de esencialidad es un concepto jurídico indeterminado, concretamente un «concepto constitucional»²⁰ de alcance indeterminado, en cuanto utilizado por la Constitución y en cuanto su alcance es evidentemente indeterminado, pues no permite una aplicación definida, precisa o categórica en un caso concreto²¹. Ahora bien, como tal concepto constitucional indeterminado, define —y parafraseamos al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA— «supuestos de hecho o áreas de intereses o de actuación perfectamente identificables»²², aunque lo haga en términos indeterminados que ulteriormente deberán ser concretados, en nuestro caso concreto, por el legislador.

En este sentido, y de cara a dicha concreción, la indeterminación inherente a la noción no implica una indeterminación total y absoluta de su

¹⁹ Vid. «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 92, 1996, págs. 546-547, y, del mismo autor, «Conceptos indeterminados y hechos del derecho», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, 1993, págs. 263 y ss. Puede verse también su trabajo *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 38 y ss., y «El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, 2000, págs. 145 y ss.

También como planteamientos críticos, *vid.*, entre otros, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad...*, cit., págs. 118 y ss.; M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad...*, cit., págs. 235 y ss.; C. D. CIRIANO VELA, *Administración...*, cit., págs. 129 y ss.

²⁰ «Mejor que *jurídico* para evitar el equívoco de que se trate de cualquier construcción intelectual y abstracta, como podría dejarse suponer». *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...*, cit., págs. 217 y ss., y, del mismo autor, «Una nota...», cit., pág. 71.

²¹ *Vid.* F. SAINZ MORENO, *Conceptos...*, cit., pág. 70. Resulta muy interesante la consideración de este profesor de la vigencia jurídica de las notas de un concepto dado como elemento cuantificador de su indeterminación. *Vid. ibid.*, págs. 70 y 196. En su opinión, el grado de determinación de los conceptos es una consecuencia de la mayor o menor intensidad con que están vigentes sus notas. De esa vigencia, y no de su estructura lógica, deriva su capacidad de designar ciertos objetos y de excluir a otros. Por eso señala que en los lenguajes no formalizados, como es el caso del lenguaje jurídico, la determinación de los conceptos se pone de manifiesto cuando aparecen como sujetos de una proposición, esto es, cuando real o hipotéticamente se aplican a un objeto. Si el objeto coincide con las notas cuya vigencia es más intensa (notas que, por ello, constituyen el núcleo del concepto) es evidente su aplicación; si no coincide, tal evidencia se debilita paulatinamente a medida que en el juicio de aplicación del concepto intervienen notas de significado menos claro («halo del concepto») (pág. 196).

Quando se trata de conceptos jurídicos, no es sólo la vigencia social de las notas del concepto la que determina cuáles constituyen su núcleo esencial y cuáles el halo que lo rodea. En tal caso, sobre la vigencia social actúa la vigencia jurídica. Por eso, dice RICKERT, «llamamos notas esenciales, en un concepto jurídico, a las que contribuyen a que se siga la voluntad del legislador o a que se realice el derecho». Pero ello obliga, naturalmente, a resolver por medio de la interpretación jurídica cuáles son tales notas. Así, «aun en los casos en que el legislador se remite a las vigencias sociales, esa remisión hay que entenderla limitada a aquello que hace posible la realización del derecho» (*ibid.*, pág. 196). *Vid.* también el interesante estudio de R. LATOURNERIE («Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie?, convalescence? ou jeunesse?», *Études et documents. Conseil d'État*, núm. 14, 1960); en concreto, el título III, titulado «De la nécessité des notions et de leur élaboration. Des conditions et limites de leur validité», págs. 93 y ss.

²² *Vid.* «Una nota...», cit., pág. 83.

aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución²³. Por el contrario, resulta manifiesto que la utilización que la ley hace de estos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente indicada como determinable, pues, como GARCÍA DE ENTERRÍA ha manifestado, «por de pronto proscribire absolutamente tomar en consideración el concepto contrario u opuesto; he aquí, pues, en esta proscripción radical, que existe un límite a la indeterminación, y un límite manifiesto y patente, nada impreciso, ambiguo o vaporoso, un límite rotundo»²⁴.

b) *La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados como «expresión por juicios disyuntivos».*

Es precisamente en la proscripción absoluta de tomar en consideración el concepto contrario u opuesto donde, según el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, un importante sector doctrinal sitúa la explicación de que los conceptos legales indeterminados postulan una única solución justa. En opinión de este autor, a cuyo juicio se ha malinterpretado esta teoría, «la unidad de solución justa no quiere decir que haya una sola conducta específica y singular que pueda merecer, entre las infinitas posibles, la calificación de actuación de buena fe, por ejemplo²⁵; quiere decir que una conducta o es de buena fe o no es de buena fe, y que por ello ha de utilizarse necesariamente, en la expresiva fórmula alemana, una *apreciación por juicios disyuntivos*»²⁶.

Esta teoría así interpretada, en realidad, circunscribiría el estudio de los conceptos a un pequeño campo de su contenido, en cuanto se limitaría al análisis de sus notas por referencia a lo que no son, lo que en términos concretos supondría estudiar dichos conceptos por referencia a otro concepto —a lo que no es—, lo que, en último término, puede rozar con la nada. Si la unidad de solución justa se circunscribe a una apreciación de

²³ Como —recuerda ARIÑO— la declaración de servicio esencial de la fabricación de quinís o de pelucas para señora. Vid. «Servicio...», cit., pág. 1317.

²⁴ Vid. «Una nota...», cit., pág. 83.

²⁵ Sin duda, es éste el entendimiento que se ha hecho por el conjunto de la doctrina, tanto por aquella que considera los conceptos jurídicos indeterminados como susceptibles de una sola solución justa como por aquella que entiende dichos conceptos como susceptibles de diversas soluciones justas. Por poner un ejemplo de estos últimos —los que rechazan que los conceptos jurídicos indeterminados tengan una única solución justa—, citaremos a IGARTUA SALAVERRÍA, quien apunta que «huelga decir que a una palabra no se puede atribuirle (al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto) dos significados distintos. Por tanto, no supone abuso ninguno ni compromiso ideológico afirmar que, ante un caso dado, los conceptos indeterminados sólo admiten una interpretación (en el rebajado sentido de que no es posible conferirles varios significados a la vez)». Ésta es la razón por la que dicho autor estima que ante un concepto indeterminado «sólo es posible una solución (a no confundir con que los conceptos indeterminados sólo tienen una solución posible)». Vid. «Principio...», cit., págs. 552-553.

²⁶ Cita GARCÍA DE ENTERRÍA a H. J. WOLFF, O. BACHOFF y R. STOBER, *Verwaltungsrechts*, 10 Aufl., München, 1994, pág. 364. Vid. «Una nota...», cit., pág. 83. Vid. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., vol. I, 9.ª ed., pág. 452.

juicios disyuntivos —el *servicio* o es o no es *esencial*—, la verdad es que para este viaje no hacían falta alforjas, en cuanto que el objetivo de una construcción teórica no es, o, al menos, *rectius*, no debe ser, buscar —y lo diremos con los términos tradicionales— una certidumbre categóricamente negativa, sino, en la medida de lo posible, un más o menos amplio núcleo de certeza positiva.

c) *Los conceptos jurídicos indeterminados como susceptibles de valoraciones e interpretaciones diversas.*

Fuera de mayores precisiones sobre la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados y planteados los posicionamientos sobre la naturaleza del concepto de *esencialidad* —cláusula general, estándar jurídico-político, concepto jurídico indeterminado—, consideramos, como ya hemos señalado, que estamos ante un concepto de esta última naturaleza y cuya determinación concreta corresponde al legislador. Ahora bien, siguiendo a MACERA, «hay que considerar en contra de la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria»²⁷ —que, estimamos, se quiera o no, ha entendido dicha categoría como susceptible de una única solución justa y no como «una apreciación de juicios disyuntivos» (que es como GARCÍA DE ENTERRÍA manifiesta que ha de entenderse)— «que los conceptos jurídicos indeterminados, aunque dentro de límites innegables, son susceptibles de ser valorados e interpretados de muchas maneras, sin que pueda darse una *unidad de solución justa*»²⁸. Como ha expuesto VILLAR ROJAS, la *esencialidad* opera como límite jurídico que permite enjuiciar si la decisión del legislador de efectuar una reserva es irrazonable y arbitraria, pero aceptando que dentro de lo razonable el legislador puede optar entre varias soluciones constitucionales²⁹.

Lo que sí es cierto, aunque no sigamos la interpretación del profesor SAINZ MORENO sobre los conceptos jurídicos indeterminados —«una sola solución justa en su aplicación a cada caso concreto»—, es que, por lo que se refiere al término de *servicio esencial*, nos encontramos ante uno de los supuestos en los que la indeterminación del concepto cumpliría una de las funciones que dicho autor predica de este tipo de conceptos, la de «crear una holgura en torno a las ideas nucleares de los conceptos para que éstos puedan servir de medios calificadores de la realidad»³⁰.

²⁷ Se refiere este autor a M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 38.

²⁸ Vid. *El deber industrial de respetar el ambiente (Análisis de una situación pasiva de Derecho público)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 182.

²⁹ Vid. *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 281. RAZQUIN LIZÁRRAGA habla de la amplia discrecionalidad del legislador, que «no obstante, ha de sujetarse a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, restando en último término la eventual fiscalización por el Tribunal Constitucional». Vid. *Derecho...*, cit., pág. 428.

³⁰ Vid. *Conceptos...*, cit., pág. 193.

III. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ESENCIALIDAD DE UN SERVICIO

1. *Problemática de fondo: la concreción de los conceptos constitucionales indeterminados por el legislador y su controvertido control por los jueces*

La trascendencia de optar por uno u otro posicionamiento sobre la naturaleza del concepto de *servicio esencial* no es pequeña, entre otras cosas, en relación a la otra cuestión que antes planteábamos, esto es, la de si es controlable por nuestro Tribunal Constitucional la decisión del Poder legislativo de otorgar el carácter de *esencial* a un determinado *servicio* o si, por el contrario, estamos ante una decisión estrictamente política no controlable jurídicamente por el referido Tribunal. Este hecho enlaza con la determinación material del margen de maniobra del que dispone el legislador en la concreción de la previsión constitucional contenida en el artículo 128 de la Constitución, así como en sus artículos 28.2 y 37.2, lo que, a su vez, en relación al artículo 128.2, nos sitúa ante la cuestión de la determinación de los límites cuantitativos y cualitativos a la posibilidad de actuación del Estado *vía* servicio público.

No cabe duda de que toda medida legislativa puede ser revisada por el Tribunal Constitucional para comprobar su conformidad con el ordenamiento constitucional. No obstante, dicha afirmación plantea el problema de qué pueden controlar y revisar los Tribunales y, según los posicionamientos doctrinales, se retoma con mayor o menor intensidad el polémico debate sobre el tan nombrado «gobierno de los jueces». No vamos a insistir a estas alturas en que los constituyentes utilizan muy frecuentemente términos y expresiones de los lenguajes políticos, coloquiales y jurídicos de significado polivalente. Como prestigiosa doctrina ha puesto de manifiesto, la aplicación de dichos conceptos requiere un proceso de concreción o determinación que plantea un problema esencial: el de saber si estos conceptos poseen un contenido fijo e inamovible o si se trata de simples rótulos que el legislador puede llenar de contenido, a su libre albedrío, sin otros límites que la negación lógica absoluta del concepto³¹.

³¹ Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 458. Como se señala en esta obra, ciertos planteamientos críticos acusan a los Tribunales Constitucionales europeos de usurpar con sus sentencias las funciones del Poder legislativo. Dicha intromisión se produce debido al carácter político de ciertos preceptos constitucionales que impiden una interpretación jurídica en sentido estricto. Vid. *ibid.*, pág. 486. De todas formas, esto no obsta para que la doctrina científica pueda acotar y depurar dogmáticamente una categoría —dada la importante dimensión política que ostente— en un contexto espacio-temporal concreto de la que luego pueda servirse el legislador y que, dada esa depuración dogmática, pueda ser interpretada y controlada —en un concreto contexto espacio-temporal al que pueda adaptarse dado el grado de abstracción obtenido tras su depuración— por el Tribunal Constitucional.

2. *Efectos de la consideración del concepto de servicio esencial como cláusula constitucional o como estándar jurídico-político sobre su ulterior control por el Tribunal Constitucional*

También en relación al control del otorgamiento del carácter de esencial a un servicio los planteamientos son muy dispares. Es el caso, en primer lugar, dentro del abánico de planteamientos que defienden que no estamos ante un concepto jurídico indeterminado. Así, para Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, es la indefinición con la que se formulan las denominadas cláusulas generales contenidas en nuestra Constitución la que explica que algunos autores hayan entendido aplicable al caso la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, en los términos con que ha sido elaborada por la jurisprudencia contencioso-administrativa.

Por lo que se refiere al control de estas cláusulas, frente a las conclusiones a las que conduce la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO entiende que «dentro del ámbito que establece la Constitución son muchas las hipótesis que caben, *todas ellas igualmente correctas*»³². La dificultad estriba, según dicho autor, en precisar técnicamente las posibilidades que estas cláusulas generales ofrecen o, dicho de otro modo, en precisar si una determinada medida o una determinada actuación entra dentro de las hipótesis que contemplan las cláusulas económicas o si, por el contrario, hay que entenderlas contrarias al ordenamiento constitucional. Como él mismo afirma, «es en el terreno de las actuaciones particulares y singulares y en el de su consiguiente enjuiciamiento en el que el tema de la obligada y lógica concreción de estas cláusulas se manifiesta en toda su entereza»³³.

También ARIÑO entiende que no se trata de un concepto jurídico indeterminado, sino, como decíamos al estudiar su naturaleza, de un «concepto abierto» o de un «estándar jurídico-político», pero, a diferencia de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, se manifiesta claramente en contra de la posibilidad de que tales conceptos abiertos sean susceptibles de control³⁴. Arrancando del posicionamiento mayoritario en torno a los conceptos jurídicos indeterminados, según el cual éstos solamente permiten una única solución justa en su aplicación a cada caso concreto, y entendiendo que el calificativo *esencial* de un *servicio* no permite una interpretación jurídica unívoca como, en su opinión, sucede con los conceptos jurídicos indeterminados, concluye ARIÑO que el término de *servicio esencial* solamente es susceptible de una valoración política y, consecuentemente con ello, que el Tribunal Constitucional deberá respetar las potestades conformadoras y de libre decisión política que corres-

³² La cursiva es suya. *Vid. Derecho...*, cit., pág. 81.

³³ *Vid. ibid.*, loc. cit.

³⁴ Como vemos, el punto de partida de ambas posiciones y de las que entienden que no se trata de un concepto jurídico indeterminado es el mismo: el entendimiento de dichos conceptos como aquellos que permiten una única solución justa en su aplicación a cada caso concreto.

ponden al Poder legislativo³⁵. El concepto no es un concepto jurídico indeterminado; por tanto, no cabe un control judicial.

Para este profesor, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados no es aplicable al campo de las cláusulas económico-constitucionales por entender que estos estándares jurídico-políticos no admiten una sola interpretación justa, sino que, por contra, admiten una gama de alternativas políticas, todas igualmente constitucionales. Según él, hay diferencias estructurales que impiden establecer tal relación desde una perspectiva institucional. En los conceptos jurídicos indeterminados —finca ruinosa, alteración del orden público, justo precio, etc.— se exige al intérprete una labor de valoración y ponderación de las situaciones que debe considerar para alcanzar así una única solución, en cuanto sólo una resulta ajustada a Derecho. Por el contrario, los contenidos que puedan derivarse, por ejemplo, del artículo 128 de nuestra Carta Magna en modo alguno permiten una interpretación jurídica unívoca —como ocurre en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados—, sino valoraciones políticas diferentes (multívocas), siempre legítimas, de significados diferentes, aunque enmarcadas dentro de los límites que al respecto establezca el sistema constitucional³⁶.

La elaboración de principios por el Tribunal Constitucional es considerada en este orden peligrosa por cuanto las instituciones y conceptos sobre los que aquéllos dicen basarse resultan ambivalentes y sólo en sus límites extremos puede ser apreciable por el Tribunal Constitucional³⁷. En este sentido, ARIÑO ha afirmado que «es exigible en tales decisiones una cierta razonabilidad, una motivación económica, social o tecnológica que las justifique, pero el Tribunal Constitucional no puede ir muy lejos en ese control»³⁸. En su opinión, «no se alcanza a ver en base a qué legitimidad democrática o institucional puede decir el Tribunal al Parlamento en qué consiste la esencialidad de un servicio para la sociedad española»³⁹.

³⁵ Vid. G. ARIÑO ORTIZ, *Economía...*, cit., págs. 115 y ss., y J. M. GIMENO FELIU, «Sistema...», cit., pág. 205. En opinión de estos autores, toda Constitución contiene dos categorías de preceptos. Por un lado, unos que no dejan margen a la apreciación (los que consagran derechos de los ciudadanos, que establecen procedimientos y competencias, etc.), en relación a los cuales es posible el método de interpretación jurídica y su posterior control por el Tribunal Constitucional, y, por otro lado, otros preceptos que sólo pueden ser objeto de interpretación política pues «dependen de una decisión libre, casi soberana del Parlamento y en los que, por razones obvias, el juicio de derecho es inviable». Por lo que se refiere a estos últimos, «el control del Tribunal Constitucional no es posible, ya que ello implicaría sustituir las valoraciones políticas y crear situaciones nuevas, fruto de una distinta opinión política, función que claramente no le corresponde», siendo por ello «en principio inviable el posterior control constitucional». En idénticos términos, vid. J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo, Parte especial*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pág. 888.

³⁶ Vid. *Economía...*, cit., págs. 116 y ss.

³⁷ Vid. G. ARIÑO ORTIZ, *Comentario a las Leyes Políticas. La Constitución Española (artículo 128)*, vol. X, Edersa, Madrid, 1985, págs. 15 y ss., y, del mismo autor, *Economía...*, cit., págs. 115 y ss.

³⁸ Vid. «Servicio...», págs. 1316. Vid. también, con anterioridad, «La empresa pública», en vol. col. *El modelo económico en la Constitución Española* (Dir. F. GARRIDO FALLA), vol. I, IEE, Madrid, 1981, pág. 104.

³⁹ Vid. «Servicio...», cit., págs. 1316-1317. En idéntico sentido, aunque añade el comentario de «salvo casos límite», también se refiere BERMEJO VERA a la falta de legitimidad de-

3. *Efectos de la consideración del concepto de servicio esencial como concepto jurídico indeterminado. Posibilidad de un juicio de razonabilidad: la referencia inequívoca del concepto de servicio esencial a una realidad cualitativa constitucionalmente establecida*

Frente a la interpretación expuesta en el epígrafe precedente, un amplio sector doctrinal entiende que la *esencialidad* de un *servicio* es controlable por el Tribunal Constitucional, es decir, aceptado el margen de manobra del que dispone el legislador, la mayoría de la doctrina considera que se trata de un concepto constitucionalmente indeterminado pero determinable como cualquier concepto jurídico indeterminado y fiscalizable, en último término, en cuanto a la concurrencia en cada supuesto concreto, por el Tribunal Constitucional⁴⁰.

A nuestro modo de ver, sí cabe un control por parte del Tribunal Constitucional de lo que serían los límites mínimos e intrínsecos a la *esencialidad* de un *servicio*, concepto éste que opera, como decíamos, como límite de un derecho fundamental (el de huelga del artículo 28.2 o el contenido en el 37.2) y como presupuesto habilitante de la reserva a la titularidad pública de determinados servicios. La utilización de un concepto jurídico indeterminado como el de *servicio esencial* no quiere decir que se esté introduciendo un «concepto válvula» cuya correcta calificación depende, en definitiva, de la sensibilidad y, quizá, de la particular ideología de los intérpretes, sino que es posible concretarlo, situándolo en sus justos límites⁴¹. En consecuencia, la actividad interpretativa del legislador que consiste en otorgar un significado a una disposición constitucional no debe ser una actuación arbitraria y, como actividad racional que es, tiene unos límites lógicos, más o menos precisos, que no se pueden extravasar. Lo que resulta evidente es que en la interpretación que el legislador haga del concepto se realizan opciones, esencialmente valorativas, pues toda opción supone una preferencia y toda preferencia, *ex definitione*, entraña una valoración.

La mayoría de la doctrina es, como ya hemos señalado, favorable a admitir esta posibilidad de control por nuestro Tribunal Constitucional. GARCÍA LLOVET también defiende un control de constitucionalidad del concepto, pero no compartimos el planteamiento que hace por diversas razones:

mocrática del Tribunal Constitucional para imponer al Parlamento en qué consiste la esencialidad de un servicio. *Vid. Derecho...*, cit., pág. 888.

⁴⁰ *Vid.*, entre otros, L. M. CAZORLA PRIETO, «Artículo 128», cit., págs. 1893 y ss.; J. SALAS HERNÁNDEZ, «Energía», cit., pág. 870; del mismo autor, «La provincialización de servicios (iniciativa pública en la actualidad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)», en vol. col. *La Provincia en el sistema constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 207. En el mismo sentido, *vid.* R. ENTRENA CUESTA, «El principio...», cit., pág. 163; F. GARRIDO FALLA, «El modelo...», cit., pág. 65; J. A. GARCÍA DE COCA, *Sector...*, cit., pág. 109; J. M. SALA ARQUER, *Liberalización del monopolio de petróleos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 52; C. CHINCHILLA MARÍN, «Servicio público: ¿crisis o renovación?», en vol. col. *Régimen jurídico de los servicios públicos* (Dir. E. MALARET GARCÍA), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 86.

⁴¹ *Vid.* A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 101.

en primer lugar, porque parece mezclar el control de constitucionalidad sobre uno de los presupuestos de la *publicatio* (la esencialidad del servicio) con el control de la *publicatio* en sí; en segundo lugar, porque defiende que la categoría de *servicio esencial*, al contrario de lo que ocurre con la categoría de servicio público, se desenvuelve en un plano socioeconómico y no técnico-jurídico, algo que difícilmente sería compatible con la defensa de su control jurisdiccional⁴².

Un respaldo jurisdiccional a nuestra tesis puede encontrarse en diversas sentencias del Tribunal Constitucional. A título de ejemplo, citaremos la STC 189/1991, de 3 de octubre —recaída en relación a la antigua Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, de 18 de diciembre de 1987⁴³—, en concreto su FJ 3.º, así como el expresivo voto particular formulado por el Magistrado F. Rubio Llorente, en el que se sostiene, refiriéndose a la libertad de empresa (comprendida en el artículo 38 de la Constitución), que «esta libertad no impide, desde luego, como ya dijimos en STC 83/1994, la regulación del ejercicio de las distintas actividades empresariales, ni la *publicatio* de algunas de ellas (...) aunque, como es obvio, la *sustracción de una determinada actividad empresarial del ámbito de la plena libertad mediante su publicación sólo es posible* cuando esta restricción del derecho fundamental se justifique por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos y *sea proporcionada a esa necesidad*»⁴⁴.

En resumen, no compartimos la opinión de aquellos que han llegado a afirmar en relación a la noción de *servicio esencial* que «en el fondo, con dicho concepto se expresa una tautología que más o menos se podría expresar así: toda actividad económica que el legislador entiende que es esencial puede ser considerada en tal sentido»⁴⁵. Frente a esta opinión entendemos que, necesariamente, el concepto de servicio esencial ha de poder referirse de forma inequívoca a esa realidad cualitativa que comprende el concepto constitucionalmente manejado⁴⁶.

⁴² Vid. *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 187.

⁴³ Ponente: C. de la Vega Benayas.

⁴⁴ La cursiva es nuestra.

⁴⁵ Vid. J. M. GIMENO FELIU, «Sistema...», cit., pág. 206.

⁴⁶ Aunque desde la perspectiva de la *publicatio*, como ha expresado GÓMEZ-FERRER MORANT, la reserva de servicios esenciales está sometida a un juicio de razonabilidad —ponderar en qué medida la reserva de un sector está justificada desde la perspectiva del interés general—, pudiendo el Tribunal Constitucional fiscalizar «los supuestos en que el contenido de la ley es absurdo, ilógico o arbitrario» (vid. «La reserva...», cit., págs. 3826-3827 y pág. 3831); adecuación, referencia, que deberá poder ser enjuiciada en la revisión jurisdiccional a llevar a cabo, en su caso, de la ley que actualice la reserva. Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho...*, cit., pág. 254.