

LOS SERVICIOS PUBLICOS

Jorge Enrique Calafell.

La noción de servicio público, tuvo su origen en Francia y aparece como un criterio de interpretación, de la regla de separación de las autoridades administrativas de las judiciales, dado el problema de limitación de competencia de la jurisdicción administrativa y la forma como se interpreta la regla de la separación de la cual derivaba el fundamento y la razón por la cual dicha jurisdicción quedó instaurada, así como los motivos por los que se admitió que un derecho especial se aplicara en la administración.

Así fué, como a través de esta separación se elaboró todo un sistema doctrinal sobre la base del concepto de servicio público, al prohibir a los tribunales judiciales conocer de cualquier materia del contencioso administrativo.

A través del tiempo, se han asumido diferentes posturas con respecto a lo que debe entenderse por servicio público. Así pues tenemos a las teorías que dicen que el Estado no es mas que un conjunto de servicios públicos. Como principales exponentes tenemos a Leon Duguit y Gastón Jeze, para ambos el derecho administrativo no era otra cosa que el derecho concerniente a los derechos públicos, como Duguit⁽¹⁾ nos dice “El Estado no es como en cierto momento se creyó que era, un poder que manda, una soberanía: es una cooperación de servicios públicos organizada y controlada por los gobernantes”...” el fundamento del derecho público, es la regla de organización y gestión del servicio público”. Por su parte Gastón Jeze⁽²⁾ nos señala que “Habrá servicio público siempre que la administración satisfaga necesidades de interés general, mediante el procedimiento del servicio público, que implica un régimen jurídico especial de derecho público”.

Consideramos que este último autor, confunde el concepto de servicio público con el del regimen jurídico que lo regula.

Por otra parte, tenemos a las teorías que consideran que el servicio público es solamente una parte de la actividad del Estado estas teorías son las más modernas y las más aceptadas dentro de la doctrina del derecho administrativo. Nosotros nos sumamos a ellas pues es claro que no todo el servicio público es prestado por el gobierno,

(1) La transformación del Derecho Público. p. 52.

(2) Principios Generales del Derecho Administrativo. t, 11 vol. 1. Ed. Española, Buenos Aires Argentina.

aunque éste ejerza un papel policía sobre ellos, el Estado tiene una infinidad de actividades que no están relacionadas con las prestación de los servicios públicos.

En otro sentido, hay quienes han llegado a negar toda noción de servicios públicos. Tal es el caso de Berthelemy que nos dice que no puede haber una noción de servicios públicos, porque no hay una forma única de servicio público, sino formas muy variadas que implican profundas diferencias.

El profesor Marcel Waline⁽³⁾, nos dice que la noción de servicios públicos, pertenece a una noción funcional. Llamada así por Vedel, en contraposición a las llamadas nociones conceptuales, la noción conceptual corresponde a un concepto bien definido, por sus caracteres esenciales. Una noción funcional es una noción de la que uno se sirve para arribar a algún resultado, pero que quizá no corresponde a un concepto bien definido, se prefiere la existencia a la esencia poco importa si una noción corresponde a sus trazos esenciales, basta que sea posible valerse de ella. Lo cual demuestra que existe.

Según las consecuencias que se pretendan extraer, son distintas las nociones de servicios públicos que se adopten, por ejemplo, la noción de servicio público en el sentido de la Ley de 1946, sobre el estatuto de funcionarios. Esta Ley hace de la participación en el servicio público un elemento de la definición del funcionario público; es necesario participar en un servicio público para tener la calidad de funcionario.

Hay una segunda noción de servicio público en el sentido de la Ley de separación de las autoridades administrativas y judiciales; aquí éste concepto es utilizado como base para establecer cuando un asunto corresponde a los tribunales administrativos y cuando a los tribunales judiciales.

Por último, el servicio público es tomado en consideración por algunas sentencias, que lo vinculan a la posibilidad de una reglamentación administrativa más estrecha y menos respetuosa de las libertades públicas en relación a él, que con respecto a una actividad puramente privada. Esta es la noción que podríamos llamar de "lato-sensu".

En el primer sentido, con relación a la ley sobre estatutos de los funcionarios, la expresión servicio público, designa evidentemente una organización administrativa, compuesta de hombres, jerarquizada y disciplinada. Si el agente colabora en esta organización y además reúne otras condiciones, será un funcionario público.

Si nos colocamos desde el punto de vista de la jurisprudencia que determina, que los tribunales judiciales no pueden conocer de las cuestiones suscitadas por el funcionamiento del servicio público, dicho servicio aparece como toda la actividad del Estado que no es una gestión dominical. Toda la actividad del Estado que no constituye la gestión de su propiedad, de su patrimonio. No se trata ya más de una organi-

(3) Revista la Ley. "La noción de servicio público". Sept. 1954 T. 75. Buenos Aires Argentina.

zación de hombre, es una actividad, es lo que hacen los agentes del Estado; no es una organización sino su actividad.

Por último, si adoptamos la expresión de servicio público en el sentido de actividad susceptible de ser regulada administrativamente de manera más estrecha, con menos respeto de las libertades públicas que las actividades privadas habituales, vemos que la noción de servicio público se extiende no sólo a las actividades desarrolladas por el Estado o por las colectividades públicas, sino también a las actividades de las personas privadas, pero siempre que actúen en un interés público.

Caracterizado; así, es como nos encontramos frente a tres nociones diferentes de servicio público y debemos buscar entre éstas una intermedia que nos revele realmente lo que es un servicio público.

En primer término, la expresión "servicio público", evoca la idea de una actividad dirigida al interés público; por lo general se trata de suministrar prestaciones al público, como puede ser la distribución de agua potable en una ciudad o la enseñanza pública. En estos casos hay usuarios directos del servicio público. Pero el servicio público también puede ser rendido al público en forma indirecta, como es el caso en la ciudad de México, en donde el departamento del Distrito Federal, se encarga de la pavimentación de las calles sin tener una relación directa con el público, aunque éstas rutas construídas o conservadas tengan por usuarios al público, automovilistas y peatones. Por otra parte, el servicio puede ser prestado a la colectividad en su conjunto, en bloque, sin que haya usuarios particulares, como ocurre con el servicio de defensa nacional, que protege a la nación en su conjunto.

Por lo que se ha visto, no habrá un servicio público mientras no exista una actividad que se desarrolle en el interés general, ya sea a un usuario, a una categoría determinada de usuarios, ya a la nación en su conjunto.

Pero ésto no basta para determinar suficientemente el servicio público, pues ocurriría que cualquier actividad económica sería un servicio público, como los cafés, panaderías, cines, etc., así pues falta algo más. HAURIUO⁽⁴⁾ en el campo de la doctrina ha dado una definición adoptada por Corneille: "Servicio público es un servicio prestado al público por una organización pública".

Si por organización pública se entiende organización puesta en pie y administrada por una colectividad pública, la noción de muy amplia, se vuelve sumamente estrecha, pues muchos servicios públicos no son administrados por órganos administrativos, como es el caso de las concesiones de servicios públicos.

Así es, como esta definición ha quedado superada, puesto que la autoridad pública no tiene necesariamente siempre, la responsabilidad financiera, pero de la cual ella ha tomado la iniciativa y sobre la que, al menos, se ha reservado un control superior salvo naturalmente que la administre ella misma. Sobre todo formularemos dos proposiciones: o bien

(4) Revue de Droit Public 1923 P. 560.

1.- La administración administra y explota ella misma el servicio público y entonces tenemos lo que en la doctrina se le conoce con el nombre de un servicio público en "regie", lo que significa tomando al maestro Georges Vederl⁽⁵⁾ "un servicio público es explotado en regie (gestión directa) cuando la administración, no solamente asume en principio la dirección, sino que también se encarga por sí misma de la explotación del servicio, al hacerlo funcionar con sus propios bienes y sus propios agentes".

Profundizando un poco más en relación con este régimen, diremos que la gestión directa adopta dos formas: Simple ("regie simple") o Interesada ("regie interesse").

En relación con la gestión directa simple, podemos decir, que como características fundamentales tenemos: el personal es reclutado directamente por el Estado o por la persona pública a la que ha sido encomendado el servicio y puede presentar tres caracteres en ésta reclutación:

A) Puede tratarse de un personal de funcionarios (stricto sensu).

B) Puede ser un personal en régimen de Derecho Administrativo, pero que no tienen la calidad de funcionarios, ejemplo: agentes contractuales, personal en prácticas, auxiliares en comisión de servicios, etc. y

C) Puede ser un personal reclutado bajo el dominio del Derecho privado.....

Por lo que se refiere a los bienes utilizados por el servicio, se trata normalmente de bienes que pertenecen al Estado y están, bien bajo régimen de dominio público, bien bajo régimen de dominio privado, según el grado de afectación y de aprovechamiento que el bien represente en relación con el servicio.

En la gestión directa interesada se hace notar una semejanza con la gestión simple, en que es la administración misma la que, con la ayuda de una dirección reclutada por ella, hace funcionar el servicio. Se diferencia en que la persona o la sociedad colocada por la administración al frente del servicio está interesada financieramente en los resultados de la explotación. En esta figura hay quienes quieren ver un simil con la concesión, puesto que en ésta el concesionario está también interesado en el resultado de la explotación y normalmente, incluso son los resultados de la misma los que le proporcionan su remuneración; el maestro M. Waline⁽⁶⁾, resuelve esta confusión exponiendo que la diferencia reside en que "el gestor interesado está remunerado en una forma totalmente diferente a la del concesionario" ya que este encuentra su remuneración en los beneficios, mientras que el otro la encuentra en su participación en ciertos resultados de la explotación que no son auténticos beneficios. Así, la diferencia consiste en que el concesionario, es un empresario, mientras que el gestor interesado es un gerente cuyo celo se intenta estimular concediéndole primas de acuerdo con la buena marcha de la explotación.

2.- La administración se contenta, con tomar la iniciativa de crear una organización o de suscitar la creación de una administración cuya gestión estará quizá a car-

(5) Derecho Administrativo, Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid 1980. pp. 704-705.

(6) La noción de Servicio Público.

go de una sociedad privada, como en el caso de una concesión, pero reservándose los poderes generales de organización y sobre todo de contralor, en este segundo caso, puede suceder que intervenga también una persona moral de fin no lucrativo; Por otra parte, la administración se reserva siempre un poder de contralor estrecho sobre las personas de derecho privado que administren un servicio público.

El profesor M. Rolland⁽⁷⁾ da tres reglas que caracterizan el servicio público:

PRIMERA REGLA: Que se refiere a la continuidad del servicio. Si el servicio público actúa en el interés público, como tal, éste debe perseguirse cotidianamente, en forma regular y continua, sin intervenciones y ordenadamente.

La continuidad del servicio público supone en primer lugar, el funcionamiento puntual y regular del servicio a los usuarios, cuando la administración se encarga por sí misma de la gestión del servicio "en regie". Es ilegal que lo interrumpa salvo en caso de fuerza mayor. La interrupción del servicio, puede constituir una falta de tal naturaleza que implique una responsabilidad administrativa. Esta regla no extraña el derecho del usuario al mantenimiento del servicio, puede ser suprimido o modificado por vía reglamentaria al menos si su existencia y sus condiciones de funcionamiento no están garantizadas por la Ley; Cuando la gestión del servicio público, está asegurada por un concesionario, éste debe asegurar a toda costa la continuidad, aunque no sea remunerativo y aunque sufra un déficit.

Por último, durante mucho tiempo, en este principio se ha basado la prohibición de toda huelga de funcionarios.

SEGUNDA REGLA: Es la regla de la mutabilidad; esto significa que las condiciones en las cuales las prestaciones son suministradas al público, deben, no obstante todas las cláusulas contrarias; adaptarse a las necesidades del público. Esta regla significa desde el punto de vista cualitativo, que la administración puede imponer al prestatario del servicio, la adopción de cualquier adelanto técnico, de cualquier procedimiento nuevo, cuya utilización industrial se haya hecho posible.

TERCERA REGLA: Igualdad de los usuarios. Es aquella que asegura el cumplimiento de la obligación de procurar las prestaciones del servicio a toda persona que lo reclame, ajustándose a la reglamentación del mismo. El aspecto más importante que representa esta regla, está en la prohibición de los tratamientos de favor, pero esto no quiere decir, que no pueda haber a la par de la tarifa general, otra tarifa de carácter especial, siempre y cuando en ella se comprenda a más de un usuario.

Por otra parte el maestro Juan José Guaresti⁽⁸⁾ nos da ciertas peculiaridades del servicio público:

- A) Satisface una necesidad experimentada de manera uniforme por los individuos.
- B) Constituye una exclusividad y no un monopolio porque quien lo presta, no puede restringir la oferta ni aumentar voluntariamente su precio.

(7) Précis de Droit Administratif, 10 Ed. 1951.

(8) Revista la Ley "Los servicios públicos" Nov. 1954 T. 76 Buenos Aires, Argentina.

- C) Su explotación está gobernada en el propósito de alcanzar la dimensión social de la empresa (aunque ésta sea el mismo Estado), en lugar de la dimensión más económica (aunque la empresa sea privada).
- D) Requiere una inversión de capital por dependiente, funcionario empleado u obrero más alta que las propias de la actividad privada destinada a satisfacer necesidades de experimentación diferenciada de individuo a individuo, o sea las típicas de la competencia de calidades.
- E) El Estado establece las condiciones y modalidades de su prestación.
- F) Cuando el servicio es prestado directamente por el Estado, pero su retribución se maneja en forma indirecta, el precio se denomina impuesto; Si el servicio es prestado por el Estado y su retribución es efectuada directamente por el usuario, el precio se denomina tasa. Cuando el servicio público ya declarado como tal; es ejecutado por un ente privado, o por una empresa del Estado que actúa como si fuera privada y es abonado directamente por el usuario, el precio se denomina tarifa.

Algunos autores como Marienhof⁽⁹⁾, señalan como característica esencial de los servicios públicos, también la obligatoriedad, ya que de nada servirían éstas particularidades, si no debe prestarlo o realizarlo quien estuviere obligado a ello. La negativa a prestar el servicio debe tenerse como una falta gravísima.

Muchas de nuestras leyes que regulan diversos servicios públicos, señalan como causa de la caducidad del servicio, no prestarlo cuando es solicitado, siempre y cuando no medie una causa justificada.

Obviamente que la nota o característica de obligatoriedad se encuentra referida a quien debe prestar el servicio y no al usuario a pesar de que hay determinados servicios públicos obligatorios para el usuario.

CONCEPTO ORGANICO Y FUNCIONAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.

En su origen se consideró como un servicio público, toda la actividad que el Estado desarrollaba, cuyo cumplimiento era menester asegurarlo, regularlo y controlarlo por los gobernantes. El hecho de asimilar como servicio público toda la actividad estatal, evidentemente que sólo podía prestarse por los órganos estatales, de ahí que en su origen la prestación de un servicio público sólo podría ser realizado por el Estado. Sin embargo actualmente, la doctrina admite que el servicio público pueda ser prestado, por personas o entes particulares o privados, dando lugar con ello, a que el servicio público, sea analizado desde el punto de vista de su naturaleza, prescindiendo de quien sea el que lo presta. Con motivo de la transformación del concepto, actual-

(9) Tratado de Derecho Administrativo, T. 11. Ed. Abelido Perrot. Buenos Aires, Argentina.

mente existen dos criterios fundamentales: El orgánico y el Funcional, para determinar que debe de entenderse por servicio público.

El criterio orgánico, siguiendo al maestro Hamdan Amad⁽¹⁰⁾ caracteriza al servicio público en atención al ente o persona que lo satisface o realiza; de ahí que sólo se concidera servicio público, la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o indirectamente por medio de concesionarios.

El criterio material o funcional, define o caracteriza al servicio público, en razón a la índole de la necesidad que por ese medio o con esa actividad se satisfaga, independientemente de quien lo preste o realice (administración pública o particulares). Siempre y cuando la necesidad a satisfacer reúna determinadas características.

Visto lo anterior, podemos decir que el elemento "público" de la locución "servicio público". No se refiere al ente o persona que lo realiza o presta, sino que se refiere al destinatario del mismo, es decir a quien dicho servicio va dirigido. Servicio público no es otro que servicio para el público.

En nuestro país, el criterio que predomina es el mixto, pues sólo existe servicio público en sentido estricto cuando es prestado por la administración pública en forma directa o bien a través de concesionarios (criterio orgánico) y además cuando la prestación recaiga sobre una actividad que interese a toda la colectividad como una necesidad derivada de la vida en común (criterio material). En nuestro derecho, la actividad que desarrollan los particulares sin que medie concesión por parte de la autoridad administrativa no es calificada como servicio público, sino en todo caso, como una actividad privada de interés público la cual queda sujeta, en mayor o menor grado, dependiente de la importancia de la actividad, a un régimen de policía administrativa, severo y minucioso, como medida para salvaguardar los intereses de la colectividad que se pretenden proteger mediante el ejercicio de tal actividad.

SERVICIOS PUBLICOS PROPIOS E IMPROPIOS

Siguiendo al Dr. Rafael Bielsa⁽¹¹⁾, son servicios públicos propios, "los que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario; servicios públicos impropios son aquéllos que tienen en común con los propios el satisfacer en forma más o menos continúa necesidades colectivas, pero no es el Estado quien lo presta, ni los concede, sino tan sólo los reglamenta. Entre estos servicios están no pocos de los llamados de interés públicos o de necesidad pública".

Marienhorr⁽¹²⁾, Al respecto nos dice "el servicio público impropio constituye, pues una actividad privada situada entre las actividades públicas y el comercio priva-

(10) Revista de Investigaciones Jurídicas. "Elementos y Carácteres propios del servicio público y su ubicación dentro del derecho positivo mexicano". Año 3 núm. 3. Méx. D.F. 1979.

(11) Derecho Administrativo. T.I. 5a. Edit. Depalma. Argentina.

(12) Ob. cit. p. 18.

do puro y simple lo cual le atribuye caracteres singulares que justifican un correlativo tratamiento jurídico”.

La actividad del comerciante, especialmente la del que se dedica al tráfico de artículos de primera necesidad (alimentos, medicamentos, etc.) tiene una substancia tal, que trasciende lo meramente privado para penetrar en lo social, saliendo así del estricto ámbito “privado” para ubicarse en una forma francamente regulada por el Derecho público. En muchos casos hallamos, que la actividad del comerciante implica un verdadero servicio público impropio; es lo que ocurre con las farmacias y aún con los de venta de artículos alimenticios de primera necesidad, al por menor. En ambos supuestos tratándose de actividades vinculadas con necesidades vitales de la colectividad.

El servicio público, no es simplemente, un concepto jurídico; es ante todo, un hecho, una realidad, las manifestaciones de la autoridad pública, declarando que tal o cual actividades un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general.

Tal declaración cuando ella concuerda con la realidad, tendrá indiscutiblemente, su valor en el orden jurídico. Pero ello no obsta a que, dada su naturaleza, y aún a falta de toda declaración estatal, existen ciertos servicios públicos “virtuales” u “objetivos” como acaece con los llamados servicios “impropios” a que hice mención, a los que entonces corresponde aplicarle directamente el tratamiento que para esos supuestos reconoce o establece la ciencia jurídica.

Por otra parte, hay quienes critican la existencia del servicio público virtual, como es el caso del Dr. Manuel María Díez⁽¹³⁾, ya que ello implicaría que la administración pudiese imponer en ciertas condiciones, al particular obligaciones propias y ordinarias de aquellos que realizan propiamente la prestación de un servicio público.

Agrega que la teoría del servicio público virtual, es una noción subjetiva, vaga y arbitraria, ya que presenta el peligro de que la administración, subrogándose de una facultad propia del órgano legislativo, en lugar de limitar la creación de servicios públicos, tiende a facilitarla; además de que en cualquier momento el Estado pueda erigir en servicios públicos, cualquier actividad privada, en perjuicio de los derechos de los particulares, un ejemplo de este peligro se encuentra en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, pues prácticamente deja al arbitrio de la autoridad administrativa calificar, cuando se está en presencia de una necesidad colectiva y en consecuencia convertirla en actividad sujeta a concesión.

De aquí se desprende que de aceptar la teoría de Marienhoff, queda al capricho, en algunos casos, del órgano legislativo ordinario y en otros del órgano ejecutivo, calificar cuando una actividad tiene el carácter de necesidad colectiva o de interés general y por ende, sujeta a un régimen de servicio público, constituyéndose, en una

(13) Derecho Administrativo. T. III. Ed. Bibliográfica. Argentina. 1967.

actividad reservada al Estado, quien graciosamente puede o no concederla a particulares, para su prestación, mediante el acto de concesión.

Los llamados servicios públicos impropios se han denominado en doctrina: Actividades Individuales de Interés Público.

Es innegable que la actividad de interés público tiene una relevancia que trasciende los términos estrictos de interés privado, pero creemos que ésto no basta para deducir que tales actividades constituyen lo que propiamente se denomina servicios públicos.

Por otro lado, Marienhoff se pregunta, si la necesidad o el interés que se satisfacen mediante el servicio han de ser de carácter "colectivo" entendiéndose por tal palabra no necesariamente la población entera, sino es suficiente, que una parte de ella sienta la necesidad para cuya satisfacción se creó el servicio y agrega que tal necesidad debe de derivar de la vida en comunidad y que la necesidad sentida o apetecida, para que tenga el carácter de colectivo se origine de la vida comunitaria, difiere de la postura adoptada por la doctrina y señala que: "no debe referirse a circunscribirse aquí el concepto de necesidad al hecho de que tal necesidad responda a un requerimiento de la vida en comunidad".

Ahora bien, el maestro Díez, refuta lo dicho por Marienhoff, sobre el alcance que éste pretende darle al concepto de necesidad colectiva, señalando que la idea de interés general se encuentra en todas las actividades públicas, sean o no servicios públicos y en éste sentido los agentes públicos deben de obrar siempre en interés general. Por otra parte, la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado. Por ello se ha dicho que lo que caracteriza al servicio público desde este punto de vista, es que la satisfacción de una necesidad de interés general constituye el objeto de su creación.

Una necesidad se convierte en servicio público, cuando los poderes públicos deciden asumirla para dar satisfacción a una necesidad de interés general, que sin esa intervención sería insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha.

La necesidad de interés general que se trata de llevar mediante el procedimiento de los servicios públicos, es la que resulta de la vida del hombre en la sociedad.

Analizando estas dos posturas, podemos decir que la de Marienhoff, refleja la tendencia cada vez mayor a una socialización de aquéllas necesidades que afectan o pueden afectar a la colectividad de nuestro país, dado el interés general que existe en disminuir las diferencias económicas entre los diferentes estratos sociales. Desde nuestro punto de vista, uno de los propósitos del servicio público es evitar crisis en la sociedad por la falta o escasez de éstos, dadas las necesidades imperantes de nuestra sociedad y puesto que el hambre se ha convertido en una verdadera amenaza sobre todo, en ciertas marginadas de nuestra población, no vemos muy descabellada, ni muy distante la idea de que la alimentación en general sea regulada por un servicio público.

Un ejemplo de esta tendencia socializante, la tenemos en la creación del INFO-NAVIT, organismo público descentralizado por servicio, que desde 1972, tiene por objeto proveer a la clase trabajadora de una vivienda “digna” de interés social, lo cual no nace de la vida en sociedad. La prestación del servicio social de proporcionar vivienda, actualmente no es originaria del Estado, por lo que no se requiere la obtención de una concesión para dedicarse a tal actividad; se requiere solamente de permisos y autorizaciones, las cuales son exigidas por las leyes aplicables. En este ejemplo no se trata de una actividad totalizadora o monopolizante, por parte del Estado, éste ha asumido tal función, paralelamente con los particulares, como un imperativo categórico social del fin último que justifica su existencia: EL BIEN COMUN.

En cambio, la postura de Díez es evitar un aumento de las atribuciones del Estado y su intervención en las actividades en las que, hasta ahora todavía tienen ingerencia los particulares, o sea una actitud limitante de las atribuciones estatales.

No obstante la discrepancia entre ellos, coinciden, independientemente de la interpretación del concepto de “necesidad colectiva”, que para que un servicio público merezca tal categoría jurídica, es menester que sea calificado como tal por el Estado, difiriendo en que el maestro Díez exige, que sea a través de una ley formal (Órgano Legislativo), en tanto que a Marienhoff le basta con que provenga del Órgano Ejecutivo, mediante decreto.

DISTINCION ENTRE FUNCION PUBLICA Y SERVICIO PUBLICO

Siguiendo al maestro Zanobini⁽¹⁴⁾, nos dice que la función pública representa el ejercicio de una potestad pública, entendida ésta como una esfera de la capacidad del Estado, o sea, del ejercicio pleno de una soberanía, en tanto que el servicio público representa, por su parte, actividades materiales, técnicas incluyendo su producción industrial puesta a disposición de los particulares para ayudarlos a conseguir sus fines.

Por otra parte, el profesor Rafael Bielsa⁽¹⁵⁾, afirma que en principio la distinción entre función y servicio público se encuentra en que, en el primer caso es abstracta y general en tanto que en el segundo es concreta y particular, agregando que entre las funciones esenciales del Estado, se encuentra la defensa de la soberanía, la de asegurar la paz interior y la de promover el bienestar general. La función, concluye es un concepto institucional y el servicio público actualiza y materializa la función.

Otro autor como Díez⁽¹⁶⁾, señala que hay ciertas funciones esenciales o inherentes a su calidad de Estado y que no se concibe la existencia sin su ejercicio directo. Por ejemplo, la defensa nacional, el poder impositivo, la seguridad interior, la admi-

(14) Curso de Derecho Administrativo, Ed. Aranyu Vol. I.

(15) Ob. cit. p. 475.

(16) Ob. cit. p. 188.

nistración de justicia, etc; no es factible dice, que puedan ser encomendados a los particulares, ni aún con el carácter de concesionarios por ser indelegable. En resumen, indica que “en la actividad de la administración es imposible distinguir la función pública del servicio público, ya que mientras la actividad del Estado, la legislación y la justicia, se caracterizan siempre por ser ejercicio de una función pública, la actividad administrativa comprende además del ejercicio de la función pública, el de los servicios públicos.

Es necesario limitar el concepto de servicio público solamente a algunos aspectos de la actividad administrativa y contraponerle el concepto de función pública, como forma superior de manifestación de la misma actividad”.

Como se puede apreciar, el criterio que permita distinguir ambos conceptos es trascendental, ya que permitirá decidir si se está o no en presencia de un servicio público y a cargo de quien queda su prestación.

Por lo contingente y mutable de ambos conceptos, el criterio que debemos seguir para servirnos de base, para determinar si un servicio público, debe ser prestado por la administración o si podrá serlo por los administrados, es el relativo a la determinación, en cada caso en particular, si la actividad apareja la idea de soberanía como en los casos de defensa nacional; la policía seguridad, etc. En tanto que si la actividad no afecta ni interesa en forma contundente la idea de soberanía, el servicio público puede ser prestado por los particulares.

REGIMEN JURIDICO DEL SERVICIO PUBLICO

La mayoría de los autores, coinciden en apuntar que el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos, es primordialmente, un régimen de derecho público, y tal es el caso en nuestro país, como se desprende del artículo veintitres, párrafo primero e la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, que ordena: “Para los efectos de ésta Ley, se entiende por servicio público, la actividad organizada que se realice conforme a las leyes o reglamentos vigentes en el Distrito Federal...”

Por otra parte, el servicio público es una creación del Estado el cual atiende, a su organización y funcionamiento con los elementos legales y materiales que les son necesarios.

Las formas que reviste el servicio público, actividad y prestaciones son variadas en nuestra legislación; ya sea en forma centralizada, es decir atendida directa o indirectamente por la administración pública, o en forma descentralizada en entes públicos que asumen el servicio, o por medio de empresas de participación estatal, y por los propios particulares cuando se trata de una concesión. Para éste último caso, el Estado los rodea de las mismas seguridades y prerrogativa del poder público, sin destruir sus propósitos comerciales e industriales y reconociendo el derecho de los usuarios. En cuanto a las relaciones del prestador del servicio con el usuario, su rela-

ción se regula preponderantemente por el derecho público, pues el prestador del servicio está sujeto a un régimen de tarifas, a un conjunto de términos y condiciones relativos a la materia y forma de prestar el servicio, los cuales no pueden entrar en discusión o transacción con los usuarios, o sea, legalmente carecen el prestador del servicio de la autonomía de la voluntad (propia del derecho privado en materia contractual), para discutir y convenir con el usuario los elementos esenciales de la manera y términos de prestar el servicio pues ello le es impuesto unilateralmente por el Estado.

Ahora bien, debemos añadir que el régimen de derecho público como se ha visto, implica una situación exorbitante con respecto a los particulares. El servicio público debe ser legalmente dotado de medios excepcionales del derecho común y gobernado por procedimientos de derecho público, como poder de policía.

La segunda parte del artículo, ya citado, agrega: “la declaración de que una determinada actividad constituye un servicio público, implica que la prestación de dicho servicio es de utilidad pública. El ejecutivo federal podrá decretar la expropiación limitación de dominio, servidumbre u ocupación temporal de los bienes que se requieran para la prestación del servicio”.

Por último, citaremos al maestro Julio Oyhanarte⁽¹⁷⁾, “El Estado como poder que manda, y dá órdenes y en ejercicio de su soberanía dispone de medios poderosos para actuar a través de sus órganos, los cuales están delimitados por su competencia”.

Ahora veremos lo que nos dice el profesor Agustin A. Gordillo⁽¹⁸⁾ “La característica más específica del régimen jurídico especial de los servicios públicos es que los hombres que trabajan en él carecen del derecho de huelga, pues la huelga implica la suspensión del servicio y se considera precisamente que el Estado debe asegurar su continuidad”.

La necesidad de asegurar el funcionamiento y con ello la continuidad del servicio, determina además, que:

- A) LA fuerza pública preste apoyo especial a su prestación.
- B) Que quien preste el servicio pueda pedir al Estado que expropie bienes útiles a su gestión.
- C) Que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio indemnizando en el primer caso.
- D) Que los contratos se asocien en particular al funcionamiento del servicio, sean contratos administrativos.
- E) Que se organice el poder de percibir tasas en contraprestación por el servicio.
- F) Que el monto de las tasas esté sujeto a la autorización o aprobación del poder público.
- G) Que en ciertos casos la prestación sea obligatoria para los particulares.

(17) La expropiación de los servicios públicos, Ed. Perrot. T. 1. Buenos Aires 1957 P. 102.

(18) Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Instituto de estudios de administración local, Madrid España. 1984. P. 565.

- H) Que eventualmente, el servicio sea monopólico, esto es, que no se admita la libre competencia de los particulares para realizar la actividad del servicio público.
- I) Que toda cuestión vinculada al mismo corresponda (en doctrina al menos) a la jurisdicción contencioso administrativa.

SERVICIOS PUBLICOS COMERCIALES E INDUSTRIALES

En los últimos tres sexenios se ha visto claramente el intervencionismo que el Estado ha venido ejerciendo sobre las actividades particulares, esto se observa bajo una intensa actividad industrial y económica, que el Estado ha organizado bajo la forma de servicios públicos, escudándose cómodamente en que esta intervención se debe al apremiante “interés general”, esta actitud, se ha visto también favorecida por el mismo sector privado al abandonar un gran número de empresas incluyendo las de servicios por causa de una irrefutable pérdida de confianza en el gobierno, por las medidas de política económica (en particular), que no han sido muy atinadas y han producido resultados fatídicos, originando un gran desaliento empresarial y su correlativa fuga de capitales.

Existen también quienes argumentan, que esta intervención del Estado se ha visto forzada por los particulares, al no poder, éstos, contar con una infraestructura económica lo suficientemente poderosa para poder producir en escala ascendente y para la movilización de grandes volúmenes de materias primas o de artículos de primera necesidad; Contrariamente a esto, nuestra opinión es que en México si existe una gran capacidad económica en manos del sector privado, para realizar ésta y muchas más actividades, lo que no existe es el apoyo y la seguridad necesaria para este sector por el riesgo de su capital invertido.

Ahora bien, la teoría del servicio público se puede aplicar a aquellas actividades en que el Estado considera necesario sustituir a los particulares, como dice el maestro Serra Rojas⁽¹⁹⁾ “Es frecuente en otras legislaciones, que figure al lado de los servicios públicos administrativos, los servicios públicos industriales y comerciales, como acontece en las resoluciones del Consejo del Estado Francés”.

Debido a la importancia que reviste este tema, profundizaremos un poco más, según la postura Francesa, siguiendo al profesor George Vedel⁽²⁰⁾. “Durante largo tiempo el servicio público ha revestido un aspecto casi único, o sea, el de un servicio explotado por la administración según formas autoritarias de acuerdo con las tradiciones de la jerarquía administrativa. Estos servicios continúan siendo importantes en nuestra administración y para ellos se reserva el nombre de servicios públicos ad-

(19) Derecho Administrativo. T. 1 9a. ed. Méx. 1979.

(20) Ob. cit. pp. 695 y sigs.

ministrativos. Pero a medida que se amplió la intervención del Estado, aparecieron servicios públicos de un nuevo tipo, que exigían se flexibilizaran respecto a ellos, las reglas tradicionales del Derecho Administrativo. La jurisprudencia consagró esta noción de servicios públicos industriales y comerciales, que funcionan en condiciones análogas a las del derecho privado, en una resolución de principio del tribunal de conflictos (22 de Enero de 1921).

Este asunto se refería a un servicio de transportes organizado por una colonia y a los problemas de competencia que se presentaban en relación con un litigio surgido con ocupación de este transporte. El tribunal de conflictos decidió que se trataba de UN SERVICIO PUBLICO INDUSTRIAL Y COMERCIAL, y que por consiguiente, este servicio, que funcionaba en condiciones análogas a las de los organismos privados similares, era en cuanto a su contencioso, de la competencia de los tribunales judiciales”.

Por otra parte, la definición de los servicios industriales y comerciales es extremadamente delicada, se puede contar en primer lugar, con los términos empleados por el legislador, el cual ha utilizado a veces, un poco a la ligera, las expresiones “Con carácter industrial y comercial” para designar simplemente en algunas hipótesis, servicios que no obedecen a las reglas de contabilidad administrativa.

La jurisprudencia no se ha adherido nunca a este criterio racional y ha sostenido un criterio esencialmente empírico, el cual se refiere al objeto del servicio y a las condiciones generales en que funciona. Tiene en cuenta la naturaleza del servicio, su organización, sus condiciones de funcionamiento, sus relaciones con los usuarios y, si aparece que el conjunto de estas condiciones se asemeja al servicio de una empresa privada, se le reconoce la naturaleza de servicio público de carácter industrial y comercial.

En forma general se puede decir que quedan fuera de este carácter, los servicios que su creador, legislador o gobierno, ha querido mantener bajo un régimen de derecho público. En cuanto a las consecuencias de la naturaleza industrial y comercial del servicio, vemos que toda su teoría se concreta en dos términos: Se trata de un servicio público, pero funciona siguiendo las normas de la industria y el comercio, por lo que, como se desprende de esto, las reglas fundamentales del servicio público le siguen siendo aplicables, como son las de la continuidad, la de la igualdad y la de la adaptación. Por el contrario, existen otras reglas que son profundamente modificadas, por razón del carácter industrial y comercial del servicio. En primer lugar, tenemos a la regla de organización y funcionamiento del servicio, igualmente por definición, el servicio no puede ser gratuito, al contrario de lo que ocurre con la mayor parte de los servicios administrativos.

Por otro lado, las reglas de competencia contenciosa son particulares y ello da lugar, evidentemente, a un reparto entre el derecho público y el privado del régimen jurídico aplicable. Por lo que:

- A) Siguen sometidos a un régimen de derecho público y dependen del contencioso administrativo:
- 1) Los reglamentos de organización del servicio entendidos en un sentido bastante general, para incluir en ellos el estatuto del personal y aún cuando el reglamento proceda de una persona PRIVADA que administre el servicio.
 - 2) Las decisiones relativas al personal de dirección general y al jefe de contabilidad, cuando tiene la calidad de agente público.
- B) Por el contrario, en principio, dependen del derecho privado y en cuanto a lo contencioso, a los tribunales judiciales:
- 1) Las relaciones del servicio con el personal que no sea el de dirección general ni el de dirección contable. Sin embargo, puede ocurrir que, en virtud de textos especiales, la totalidad o parte de este personal tenga la calidad de funcionario público.
 - 2) Los contratos entre el servicio y los usuarios, tienen siempre el carácter de contratos de derecho privado, aún cuando contengan cláusulas exorbitantes del derecho común.
 - 3) La responsabilidad del servicio para con los usuarios está vinculada con la ejecución del contrato de derecho privado que se ha producido entre éstos y el servicio. Está pues, regida siempre por las reglas de derecho privado y puede ser planteada sólo ante los tribunales judiciales, incluso cuando el hecho dañoso esté relacionado con una obra pública.
 - 4) Por lo que se refiere a la responsabilidad frente a terceros, obedece en principio, a las mismas reglas salvo cuando el daño es imputable a una obra pública. Si el servicio está administrado por una persona privada, (Sociedad del Estado, sociedad de economía mixta), son aplicables todas las reglas de fondo y de competencia del Derecho Privado y de Derecho Mercantil, incluyendo las que rigen las vías de ejecución, y llegado el caso de quiebra. Por el contrario, si el que administra el servicio es un funcionario público, las soluciones son más matizadas. Se aplican las reglas relativas a la competencia mercantil o laboral. En cambio no parece que las vías de ejecución del derecho privado, y llegado el momento, el procedimiento de la quiebra, puedan ser empleados contra el establecimiento público, aunque tenga un alto grado de comercialización.

En nuestra legislación administrativa, el régimen de los servicios públicos industriales y comerciales, se rige por un sistema mixto de Derecho Público y de Derecho Privado.

Aún en los organismos paraestatales, se permite en algunos casos, la aplicación del Derecho Privado en las relaciones de la institución con los particulares. El modelo para estas empresas públicas ha sido la empresa privada, con su tradicional régimen económico y financiero que personifica una actividad semejante para la administración.

CLASIFICACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

La doctrina no se ha puesto de acuerdo con uniformar una clasificación de los servicios públicos, estimamos que una de las razones podría ser por la subjetividad que encierra ésta noción, sin embargo, el maestro García Oviedo⁽²¹⁾ nos brinda una que es la más sistematizada:

- A) Por razón de su importancia, los servicios públicos se dividen en:
 - Esenciales, que se relacionan con el cumplimiento de los fines del propio Estado (defensa nacional, policía, impartición de justicia, etc) y
 - Secundarios.
- B) Según si las entidades públicas están o no obligadas a prestarlos, en:
 - Necesarios, y
 - Voluntarios
- C) Por razón de su utilización en:
 - Obligatorios, que se imponen a los particulares por motivo de interés general, y
 - Facultativos, su caso queda a la libre voluntad del usuario
- D) Por razón de su competencia, se dividen en:
 - Exclusivos, estos sólo pueden ser atendidos por entidades administrativas o por encargo de éstas, y
 - Concurrentes, se refieren a necesidades que también satisfacen el esfuerzo particular.
- E) Por la persona administrativa de quien dependen. Se dividen, de acuerdo con nuestro marco jurídico, en:
 - Federales, que pueden ser:
 - Exclusivos, Concurrentes, Concurrentes con los particulares, Concurrentes con las demás entidades
 - Locales
 - Municipales
 - Internacionales.
- F) Por razón del usuario se clasifican en:
 - Generales, consideran los intereses de todos los ciudadanos, sin distinción de categorías y
 - Especiales, éstos solo se ofrecen a ciertas personas en quienes concurran algunas circunstancias determinadas
- G) Por la forma de aprovechamiento se dividen en:
 - Uti-Singuli, es decir, mediante prestaciones concretas y determinadas y
 - Uti-iniversi, que son las que se satisfacen de una manera general e impersonal.

(21) Derecho Administrativo T. 1. Madrid España 1955.

- H) Por las maneras como se satisfacen las necesidades colectivas, los servicios públicos pueden ser:
 - Directos, o
 - Indirectos;
- I) Por su composición pueden ser:
 - Simples, cuando son únicamente servicios públicos y
 - Mixtos, cuando son servicios públicos montados según normas de Derecho Privado.
- J) Por su carácter económico, se dividen en:
 - Gratuitos, y
 - Lucrativos
- K) Según su campo de acción que corresponde a la administración pública o a los particulares, se clasifican en:
 - Propios, o
 - Impropios.

RELACIONES ENTRE EL CONCEPTO DE EMPRESA PUBLICA, POR UN LADO, Y LOS CONCEPTOS DE ESTABLECIMIENTO PUBLICO Y DE SERVICIO PUBLICO, POR OTRO:

Debido a la importancia de las figuras de empresa y establecimiento público, en el Derecho Administrativo relacionándolo con el tema que nos ocupa, resumiremos las aportaciones del profesor Vedel⁽²²⁾ sobre esta materia.

Es innegable que existe una íntima relación entre éstos conceptos, por ejemplo, entre empresa pública y establecimiento público, tenemos que, una empresa pública tiene siempre la personalidad moral. Pero esto puede ser, bien en el marco del establecimiento público, en el de la sociedad, o excepcionalmente en el de una entidad sui generis.

Muchas empresas públicas tienen un objeto de servicio público que, en numerosos casos, existía ya desde antes de su creación (ferrocarriles, gas, electricidad, etc.). Pero en muchos otros casos, no hay servicio público captable (sector petrolífero, sector minero, etc.).

La coincidencia entre servicio público y empresa pública no es, pues, necesaria: Todo servicio público no corresponde evidentemente a una empresa pública y no toda empresa pública administra un servicio público.

La empresa pública supone, sin embargo, el impulso y el control del Estado con fines de interés general, con exclusión de una apropiación privada. No constituyen, por tanto, empresas públicas las empresas que pertenecen en su totalidad o en forma

(22) Ob. cit. pp. 638 y sigs.

mayoritaria a personas privadas, aunque colaboren estrechamente con la administración y estén situadas bajo su control.

Se da el caso, también, en que determinadas empresas públicas suministren un servicio público, bajo el régimen de concesión. En este caso, el impulso y el control del poder público están asegurados, no sólo por el estatuto propio de la empresa, sino también por las prerrogativas de la autoridad concedente.

Tenemos que hacer notar, que en nuestra legislación, ésta última hipótesis no se puede dar, dado que las empresas públicas forman parte integral de la Administración Pública Federal Paraestatal.

BIBLIOGRAFIA

- Bielsa Rafael. Derecho Administrativo. T. 1 5a. ed.
Edit. Depalma. Buenos Aires, Argentina 1955.
- De Laubadere Andre. Tratado Elemental de Derecho Administrativo.
- Diez Manuel Maria. Derecho Administrativo, T. III, Edit. Bibliográfica.
Argentina 1967.
- García Oviedo. Derecho Administrativo. T.I. Madrid, España 1955.
- Gastón Jeze. Principios Generales del Derecho Administrativo. T. II. Vol. I. Edit.
Española, Depalma Argentina. 1968.
- Guaresti Juan José. Los Servicios Públicos. Rev. La Ley. Nov. 1954. No. 76.
Argentina.
- Guido Zanobini. Curso de Derecho Administrativo. Edit. Aranyu Vol. I.
- Gordillo Agustín. Teoría Gral. del Derecho Administrativo. Edit. Instituto de
Estudios de Administración Local. Madrid, España 1984.
- Hamdan Amad Fauzi. Elementos y Caracteres Propios del Servicio Público y su
Ubicación dentro del Sistema de Derecho Positivo Mexicano, Ref. de
Inv. Jur. UNAM, año 3 Núm. 3. Méx. D.F.
- Hauriou Maurice. Principios de Derecho Administrativo y de Derecho Público.
10a. Ed. Paris, Francia 1925.
- Marienhoff M. S. Tratado de Derecho Administrativo. T.II. Edit. Abeledo Perrot.
Argentina.
- Oyhanarte Julio. La Expropiación de los Servicios Públicos. T. I. Edit. Perrot.
Argentina. 1973.
- Rolland M. Precis de Droit Administratif 1951.
- Serra Rojas. Derecho Administrativo. Edit. Porrúa México 1979.
- Vedel Georges. Revue de Droit Public. 1923.
- Waline Marcel. La Noción del servicio público. Rev. La Ley. Sept. 1954. No. 75.
Argentina.