

LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Servicio público: legitimidad y satisfacción del interés general.* II. *La necesidad de una revisión del concepto de servicio público.* III. *El servicio público y otras actividades económicas de las personas gubernamentales.* IV. *Origen del concepto.* V. *El servicio público y la legitimidad estatal.* VI. *Noción jurídica del servicio público.* VII. *La evolución del servicio público.* VIII. *La escuela realista.* IX. *Diversas definiciones de servicio público.* X. *Diversos enfoques del concepto de servicio público.* XI. *Nuestra postura.* XII. *Elementos del servicio público.* XIII. *¿Crisis del servicio público?*

I. SERVICIO PÚBLICO: LEGITIMIDAD Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

En principio, el servicio público está vinculado con un régimen jurídico exorbitante con respecto al derecho civil, lo que hace que éste posea una referencia directa a la dicotomía tradicional del derecho administrativo del gobernante confrontado con el gobernado o la administración pública frente al administrativo.

Esta concepción clásica pierde vigencia en una época en la que la gobernabilidad de las sociedades exige una interacción del ciudadano con las autoridades, en las que estas últimas no son las únicas que definen el bien público, ni son las responsables exclusivas de conseguirlo.

La pretensión estatista de nacionalizar los servicios públicos como forma idónea para garantizar la prestación de los mismos también hace crisis, ya que la gran organización pierde legitimidad frente a la sociedad

cuando es incapaz de ser eficiente y eficaz. No basta con que se ofrezca el servicio, sino que éste debe satisfacer realmente a la sociedad, que cada día es más exigente.

Entonces, la discusión teórica de la noción del servicio público, en principio, puede ubicarse entre dos extremos: quienes conciben al Estado esencialmente como un prestador de servicios públicos, incluso cuando ejerce actos de autoridad, y quienes definen al Estado como una autoridad capaz de excluir cualquier actividad económica del mercado y convertirla en pública, sin que necesariamente en ninguno de los extremos se garantice la satisfacción del interés público

El desarrollo del derecho administrativo permite identificar la diversidad de actividades estatales y la clasificación de las mismas; asimismo, ayuda a distinguir entre las personas jurídicas tanto orgánica como funcionalmente, con lo que es posible concebir al servicio público en forma opuesta a la tradicional, sin tener que renunciar a esta noción y alegar ambigüedad del concepto “interés público”.

El supuesto inicial de cualquier teoría del servicio público es que el interés público es siempre superior al privado; sin embargo, conviene agregar que si en la búsqueda del interés público no se consigue la satisfacción de los intereses individuales y concretos, se corre el riesgo de desviar el sentido de esta actividad estatal.

II. LA NECESIDAD DE UNA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

Desde mediados del siglo XX, los autores convienen en las dificultades que presenta definir suficientemente la noción de servicio público y han propuesto varios criterios: orgánico, material, jurídico, técnico y formal.¹

¹ Algunos de los principales autores mexicanos de la segunda parte del siglo XX no son ajenos a esa postura. Gabino Fraga abandona la idea de que el servicio público es una noción única para determinar el contenido del derecho administrativo, y prefiere el concepto “función pública”, y se adhiere a la teoría de que el servicio público es sólo una actividad más del Estado con el propósito exclusivo de satisfacer el interés general, Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 40a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 22-25, 242 y 243. Andrés Serra Rojas sí da una definición de servicio público, pero destaca la dificultad para encontrar una noción precisa, Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo. Primer curso*, 19a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 110 y 111.

La complejidad del Estado social de derecho nuevamente muestra la necesidad de hacer distinciones precisas en los conceptos tradicionales para explicar la realidad jurídica, y sobre todo delinear las esferas jurídicas de las personas públicas o privadas para eliminar el carácter autoritario del servicio público en el concepto liberal o estatista.

El problema en la práctica no está en cuál es la noción adecuada de servicio público, sino en las escasas o nulas posibilidades de éxito que tiene a su disposición el individuo para garantizar el disfrute óptimo de un servicio público.

Una consecuencia de la noción imperante de servicio público y una evidencia de la necesidad de su revisión es, como lo exponen García Enterría y Fernández, la siguiente:

... en los supuestos de negativa de la administración a la implantación de un nuevo servicio público u organización prestacional o la mejora de los existentes, el ciudadano permanece prácticamente indefenso,... la vida diaria ofrece continuamente ejemplos de esta indefensión material de los ciudadanos ante la falta de escuelas, de zonas verdes, de servicios urbanos mínimos, de señalamientos de tráfico, de agua potable, etc. cuyas demandas a veces son violentas a falta de cauces jurídicos practicables y efectivos...²

La conversión de una actividad industrial o comercial en servicio público, la extensión o establecimiento del mismo es una cuestión política, que se refleja en la asignación del presupuesto, que es el límite de capacidad estatal de hacer efectivos los derechos de los individuos.

La posibilidad jurídica de exigir al Estado la prestación del servicio público está limitada por el presupuesto, y sólo se proporciona en la medida en que haya recursos disponibles para ello.

Este hecho condiciona la facultad del legislador para excluir del mercado a una actividad determinada, puesto que si bien es cierto que el servicio público se crea para suplir la deficiencia del particular, es decir, que una necesidad social no quedara satisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha sin la intervención estatal, no es menos certero que establecer un monopolio estatal que no necesariamente modifica la situación mencionada, si no existe inversión pública suficiente o capacidad presupuestaria.

² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, t. II, 1990, p. 74.

Dentro de la crisis de la noción del servicio público se encuentra la posibilidad de que la prestación de éste se haga con la concurrencia de entes gubernamentales y no gubernamentales, toda vez que los primeros, cuando no tienen el monopolio en la gestión de la actividad, por lo menos poseen ventajas en la competencia económica.

III. EL SERVICIO PÚBLICO Y OTRAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LAS PERSONAS GUBERNAMENTALES

Otro aspecto de esta crisis es la expansión de la gestión económica del Estado, que no necesariamente toda está vinculada con un servicio público, por no ser monopolios *de iure* a favor de éste en todos los supuestos. Los entes gubernamentales, cuyo objeto es una actividad privada, lo que hemos llamado empresa pública, en sentido estricto, y que por alguna razón sea considerada un área prioritaria para la intervención estatal, no prestan un servicio público. Por lo tanto, las actividades económicas de la administración pública pueden tener como fin primario la obtención de utilidades, rescatar una fuente de trabajo, equilibrar un mercado de bienes o servicios, entre otros, y sólo secundariamente obtener un beneficio colectivo.

El Estado participa en un sector, incluso con exclusividad, por consideraciones de índole fiscal o financiera; es decir, para contar con una fuente de ingresos importante y segura. El ejemplo más evidente en el caso mexicano es la exclusividad sobre los hidrocarburos, que ha sido y es un elemento esencial para las finanzas públicas. Esta actividad, más que un servicio público, es la explotación del patrimonio nacional.

Entonces, la participación estatal en este tipo de actividades económicas distintas al servicio público, más que provenir de un razonamiento técnico jurídico, devienen de una realidad económica, y, por lo tanto, surge el cuestionamiento de cuál debe ser el régimen al que se sometan las personas que se dedican a ellas. Ante esto, se plantean las preguntas siguientes: ¿es procedente, como sucede en el servicio público, que una persona gubernamental goce de prerrogativas de índole política cuando concurre con los particulares en la actividad?, o ¿es procedente que en la explotación del patrimonio estatal se establezcan reglas exorbitantes a favor del ente público respecto a los particulares que interactúan con éste en el mercado?

Si consideramos la definición de servicio público de que es toda aquella actividad económica que ejerce en exclusiva el Estado, ya sea directa o indirectamente, puede presentarse el caso en que una actividad de interés público proceda someterse a una regulación de régimen privado, y viceversa.

Sobre el particular, en México la legislación ha otorgado un régimen jurídico distinto a los bienes de una persona gubernamental, afectos a un servicio público, sujetos a la normatividad propia de los bienes del dominio público, y los demás bienes de su propiedad, regidos por la normatividad del derecho común. Con esta determinación por lo menos se atiende a dos tipos de definiciones: la orgánica: quién realiza la actividad, y la funcional: qué actividad se lleva a cabo.

IV. ORIGEN DEL CONCEPTO

En el siglo XVIII, el Estado inició la que podríamos calificar como una tercera línea de actuación —primero fueron las funciones de limitación de las conductas de los sujetos privados, actividad de policía—, y luego empezó a poner en práctica políticas de impulso y protección de la actividad empresarial de los particulares —actividad de fomento—, y cuando abarca la producción de bienes y servicios destinados satisfacer las necesidades de la población es cuando comienza a funcionar como un prestador de servicios públicos.

Hay autores que sostienen que desde antes de la expansión del constitucionalismo, los Estados llevaban a cabo los servicios públicos de justicia, defensa y relaciones exteriores; empero, estas actividades se realizaban con un espíritu más bien delimitador de conductas o sancionador de las mismas mediante el uso de la coacción, por lo que no se podían considerar propiamente como un servicio; además, dichas actividades no estaban pensadas para proporcionar utilidad a personas concretas, sino para atender necesidades abstractas de la colectividad o a la mera conservación del poder de un grupo y la imposición de una dominación como forma correcta de garantizar la convivencia pacífica entre los hombres.

La noción material de servicio público surgió cuando los Estados comenzaron a realizar actividades prestacionales, distintas a los actos de soberanía, de autoridad, dirigidas a satisfacer necesidades a personas concretas, llamadas usuarios, lo que se desarrolló en tres fases:

En un primer momento el Estado asumió la prestación de los servicios de beneficencia, salud y educación, genéricamente denominados servicios asistenciales.

Este fenómeno se presentó, en los países católicos, después de que la Iglesia perdió los medios indispensables para realizar dichos cometidos, como consecuencia de leyes liberales que desamortizaron sus bienes, y en otras ocasiones, por razones ideológicas, como sucedió con la educación francesa, a consecuencia del principio revolucionario de la enseñanza general y obligatoria en manos del Estado para lograr la igualdad social.

En los países en que triunfó la reforma calvinista o luterana, el Estado los asumió por la desarticulación de la red de asistencia social de esta organización religiosa.

La segunda etapa se presentó cuando el Estado se dio a la tarea de crear la infraestructura económica que fue la base material de otros servicios; así, primero encontramos las obras hidráulicas, tales como los canales, los embalses, los puentes y los ferrocarriles, y más tarde aparecerían el telégrafo, la producción y distribución de electricidad y el servicio telefónico.

Esta segunda fase se enfrentó a una doble dificultad: por una parte el postulado liberal respecto a la incapacidad de los entes públicos para realizar actividades “empresariales”, y, consecuentemente, considerar que éstas se reservaban a sujetos privados, y, por otra parte, el Estado no tenía título jurídico para la prestación de servicios de contenido económico, pues esto contradecía a la filosofía política liberal de un gobierno acotado y no intervencionista.

Las señaladas dificultades se salvaron de la siguiente manera: la primera mediante la figura de la concesión, en la que la administración conservaba la titularidad del servicio, pero confiaba su explotación económica a un sujeto privado. La segunda, con el argumento de que estos servicios económicos se realizaban sobre bienes inmuebles propiedad del Estado, y que la propiedad permitía al dueño, realizar sobre su bien las actividades que estimara convenientes, es decir, el vínculo indivisible entre el suelo y las actividades que se llevaban a cabo sobre el mismo proporcionaba el título jurídico necesario para dicha realización.

La tercera fase apareció hacia finales del siglo XIX y principios del XX, cuando las administraciones se hicieron cargo de la propiedad y la gestión directa de empresas mercantiles, así como de actividades de producción y distribución de bienes y servicios. No debe soslayarse el

impacto del principio marxista de la propiedad pública de los medios de producción para que el Estado asumiera la realización de actividades empresariales,³ así como tampoco el hecho de haberse advertido la importancia que tenían esos servicios y los inconvenientes que se derivaban de su ejecución por parte de quienes tenían como meta la obtención de un lucro o beneficio, lo que no siempre era congruente con la índole propia del servicio público.

V. EL SERVICIO PÚBLICO Y LA LEGITIMIDAD ESTATAL

La evolución material del servicio público y su expansión en el siglo XX varía dependiendo de la historia económica de cada Estado, incluso los motivos para la creación de los mismos son circunstanciales; en algunos tienen una corta duración, y en otros se convierten en consustanciales a la vida del Estado.⁴ Esto último sucede en el Estado social de derecho, en el que no se concibe su existencia sin la prestación de un conjunto de servicios públicos que tiendan a mitigar las desigualdades sociales.

Bajo esta perspectiva, el concepto del servicio público adquiere una complejidad mayúscula, porque ya no es una actividad más del Estado o de la sociedad, sino que se convierte en elemento legitimador del orden político y social imperante, y su normatividad afecta la economía en su conjunto en sus tres aspectos: qué y cuántos bienes y servicios deben producirse en una colectividad; cómo se deberán emplear los recursos disponibles para ello, y para quién se deben producir.

Además, el servicio público afecta el tipo de bienes y servicios que se producen en una colectividad, puesto que al ser ofrecidos al público incentiva o no la participación de los particulares en ese proceso, cambia hábitos de consumo, orienta conductas sociales y ocupa parte de los recursos económicos escasos que puedan estar disponibles en un determi-

³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 28-45.

⁴ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, *cit.*, nota 1, pp. 108 y 109, citando a Gilbert Gillespie Lenz, sostiene que algunas actividades públicas, que desde otra perspectiva se pueden clasificar servicios públicos, son llamadas funciones públicas, puesto que “son servicios de los cuales no puede prescindir una sociedad, como la justicia, la defensa nacional, los transportes, la actividad educativa y económica del Estado, el crédito público y otras”. Sin embargo, algunas de estas actividades, en el Estado en que vivimos, son llevadas a cabo por particulares o con la trascendente ayuda de éstos, y sin que por ello deba dejarse de considerar funciones públicas.

nado momento. Finalmente, la prestación de servicios públicos, gratuitos o no, afecta la forma de distribuir la renta nacional entre la población a partir de la determinación de los grupos beneficiados. Incluso la política redistributiva de la riqueza de los Estados en los inicios del siglo XXI utiliza principalmente el gasto social que generalmente se relaciona con la prestación de un servicio público.

El aspecto político se relaciona con la legitimidad del Estado, en general, y los gobiernos en particular.

Lo anterior dificulta el estudio de este concepto desde el punto de vista jurídico, puesto que el contenido económico, social y político del mismo impide que en un momento histórico sea sencillo determinar el alcance real del contenido del “interés general”,⁵ que es la principal justificación a la que se ha recurrido en derecho administrativo, tanto en la doctrina como en la legislación y la jurisprudencia, para considerar una actividad como servicio público.

La única cuestión a debatir (en un concepto estricto de servicio público) será entonces la relativa a cuándo se dan estas razones de interés público. Pero esta cuestión es más política que jurídica, por lo que su apreciación está condicionada a las ideas vigentes en un periodo determinado... actividades que en otras épocas históricas se han considerado como privadas, hoy son servicios públicos y es posible que en el futuro cambie radicalmente esta situación.⁶

En el Estado actual, dentro del estudio del servicio público, los aspectos económicos, relacionados con la eficiencia en su producción y distribución, costo y, sobre todo, la participación de los individuos y los grupos en los beneficios del mismo, afectan la distribución de renta y, por ende, determinan el contenido de lo que se entiende por “interés general”.

⁵ En este punto hay un problema grave de definición jurídica, ya que este tipo de conceptos son huecos, como el concepto tradicional de justicia, dar a cada quien lo suyo, y por lo mismo su contenido es contingente e históricamente variable. Véase Kelsen, Hans, *Qué es la justicia*. Sobre el concepto interés general debe mencionarse que Miguel Acosta Romero dedica el capítulo XI de su *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 1042-1134, al análisis de dicho tema, bajo el título “Las nociones de interés público, orden público, utilidad pública y beneficio social en el derecho administrativo”.

⁶ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 6a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, t. II, p. 370.

La actividad social a que se refiere un servicio público (salud, transporte, educación, seguridad), como tal, puede que se remonte en su existencia a los comienzos de la humanidad, es decir, no es producto de la modernidad.

Lo novedoso en el siglo XIX es que por factores económicos y sociales esa actividad adquiere una importancia tal para la colectividad, que su prestación continuada y permanente se hace indispensable para la vida social, y su falta provoca algún tipo de quebranto.

En términos filosóficos,⁷ la justificación de la intervención estatal en las actividades consideradas como propias de los particulares en los albores del Estado moderno es el concepto de solidaridad social y la subsidiariedad. El Estado debe participar en la regulación de la distribución y producción de bienes y servicios para garantizar que éstos se presten al mayor número posible de habitantes en un territorio, y lo puede gestionar cuando las capacidades económicas y técnicas de los particulares sean insuficientes para lograr esos fines.

VI. NOCIÓN JURÍDICA DEL SERVICIO PÚBLICO

La noción jurídica de servicio público es una respuesta a un fenómeno estatal que se extiende en el siglo XIX, ya que paulatinamente las administraciones públicas van ampliando su participación en actividades económicas en las que los principios rectores del derecho público, la soberanía y el poder público no son suficientes para justificarlas, y mucho menos normarlas.

En su origen, el concepto jurídico, por un lado, es una forma de separar las competencias de las autoridades jurisdiccionales y administrativas⁸ y, por el otro, la piedra angular del derecho administrativo, puesto que a partir de su definición los teóricos franceses Duguit, Jèze y Bonnard pretendieron fundar la autonomía de esta rama del derecho.⁹ Estos autores de la escuela realista propusieron que el servicio público era un

⁷ González Uribe, Hector, *Teoría política*, 5a. ed., México, Porrúa, 1984.

⁸ Olivera Toro, Jorge, *Manual de derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 65 y ss. Este autor hace un análisis de la actuación del Consejo de Estado francés al resolver el caso de la joven Agnes Blanco, que fue herida por una vagoneta que circulaba entre dos edificios de la manufactura de tabacos de Burdeos y que se sometió, para su resolución, a la competencia administrativa y no a la civil.

⁹ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, cit., nota 1, pp. 21-23.

concepto útil para sustituir las bases tradicionales en las que giraba el derecho administrativo, la soberanía, y definir primordialmente la actividad estatal a partir de la prestacional.

Lo destacable de estas posturas es que para inicios del siglo XX la actividad estatal de prestar servicios era tan importante que se identificaba como otra manera de manifestarse el Estado, adicional a la emisión de órdenes, y terminar siendo la que más pesa en la vida de la colectividad, ya que lo estimado por los individuos es lo que recibe del Estado y, por lo tanto, una fuente de legitimación del poder social.

El particular sufre el acto de autoridad, y se beneficia del acto de gestión, y una justificación para tolerar lo primero es la existencia del segundo.

Este razonamiento conduce a la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Los primeros son aquellos en que el Estado ejerce su soberanía sobre los particulares, y los segundos, en los que asemeja su actividad a los de un particular.¹⁰

VII. LA EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

La gran diversidad histórica de contenido del servicio público ha favorecido la elaboración de múltiples conceptos del mismo, toda vez que bajo esta denominación se comprenden actividades disímboles: prestacionales, como pudieran ser la distribución de agua potable, el transporte y la impartición de justicia o asistenciales, como la salud, la educación y de beneficencia.

Estas actividades son consideradas como propias del Estado por criterios económicos, y políticos, que en sí mismos pueden ser arbitrarios y circunstanciales, en exclusiva de éste o con la concurrencia de los particulares.

Este hecho ha provocado la llamada crisis de la noción del servicio público.

Por un lado, la interpretación negativa considera que el concepto es impreciso, especialmente por su vinculación con lo público, y por lo mismo no es útil para delimitar científicamente una realidad jurídica.

Gordillo menciona que existe un abandono del concepto tradicional, sobre todo en el concepto jurídico actual, aunque con el régimen jurídico del

¹⁰ Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo, cit.*, nota 6, pp. 357-402.

servicio público se pretende asegurar el interés público, las facultades exorbitantes que se le conceden al prestador frente al administrado provocan que se cancelen las posibilidades del usuario para quejarse de la eficiencia de un servicio defectuoso, y poco puede incidir en la mejora del mismo.

Para quienes sostienen la crisis de la noción, el concepto de servicio público se “utiliza”, más que para satisfacer las urgentes necesidades colectivas, para asegurar prerrogativas al gestor del mismo bajo el argumento de la supremacía del interés público sobre el privado. Sobre este punto hay que resaltar que el interés público no es la simple suma de los intereses individuales de la mayoría, ni el interés de la administración, ni es sólo una conveniencia material, porque aunque su contenido sea eminentemente económico, la determinación de la existencia del servicio público implica una valoración social sobre la procedencia del mismo y su impacto en la aspiración de la justicia.¹¹

La crisis de concepto se manifiesta: en que actualmente existen personas públicas no gubernamentales que desarrollan actividades, sin que exista previa autorización del Estado, tendientes a satisfacer una necesidad colectiva, es decir, puede realizar actividades que en sí mismas sean un servicio público, independientemente de que haya una declaración estatal en ese sentido; en que la necesidad colectiva es contingente, carece de rigor dogmático debido a que esta categoría procede de una determinación del legislador, sin importar si atiende a una “verdadera necesidad pública”, y en que muchos gestores de servicios públicos, ya sean personas gubernamentales o no gubernamentales, rigen sus relaciones por un régimen mixto, pero este régimen también se presenta para las empresas que desarrollan actividades privadas con interés público, también llamados servicios públicos impropios. Es el caso de las organizaciones ciudadanas cooperativas, que coordinan esfuerzos para satisfacer demandas, como el abastecimiento de agua potable, introducción de sistemas de desechos sólidos y líquidos, entre otros, que funcionan en aquellas comunidades donde las autoridades municipales y/o estatales no tienen una cobertura suficientemente amplia.

Por otro lado, la interpretación positiva se divide en tres: la máxima, que identifica el concepto con la actividad estatal en su conjunto; la media, que lo confunde con la actividad de la administración pública, y la mínima, que lo reduce a una parte de la actividad administrativa.

¹¹ Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2000, pp. 574-580.

VIII. LA ESCUELA REALISTA

León Duguit y Gastón Jèze, representantes de la llamada “escuela de Burdeos”, realizaron el primer intento teórico de dotar de contenido jurídico a la noción de servicio público, y optaron por maximizarlo.

Esta escuela tenía la pretensión de construir una nueva teoría del Estado, eliminando la noción de soberanía como concepto central para sustituirla por la idea de servicio público; esto es, el Estado se concebiría como una organización prestadora de servicios públicos, y toda la actividad administrativa sería actividad de servicio público que se realizaría con sujeción a una regulación normativa especial, que sería el derecho administrativo.

“El Estado no es como se ha pretendido hasta ahora una potencia que manda, una soberanía. Es una corporación de servicios públicos organizados por los gobernantes”.¹²

Esta construcción teórica se vino abajo tanto porque el Estado asumió actividades económicas que pudieran estar sometidas al derecho privado, actividades comerciales e industriales, la empresa pública propiamente dicha, como porque se encomendó el ejercicio de tareas públicas a organismos privados, con sujeción a normas de derecho administrativo.

El origen de una noción de servicio público acotada se basa en la teoría de la clasificación de las actividades estatales, que las divide en policía, fomento y servicio público, y en la factibilidad jurídica de que éstas puedan ser desarrolladas directa e indirectamente por el Estado.

IX. DIVERSAS DEFINICIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Entre los autores que han intentado elaborar un concepto de servicio público podemos destacar a Roberto Dromi, quien afirma que el servicio público constituye una prestación de interés comunitario, que explicita las funciones-fines del Estado, de ejecución por sí o por terceros bajo fiscalización estatal.¹³

¹² Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, 1913, p. 52. Citado por Serra Rojas, *Derecho administrativo*, cit., nota 1, p. 117.

¹³ Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, p. 581.

Para Canasi: "...servicio público es la actividad Estatal, o bajo su control, que tiene por objeto reglamentar tareas de necesidad pública, cuya utilidad efectiva surge de la forma regular y continua de su prestación, conforme a una regla de derecho preestablecida por la autoridad competente de carácter público".¹⁴

Para Enrique Sayagués Laso: "...El servicio público es la actividad que desarrollan las entidades estatales o realizada bajo su control, conforme a un régimen de derecho público, con el objeto de satisfacer una necesidad general, en forma regular y continua...".¹⁵

Manuel María Díez afirma que el servicio público "es la prestación que efectúa la Administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general".

Hauriou considera que es "un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública".¹⁶

Bielsa lo define como "toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía".¹⁷

Para Marienhoff es "toda actividad de la Administración Pública o de los particulares o administrados, que tiende a satisfacer necesidades, o intereses de carácter general, cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiere el control de la autoridad estatal".¹⁸

Álvarez Gendín dice que "el servicio público es una coordinación o conjunto de actividades jurídico-administrativas y técnicas, que organizan el Estado o las corporaciones autárquicas por pertenecer a su iniciativa, encaminadas a satisfacer económicamente necesidades públicas de manera regular y continuada".¹⁹

¹⁴ Canasi, José, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 19.

¹⁵ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1974, vol. I, p. 58.

¹⁶ Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, 9a. ed., París, 1919, p. 44. Citado por Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo, cit.*, nota 11, p. 562.

¹⁷ Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, 6a. ed., Buenos Aires, 1964, t. I, p. 463, citado por Gordillo, Agustín A., *op. cit.*, nota 11, p. 562.

¹⁸ Marienhoff, *op. cit.*, nota 3, p. 55.

¹⁹ Citado por Escola, Héctor Jorge, *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Deplama, 1984, p. 434.

Para Benoit: “el servicio público es una actividad que tiene como objeto una prestación que tiende a la satisfacción de una necesidad colectiva que se debe asegurar a los particulares”.²⁰

Héctor Jorge Escola define al servicio público diciendo que “es aquella actividad de prestación que es asumida por la Administración Pública, en forma directa o indirecta, a fin de atender a la satisfacción de necesidades de interés público, bajo un régimen especial, predominantemente de Derecho público”.²¹

Las definiciones expuestas tienen distintos enfoques, y el más destacable es el orgánico y el funcional. El primero vincula necesariamente al servicio público con la administración estatal (Canasi, Sayagués, Hauriou, Bielsa, Díez y Escola) y el segundo, con la necesidad que se satisface o la prestación que se lleva a cabo (Marienhoff, Dromi, Álvarez Gendín y Benoit).

X. DIVERSOS ENFOQUES DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

El enfoque orgánico consiste en que es una actividad que por ley es exclusiva del Estado, que éste puede gestionar en forma directa o indirecta, y, según Dromi, es el denominador común de todas las definiciones doctrinarias.

El enfoque funcional consiste en que la actividad en sí misma tiende a satisfacer una necesidad colectiva sin importar si se concede en exclusiva al Estado, e incluso puede ser realizada por un particular sin previa autorización estatal. Este enfoque requiere que se precise qué es una necesidad pública.

Los dos tipos de necesidades públicas que existen se agrupan en dos nociones: el orden público y la utilidad pública. El primero consiste en asegurar las condiciones mínimas para la convivencia social, y el segundo atiende a los arreglos sociales que deben hacerse para mejorar el bienestar social y la comodidad de los individuos.²²

La necesidad colectiva es distinta a la general.²³ La alimentación, que es una necesidad que sienten todos los hombres, es general, y el transpor-

²⁰ *Ibidem*, p. 434.

²¹ *Ibidem*, p. 435.

²² Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, nota 1, pp. 114 y 115.

²³ Esta diferencia se atribuye a Rafael Bielsa, *op. cit.*, nota 17, p. 477.

te público, que es un servicio que unos requieren y otros no, es colectivo. Además, las necesidades colectivas, aunque se dirigen al grupo social, sólo se satisfacen a través del individuo, es decir, son necesidades individuales de importancia colectiva.

Otro enfoque es el jurídico, que considera que lo esencial del servicio público es que éste se somete a un régimen especial que lo regula, en el que los usuarios deben ser considerados como sujetos de derechos frente al prestador que se beneficia de una situación exorbitante. En esta visión también se incluye el uso de la fuerza pública como elemento trascendente en la relación entre el prestador y el usuario.

XI. NUESTRA POSTURA

En lo particular, consideramos que la definición más acertada es la que posee un enfoque orgánico, aunque no debemos perder de vista que la legislación mexicana reconoce el enfoque funcional en la Ley General de Bienes Nacionales, puesto que para clasificar a algunos bienes entre los que se consideran de dominio público es indispensable determinar a qué actividad se destinan.²⁴

Hay que considerar que si bien no hay actividades que esencialmente sean servicios públicos y que lo sean aunque no exista declaración del legislador en ese sentido, también es cierto que en el origen de todo servicio público ineludiblemente se presenta la satisfacción de una necesidad colectiva y la intención de organizar su prestación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado por someter a un régimen distinto a los bienes que integran el patrimonio de una persona gubernamental, dependiendo de su destino.

Sin embargo, no es posible adherirse al enfoque funcional debido a que la noción de interés público es vacilante y mutable, y la única forma de darle estabilidad es a través de una ley, e incluso no es procedente que el reglamento y la interpretación jurisdiccional sean medios idóneos para convertir una actividad económica en servicio público.

Esto, por el principio que rige al orden jurídico de que el particular puede hacer todo aquello que no esté prohibido y, por ende, para sustraer

²⁴ LGBN, “Artículo 2. Son bienes de dominio público: ... V. Los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público, los propios que de hecho utilice para dicho fin y equiparados a éstos, conforme a la ley”.

una actividad del ámbito privado individual es indispensable que se prohíba su realización, es decir, un acto que conlleva limitación de las libertades individuales debe ser emitido por el Poder Legislativo, a través del procedimiento a que se refieren los artículos 71 y 72 de la Constitución Política mexicana, y sólo excepcionalmente por el Ejecutivo, en el uso de facultades extraordinarias.

El principio mencionado es consignado en la Constitución en el artículo 28, párrafo penúltimo, que a la letra dice: “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley”.

En opinión de Serra Rojas, la propia legislación se ha esforzado por elaborar un concepto orgánico del servicio público, y fundamenta su afirmación en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Distrito Federal:²⁵

Para los efectos de esta ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes o reglamentos vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo. La prestación de estos servicios es de interés público.

XII. ELEMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO

La definición de servicio público de Escola contiene una noción conceptual útil y concreta de la que se desprenden cinco elementos que lo integran:

1. El servicio público debe consistir en una actividad prestacional, es decir, una actividad que tiende a otorgar a otros una ventaja: un bien, un beneficio, etcétera, de cualquier naturaleza, y, por lo tanto, varía el ingreso de quien lo recibe o disminuye los gastos en que pudiera incurrir en el supuesto de no recibirlo. Al contrario de lo que opina Garrido Falla, el servicio público no es asistencial.

2. Esta actividad es asumida por la administración pública de manera expresa y concreta, lo que significa que es reservada en exclusiva en cuanto a la dirección y organización, a un órgano estatal, y que el ejercicio de esa actividad para un particular requiere de autorización previa del

²⁵ LODF, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1978. Actualmente derogada.

Estado, expresada con un acto de autoridad. En ese sentido, las actividades en las que se permite la concurrencia de particulares sin esta previa autorización no son servicios públicos.

3. La administración pública realiza la actividad de servicio público en forma directa o en forma indirecta; es decir, valiéndose de la concesión. La legislación mexicana no es consistente en la denominación que otorga a esta figura jurídica, puesto que en algunas leyes administrativas emplea el término “autorización”, cuando se refiere a la prestación de un servicio público.

4. El servicio público siempre debe tender a la satisfacción de necesidades de interés público, entendido como interés general. Cabe hacer dos precisiones: la primera, en el sentido de que el término “necesidades” se debe entender en su expresión más amplia, y el concepto de “interés público” o, en este caso, “interés general”, siguiendo las ideas de Gordillo, no es el interés de un conjunto de personas; tampoco es un bienestar general omnipresente o una felicidad *imprecisable*, sino que es la suma de una mayoría de intereses individuales, coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, del que cada uno puede escindir su interés individual, o bien el resultado de un interés o de una situación de emergencia.

5. El servicio público se presta conforme a un régimen de derecho público, especial y propio que lo particulariza e identifica frente a otras actividades administrativas, y cuyas características son su generalidad, uniformidad, continuidad, regularidad, obligatoriedad y subordinación a la administración pública. Por lo tanto, no puede estar sujeto a un régimen de derecho privado en cuanto a su prestación; sin embargo, el sujeto que lo presta sí puede estar sujeto en su creación, integración y funcionamiento al derecho común.

No obstante la exposición de los elementos anteriores, en la actualidad existe una crisis del servicio público como noción administrativa, ya que se afirma que su contenido se está *desadministrativizando* o aceptando la posibilidad que criterios de eficiencia, eficacia y economía maten el principio de autoridad.

En México, Gabino Fraga considera que el servicio público no se puede identificar con toda la actividad estatal, sino que tiene una noción confinada a lo prestacional, y que la legislación mexicana no encuentra un criterio único para definirlo, debido a que en la Constitución algunos

artículos hacen referencia al concepto de servicio público como actividad, y otros los identifican con los empleos públicos.²⁶

Castro Estrada afirma:

De los textos vigentes resultan dos acepciones de la expresión servicio público: la primera, equivalente a servicios personales que los ciudadanos prestan al Estado, y la segunda, empleada para designar la actividad constante que el Estado desarrolla al satisfacer una necesidad pública. En efecto, los artículos 5 y 13 constitucionales, utilizan la expresión servicio público, refiriéndose al trabajo personal del servidor del Estado y los artículos 27, fracciones II y VI, 97, 123, fracción XVIII, y 132 así como la legislación secundaria, se sirven de ella para designar el proceso continuo mediante el cual se da satisfacción a necesidades sociales de carácter permanente. La primera acepción de servicio público, es evidentemente diferente a la segunda; y sin duda, la doctrina jurídica relativa a los cargos públicos, es distinta de la teoría contemporánea del servicio público...²⁷

En la Ley General de Bienes Nacionales se establece una definición amplia de servicio público que pudiera identificarse con toda la actividad que realizan los poderes de la Unión, las entidades y dependencias de la administración pública federal, los poderes de los estados y municipios, así como sus administraciones públicas. De esto se infiere que esa norma considera que los bienes serán destinados a un servicio público cuando cualquiera de estos entes públicos utiliza el bien, y de ahí que se puede concluir que toda la actividad que realiza es servicio público. Incluso los oficios religiosos y las actividades de organizaciones internacionales pueden ser considerados, bajo esta perspectiva, servicios públicos.

²⁶ Fraga, Gabino, *op. cit.*, p. 243. “Dentro de la legislación mexicana no se encuentra un criterio único para definir al servicio público, pues mientras que en algunos preceptos como los artículos 3o., 73, frac. XXV y 123, fracs. XVIII y XXIX de la Constitución Federal se habla de la educación como servicio público, de las huelgas en los servicios públicos y de los servicios explotados o concesionados por la Federación, en los artículos 5o. y 13 de la misma Constitución los servicios públicos se equiparan a los empleos públicos y en los artículos 27, frac. VI y 132 constitucionales y 2o. frac. V y 23 de la Ley de Bienes Nacionales y 217, 218, 220 y 222 del Código Penal relativo a los delitos cometidos por funcionarios públicos, la expresión de servicio público se encuentra usada con el sentido de organismo u oficina pública”.

²⁷ Castro Estrada, José, “La teoría del servicio público en el derecho mexicano”, en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo I, sept.-dic. de 1959, pp. 454 y ss. citado por Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, nota 1, pp. 122 y ss.

En nuestra opinión, que la legislación referida considere que todo bien destinado a un ente estatal se entiende por dedicado al servicio público, no modifica lo que hemos expuesto sobre la afirmación de que es improcedente identificar al servicio público con la totalidad de la acción estatal. El servicio público, en la actualidad, tiene un concepto restringido y relacionado con actividades específicas del Estado, que además puede transferir para su gestión a terceros.

XIII. ¿CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO?

La crisis del servicio público se presenta en Europa como consecuencia del desarrollo del derecho comunitario de la competencia y del régimen de liberación económica —que ignoran la noción del servicio público— así como de las corrientes y prácticas anglosajonas que marginan el derecho público y el servicio público.

En la medida en que la administración se ha convertido en gestora de empresas y actividades de carácter mercantil e industrial, ha producido un cambio en la estructura del derecho administrativo, que ha afectado a la noción del servicio público; “en el fondo casi podría decirse que, por una especie de paradoja la noción de servicio público ha sido víctima de su propio éxito. Se ha hecho de ella un ejemplo singularmente abusivo y se ha consumado su ruina”.²⁸

Esta paradoja no lleva a concluir que la crisis debe desembocar en la desaparición del concepto, sino por el contrario, manifiesta el dinamismo que se presenta en este campo y la necesaria evolución que debe presentarse para garantizar que el régimen exorbitante a que se somete sea en beneficio del usuario.

Tal como se señala en el *Libro Blanco para la Mejora de los Servicios Públicos*, documento oficial de la administración española, publicado en 2000, lejos de proponer la supresión del servicio público establece expresamente que:

...constituye uno de los compromisos de la modernización de la Administración: servicios públicos de calidad. Dicho compromiso abarca: establecer compromiso de calidad de los servicios con los ciudadanos, promover

²⁸ Couzinet, en el prefacio de la obra de De Corail, *La crisis de la noción jurídica de servicio público en el derecho administrativo francés*, citado por Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo, cit.*, nota 6, vol. II.

la evaluación de la calidad de atención al ciudadano, impulsar en la Administración el aprendizaje organizacional y premiar la excelencia de la Administración.²⁹

Podemos señalar que se advierte una tendencia mundial en el proceso de globalización no de desaparecer, sino de ajustar el servicio público a un principio de competencia, pero con conceptos precisos que permitan someter a esta actividad al derecho, e imponer límites al prestador de servicios públicos.

Uno de los primeros cambios en el orden jurídico mexicano es que a través de la interpretación jurisprudencial se ha otorgado calidad de autoridad a los actos relacionados con esta actividad prestacional. Esta característica proviene del reconocimiento de que la actividad de policía del Estado no es la única que puede afectar la esfera jurídica de particular, sino en la negativa a prestar el servicio público a un individuo o grupo determinado, o en la expulsión del goce del mismo hay un acto de autoridad respecto del cual debe protegerse a individuo.

La crisis de la noción del servicio público está relacionada con el aspecto autoritario del mismo, con la cuestión de cuál es el órgano competente para definir qué es la necesidad colectiva y quién debe gestionar el servicio.

El enfoque orgánico, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, da a la ciencia del derecho suficientes elementos para elaborar una teoría del servicio público, pero esta consistencia no puede utilizarse para continuar con el movimiento nacionalizador de actividades privadas y la instauración de monopolios estatales o empresas públicas con prerrogativas económicas injustificadas.

El criterio orgánico permite distinguir cuatro tipos de situaciones: personas gubernamentales dedicadas a la prestación de un servicio público; un servicio público explotado por particulares concesionarios; personas gubernamentales explotando una actividad económica, en forma exclusiva o concurrente, sin carácter de servicio público, y un particular realizando actividades de carácter privado. Son los tres primeros casos los

²⁹ *Libro Blanco para la Mejora de los Servicios Públicos: una administración al servicio de los ciudadanos*, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, 2000, pp. 143 y ss., citado por Silva Cimma, Enrique, “La errada tesis del desmantelamiento del Estado. La inderogabilidad de lo público”, ensayo incluido en *La administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Conosur Ltda, Universidad de Chile, 2000.

que importan al derecho administrativo, pero sólo a los dos primeros se les aplica la teoría del servicio público.

En la realidad económica del Estado social de derecho y de interacción globalizada, los regímenes jurídicos relacionados con el servicio público deben considerar lo siguiente: las personas gubernamentales dedicadas a actividades comerciales o industriales no deben poseer necesariamente facultades exorbitantes o privilegios, aun cuando sean monopolio de explotación del patrimonio nacional; los servicios públicos deben provenir de una declaratoria del Estado en la que éste se reserva en forma expresa una actividad para proceder a su gestión en régimen de monopolio o mediante concesión otorgada al particular, y la declaración de titularidad de un servicio público debe tender a incluir la posibilidad de concurrencia del Estado con los particulares para fomentar la competencia y combinar la libertad de empresa con la potestad administrativa de reglamentar con precisión un actividad, tal y como sucede en educación y salud.