

ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aspectos generales de los servicios públicos*. III. *Los servicios públicos en el constitucionalismo iberoamericano*. IV. *A manera de epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

La reseña de las relaciones del Estado con la sociedad relata el proceso dialéctico de la convivencia humana manifestado en la transformación incesante de las instituciones, estructuras, organizaciones y funciones de la sociedad, así como de su correspondiente sistema político, entendido este como el conjunto de elementos interdependientes, tales como las instituciones y funciones, estructuras y roles, ideas e ideologías, grupos y organizaciones, así como los comportamientos, conductas individuales y colectivas que fijan los objetivos del Estado que definen sus modos de producción, forman, conforman y transforman al poder estatal, designan a sus depositarios, determinan la distribución de sus funciones, controlan su ejercicio y orientan sus acciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales.

El seguimiento de los avatares de ese proceso dialéctico permite observar cómo varían los roles asignados al hombre y al Estado, de acuerdo con la ideología dominante en la sociedad. En el aspecto socioeconómico, la ideología va a delinear el perfil del Estado para caracterizar sus prototipos más peculiares: esclavista, feudal, absolutista, liberal, totalitario, socialista, intervencionista, y neoliberal, por citar los más emblemáticos.

En un extremo del espectro ideológico aparece la tesis individualista, conforme a la cual, el todo debe subordinarse a la parte, o sea: el Estado al servicio del individuo; en el extremo opuesto se ubica la pretensión de someter la parte al todo, es decir, la teoría totalitaria del ser humano al servicio del Estado. En medio de ambos extremos se establecen las teorías eclécticas que proponen, en mayor o menor medida, la intervención del Estado en el

ámbito socioeconómico; destacan entre ellas las socialistas y las basadas en la solidaridad.

Se pronuncian las teorías socialistas por que los medios de producción de bienes y de servicios queden a cargo del Estado, que de esta forma asume el manejo y control de las actividades socioeconómicas.

En cambio, las teorías basadas en el solidarismo, cuya esencia puede resumirse en la expresión “todos vamos en el mismo barco”, parten del principio de que la parte tiende a unirse con sus semejantes para constituir un todo al servicio del bien común, en beneficio potencial de todas las partes.

II. ASPECTOS GENERALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Para el solidarismo, el Estado, lejos de ser un simple gendarme garante del “dejar hacer, dejar pasar”, se debe preocupar por satisfacer las necesidades de carácter general de la mayoría de la población, mediante la prestación de los correspondientes servicios públicos, ya sea directamente por la administración pública, o bien por particulares, bajo un régimen de concesión o mecanismo semejante que evita la marginación de la iniciativa privada en el proceso socioeconómico.

Desde la perspectiva del solidarismo León Duguit identifica los servicios públicos como obligaciones o deberes de los gobernantes, de suerte que conforme crece la solidaridad social aumentan los deberes de los gobernantes y, por ende, los servicios públicos, cuyo aseguramiento, organización y control queda a cargo del Estado, el que, según Duguit, “es una corporación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”.¹

Al margen del valor, peso y dimensión que la doctrina asigne al servicio público, miles de millones de personas satisfacen sus necesidades de carácter general mediante el aprovechamiento de los servicios públicos de educación y salud, de suministro de energía eléctrica, de gas y de agua potable, de recolección de basura y de desecho de aguas residuales, de teléfono, de correo y telégrafo, de internet, de panteones y demás servicios funerarios, de rastro y mercados, de banca y crédito, de radio y televisión, de alumbrado público, y desde luego, de transporte en sus diversas modalidades: urbano, aéreo, marítimo, ferroviario y carretero, para citar sólo a los más usuales.

1. *Definición del servicio público*

Se puede entender como servicio público la actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general con sujeción a un régimen

¹ *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1926, p. 71.

exorbitante del derecho ordinario. Sin duda, la noción del servicio público ha calado hondo en la conciencia popular, como lo demuestra el reclamo unánime de cualquier comunidad, traducido en la exigencia de contar con los servicios públicos que satisfagan continua, adecuada, uniforme y regularmente sus necesidades de carácter general.

2. Caracteres esenciales del servicio público

En opinión generalizada de la doctrina, el Estado tiene la obligación de asegurar que el servicio público revista ciertos rasgos distintivos, para garantizar la idónea satisfacción de la necesidad de carácter general que trata de cubrir, en cualquier caso en que éste se individualice, pues, como apunta Marcel Walline: “El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, la *última ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla”.²

La doctrina menciona de manera casi unánime a la generalidad, la uniformidad, la regularidad y la continuidad, como caracteres esenciales del servicio público.

El carácter esencial de generalidad del servicio público se encuentra fuertemente vinculado a los derechos humanos porque, en principio, por el sólo hecho de serlo, todo ser humano, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más límite que el impuesto por la capacidad de prestación del propio servicio. Como dice el profesor argentino Manuel M. Díez “[...] el servicio público es para todos y no para determinadas personas”.³

Se apoya el carácter esencial de generalidad del servicio público en la declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita en 1948, según la cual, todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1o.); toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la propia Declaración, sin distinción alguna (artículo 2o.); todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja la propia declaración y contra toda provocación a tal discriminación (artículo 7o.).

² *Manuel Elementaire de Droit Administratif*, París, Sirey, 1933, p. 333.

³ *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Omeba, 1967, t. III, p. 208.

De la misma manera, el carácter esencial de igualdad o uniformidad del servicio público, consistente en prestarlo de manera uniforme a todos los usuarios sin discriminación alguna, se apoya en el ya citado artículo 7o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el artículo 2o. de la Declaración Americana de Derechos Humanos; en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; el texto de este último, parecido al de los otros artículos mencionados en este párrafo, es el siguiente:

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Merced a su carácter esencial de regularidad, el servicio público habrá de prestarse de conformidad con reglas preestablecidas, exorbitantes del derecho ordinario. Gracias a la regularidad, el servicio público se presta en adecuadas condiciones de funcionamiento. Si no se da la regularidad, por prestarse sin la observancia de regulación jurídica, el servicio será arbitrario anómalo y deficiente, por lo que no se identificará con el servicio público.

El carácter esencial por excelencia del servicio público, es la continuidad, la cual no debe ser interpretada en su significado literal de absoluta no interrupción, sino en el contexto de la necesidad de carácter general que se encarga de satisfacer un servicio público dado, por lo cual habrá de entenderse por continuidad, la oferta permanente, y correlativa posibilidad constante, de usar un servicio público dado, dentro del calendario horario, y bajo las condiciones y términos señalados expresamente en su normativa reguladora.

3. Elementos indispensables del servicio público

Aparte de sus caracteres esenciales, el servicio público se configura con un conjunto de elementos indispensables, sin cualquiera de los cuales no es posible su integración y prestación, como a continuación se resume.

Sin una necesidad de carácter general que satisfacer, el servicio público, porque de ser erigido como tal por una ley, será sólo la evidencia de un capricho o de un error del legislador, consistente en denominar con ese rótulo

a algo distinto al servicio público que invariablemente se debe destinar a satisfacer una necesidad de carácter general. Por ello, dicha necesidad, es elemento indispensable en el servicio público.

También es elemento indispensable del servicio público la actividad mediante la cual se satisface la necesidad de la que nace, porque evidentemente no puede satisfacerse sin realizarse la actividad indicada para ello, la cual debe ser técnica.

Asimismo, los usuarios vienen a ser otro elemento indispensable del servicio público, por ser ellos en quienes se presenta la necesidad cuya satisfacción constituye su finalidad; sin usuarios, la actividad técnica sería estéril y, por tanto, el servicio injustificado.

De igual modo, la intervención estatal constituye otro elemento indispensable del servicio público, porque sólo mediante ella se puede crear y someter al régimen jurídico especial que permite asumir sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad, y continuidad.

Otro de los elementos indispensables del servicio público es el sujeto a cuyo cargo está su prestación, porque obviamente no puede haber servicio sin alguien que lo preste.

Figuran igualmente como elemento indispensable del servicio público los recursos requeridos para tal efecto, desglosables como recursos humanos, materiales y financieros, cuya obviedad no requiere comentarios adicionales.

El último de los elementos esenciales del servicio público, es el régimen jurídico especial, exorbitante del derecho ordinario.

4. *El arribo de la noción de servicio público al constitucionalismo mexicano*

Llega a México la locución *servicio público* con la Constitución gaditana de 1812 que en su artículo 341 la empleó para referirse a los ramos de la administración pública. La breve y parcial vigencia de este ordenamiento constitucional en la nueva España impidió, evidentemente, que tuviera una divulgación amplia, por lo cual la única mención del servicio público, en dicho documento, paso desapercibida para el grueso de la población; si algún letrado la detectó, seguramente no le ha de haber concedido importancia, dada la connotación que se le asignó en el artículo 341, a dicha expresión.

Pese a la falta de uso de la locución *servicio público*, la idea correspondiente se registra en la Nueva España con las secularizaciones dispuestas por Carlos III y por Carlos IV, de los servicios eclesiásticos desempeñados por las órdenes monásticas —suprimidas en pleno despotismo ilustrado español— en los campos de la salud, la educación y la asistencia social.

La idea del servicio público subyace en los artículos 321, 366 y 367 de la Constitución de Cádiz, porque sus disposiciones se refieren, sin nombrarlos, a los servicios públicos de salud y educación.

Aun cuando tampoco se le mencione expresamente, la idea del servicio público se trasluce en el Reglamento Político del Imperio, aprobado a moción de Agustín de Iturbide el 23 de febrero de 1823, por la espuria Junta Nacional Instituyente, al referirse en su artículo 99 a la educación pública.

Por su parte, la Constitución de 1824 también contenía disposiciones relativas a las actividades que actualmente corresponden a la prestación de los servicios públicos de educación y correos.

La Constitución de 1857 fue la primera en emplear la expresión *servicio público* en el constitucionalismo mexicano, al disponer (inspirada en la Sección 4 de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776) en su artículo 13: “Ninguna persona ni corporación puede tener fueros ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados en la ley”.

La Constitución de 1917, en su texto original, utilizó la locución *servicio público*, en sus artículos 5o., 13, 27, 97, 123 y 132, con diferentes significados. En el artículo 5o. se usó en el sentido de actividad personal realizada en beneficio del Estado: en el artículo 13, equivalía a empleo o cargo público.

En los textos originales de los artículos 27, 97, y 132 *servicio público* era una expresión imprecisa que igualmente podía entenderse como actividad o como estructura, porque lo mismo podía interpretarse como tarea a desarrollar en ejercicio del poder público, que como una organización de medios para desempeño de labores gubernamentales o logro de fines estatales:

En el texto original del artículo 123, la locución *servicio público* se interpretó como actividad a desarrollar para satisfacción de necesidades de carácter general:

Conviene señalar que la mayoría de las reformas constitucionales vigentes interpretan la expresión “servicio público” como actividad que satisface una necesidad de carácter general, según se puede apreciar en el texto actual de los artículos 3o. fracción VIII, 28 párrafos antepenúltimo y penúltimo, 115 fracción III, 116 fracción VI, y 122 fracciones IV y IX.

5. *Forma de prestación de servicios públicos*

Es posible efectuar la prestación de los servicios públicos por entes tanto de derecho público como de derecho social y de derecho privado. En el primer caso puede ser mediante diversas modalidades, como son la gestión indiferenciada de la Administración pública centralizada, la gestión por me-

dio de un órgano desconcentrado, o mediante la personificación del servicio público, o su gestión a través de un fideicomiso público.

A. Prestación por entes de derecho público

Figuran entre las principales formas de prestación del servicio público, por entes de derecho público, la gestión por medio de la administración pública centralizada; la gestión mediante ente específico pero carente de personalidad jurídica propia, como es el órgano desconcentrado; la prestación a través de la personificación del servicio público por la vía de la descentralización administrativa por servicio, cuya forma más conocida es la del establecimiento público o forma francesa, la cual, con algunas adecuaciones y diferentes denominaciones ha sido adoptada por el derecho positivo de muchos países; y también la prestación por medio de un fideicomiso público.

a. Gestión por medio de la administración pública centralizada

Esta forma directa de gestión del servicio público se produce cuando lo maneja la administración pública centralizada por medio de una de sus dependencias que simultáneamente atiende otras actividades; se trata, pues, de una gestión indiferenciada de la administración pública.

Durante muchas décadas, los servicios públicos de correos y de telégrafos estuvieron encomendados en México a sendas direcciones generales dependientes de la Secretaría de Comunicaciones Obras Públicas y más tarde de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; pese a ello, no era la forma adecuada de gestión.

b. Gestión mediante un órgano desconcentrado de la administración pública

La gestión directa del servicio público también puede efectuarse mediante un órgano desconcentrado de la administración pública centralizada a la que está jerárquicamente subordinado, en cuyo caso, se advierte el traslado parcial de la competencia y del poder decisorio, de un órgano superior a uno inferior, sin que desaparezca entre ellos la relación jerárquica de autoridad, aun cuando disminuya la subordinación. Por ejemplo, el Instituto Politécnico Nacional es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, que presta el servicio público de educación técnica superior.

c. La personificación del servicio público

Alude la personificación del servicio a la creación de una persona jurídica de derecho público con el deliberado propósito de encomendarle la prestación de un servicio público atribuido a la administración pública, bajo el esquema organizacional de la descentralización administrativa por servicio.

La personificación del servicio público por la vía de la descentralización administrativa por servicio se produce mediante la creación de un ente de derecho público investido de autonomía jurídica, financiera, técnica y de gestión, al cual se transfiere la facultad de operar un servicio público, originalmente atribuida a la administración pública centralizada.

Gracias a la autonomía jurídica, el ente tendrá personalidad jurídica propia; merced a la autonomía financiera, dispondrá de un patrimonio propio; en virtud de la autonomía técnica normativa, contará con un ordenamiento técnico jurídico específico; y en razón de su autonomía de gestión, podrá realizar por sí mismo todos los trámites necesarios para cumplir su cometido. Pese a esa cuádruple autonomía, la administración central mantiene su control y vigilancia respecto del ente descentralizado, mediante una relación de tutela.

Al ente público resultante de la personificación del servicio público el derecho positivo de cada país le da distinta denominación; así, en Francia, se le llama establecimiento público; en Argentina, ente autárquico; en España, organismo autónomo; en Inglaterra, corporación pública; en Uruguay la legislación contempla dos entes distintos: el ente autónomo y el servicio descentralizado; en Colombia, como en Francia, se le llama establecimiento público; en México tenemos dos tipos de entes públicos para la prestación del servicio público: el organismo público descentralizado y, en menor medida, la sociedad nacional de crédito.

El *organismo público descentralizado* es la figura jurídica adoptada en México, lo mismo por la legislación federal que por la de las entidades federativas, como persona de carácter público. Por ende, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que únicamente puede crear el Estado, mediante ley o decreto del Congreso o decreto del titular del Poder Ejecutivo.

Otra forma de personificación del servicio público en México la configura la *sociedad nacional de crédito* surgida a finales de 1982 a raíz de la estatización de la banca; dicha forma se circunscribe, como su propia denominación lo sugiere, a los servicios públicos de banca y crédito.

El troquel de la sociedad nacional de crédito admite la participación de los particulares en un 34% de su capital social, a través de la suscripción de los certificados de aportación patrimonial de la serie “B”, el restante

66% del capital social está representado por la serie “A” de dichos certificados, los cuales sólo pueden ser suscritos por el gobierno federal.

d. Prestación del servicio mediante fideicomiso público

En su artículo 381, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”.

Toda vez que la prestación de un servicio público es un fin lícito determinado, el fideicomiso es una forma de gestión del servicio público. En los términos de la normativa vigente el fideicomiso público que se organice de una manera análoga al organismo descentralizado o a la empresa de participación estatal mayoritaria y tenga el propósito de auxiliar al Ejecutivo mediante la prestación de un servicio público cuyas actividades se consideren prioritarias, será una entidad paraestatal y, como tal, sujeta a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y a la Ley Federal de Entidades Paraestatales, por cuya razón lo agrupamos entre las formas de gestión del servicio público a cargo de entes de derecho público.

B. Prestación por personas de derecho social

El derecho social también ha aportado sus moldes para la creación de personas prestadoras de servicios públicos, como ha sido el caso de las sociedades cooperativas de intervención oficial y las de participación estatal.

C. Prestación por personas de derecho privado

Igualmente, las personas de derecho privado pueden ser prestadoras de servicios públicos, tanto personas físicas como jurídicas, estas últimas constituidas como sociedades en los troqueles del derecho civil o, principalmente, del mercantil.

Los particulares que se encargan de un servicio público propiamente dicho, creado por ley y atribuido al Estado, lo hacen en virtud de una concesión o de contratos de locación, de subrogación o de gestión interesada.

La prestación de servicios públicos que no son creación de la ley, no están atribuidos al Estado, a los que la doctrina denomina impropios o virtua-

les, la efectúan los particulares con base en permiso, autorización o licencia que expide la autoridad competente.

a. La concesión de servicio público

El servicio público bajo el régimen de concesión, no sale del ámbito de las atribuciones de la administración pública quien, en consecuencia, no pierde su titularidad por cuya razón prestará el servicio indirectamente a través del concesionario, quien tendrá a su cargo los riesgos económicos de su prestación.

El concesionario podrá ser una persona física o una persona jurídica, y en este último caso su constitución es dable tanto en el derecho privado como en el derecho social, por cuya razón hacemos referencia a concesionarios de derecho privado y concesionarios de derecho social; los primeros utilizan para constituirse como personas morales los moldes de las asociaciones y de las sociedades civiles o mercantiles, los segundos emplean las matrices de las sociedades cooperativas a que nos referimos antes.

Conviene tener presente que los moldes del derecho privado no son empleados exclusivamente por los particulares para la creación de personas jurídicas, habida cuenta que el Estado también los utiliza, aunque resulte paradójico, para la creación de empresas en mano pública, incluidas algunas prestadoras de servicios públicos.

Las empresas en mención, llamadas de participación estatal, vienen a ser las que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 de la Ley de la Administración Pública Federal, el control de su administración lo asume la administración pública por tener más del 50% de su capital, o por corresponderle designar la mayoría de los miembros de su órgano de gobierno o por cualquier otra causa.

La concesión es un acto bilateral celebrado mancomunadamente por el Estado y un particular, por el cual este último se encarga temporalmente, a su riesgo y ventura, de la prestación de un servicio público creado por ley y atribuido al Estado, por el que percibirá de los usuarios las cuotas establecidas en la tarifa que apruebe la autoridad competente.⁴

b. El permiso

La doctrina ha otorgado una gran aceptación a la propuesta del profesor italiano Arnaldo de Valles de dividir al servicio público en dos hemisfe-

⁴ Véase Hauriou, Maurice, *Précis élémentaire de Droit Administratif*, 5a. ed., París, Sirey, 1943, p. 427.

rios: el propiamente dicho o *proprio* y el *impropiamente dicho*, también llamado *improprio* o *virtual*.

El servicio público *proprio*, repito, es una creación de la ley y está atribuido al Estado; en cambio, el servicio público *improprio*, no se atribuye al Estado y deriva su creación de un permiso o autorización que sirven para quitar una traba jurídica que obstruye la posibilidad del particular de realizar una actividad legítima. En opinión del maestro Gabino Fraga:

En la generalidad de los casos en que la legislación positiva ha adoptado el régimen de autorizaciones, licencias o permisos, hay un derecho preexistente del particular, pero su ejercicio se encuentra restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, y sólo hasta que se satisfacen determinados requisitos que dejan a salvo tales intereses es cuando la Administración permite el ejercicio de aquel derecho previo.⁵

III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

La idea del servicio público registró amplia aceptación en la doctrina jurídica iberoamericana en el siglo XX,⁶ para luego permear en el constitucionalismo iberoamericano. Las Constituciones de la Región que más se ocupan de los servicios públicos son las de Argentina, Brasil, Colombia, México, Uruguay y Venezuela.

⁵ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, Porrúa, 2007, p. 251.

⁶ En España se ocuparon de ella autores de la talla de Carlos García Oviedo, Sabino Álvarez Gendín, Fernando Garrido Falla, José Luis Villar Palasí y Gaspar Ariño Ortiz, entre otros; en Portugal: Marcello Caetano, José Manuel Sérvulo Correia, Mario Esteves de Oliveira, Fausto de Quadros y Mario Aroso de Almeida; En Argentina: Rafael Bielsa, Benjamín Villegas Basavilbaso, Manuel María Díez, Miguel S. Merienhoff y Agustín Gordillo; en Bolivia: Alfredo Revilla Quezada, Ermo Quisbert Huanca, Juan Martínez Brabo y Mario Serrate Paz; en Brasil, Luiz de Anhaia Melo, Temístocles Brandao Cavalcanti, José Guimarães Menegale, Celso Antonio Bandeira de Mello y Romeu Felipe Bacellar Filho; en Colombia: Eustorgio Sarría, Jaime Vidal Perdomo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Orlando Santofimio y José Antonio Molina Torres; en Costa Rica: Eduardo Ortiz Ortiz, Jorge Enrique Romero Pérez, José Enrique Rojas Franco; en Cuba: Antonio Lancís y Sánchez, Eduardo R. Núñez y Núñez, José María Ruz y Gómez, Héctor Garcini y Andry Matilla Correa; en Chile: Guillermo Varas C., Enrique Silva Cimma, Eduardo Soto Kloss, Rolando Pantoja Bauzá y Claudio Moraga Klenner; en Ecuador: Joffre Campaña Mora, Efraín Pérez, Miguel Hernández Terán y Javier Robalino; Guatemala: Hugo Haroldo Calderón Morales; Nicaragua: Karlos Navarro; Panamá: Javier Sheffer Tuñón; Paraguay: Luis Enrique Chjase Plate y Jorge Silvero Salgueiro; Perú: Jorge Danós Ordóñez; Uruguay: Enrique Sayagués Laso, Hugo Martins, Mariano Brito Cechi, Carlos del Piazzo y Juan Pablo Cajarville Peluffo; y en Venezuela: Allan Randolph Brewer Carías, José Araujo Juárez, Víctor Hernández Mendible y José I. Hernández G.

1. *Los servicios públicos en la Constitución de Argentina*

En 1994 tuvo lugar la última reforma a la Constitución Argentina, merced a la cual se incorporó un artículo, el 42, en el que se consagran los derechos de tercera generación de los usuarios de los servicios públicos, que se robustecen con los deberes asignados al Congreso, en los incisos 19 y 19 del artículo 75 del mismo ordenamiento constitucional, en el sentido de promover la prosperidad y el bienestar, y de sancionar leyes de organización (del servicio público) de la educación.

En los términos de su artículo 42, la Constitución argentina en vigor obliga a las autoridades a proteger la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y prevé que la legislación establezca los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional. El texto completo de dicho artículo es el siguiente:

Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. (El énfasis es del autor)

En opinión de la profesora argentina María Carolina Fabrè, no implica un crecimiento de las atribuciones del Estado nacional a costa de las asignadas a las provincias, según explica de la siguiente manera:

A la luz de lo expuesto y en mi particular visión, entiendo que el avance del estado nacional sobre las atribuciones provinciales en esta materia —que para algunos podría verse positivizado en el artículo 42 C. N.— no es tal, pues de esa norma no se deduce que las provincias no puedan sus potestades regulatorias en materia de servicios públicos ya que debe ser, por el contrario, el Estado nacional el que debe demostrar el interés nacional en regular

determinadas materias y la inconveniencia de que las provincias intervengan en forma aislada.⁷

2. *Los servicios públicos en la Constitución de Brasil*

A la luz de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988, se pueden distinguir tres categorías de servicios públicos, a saber: los de prestación exclusiva de la administración pública centralizada; los que prestan indistintamente la administración centralizada o la descentralizada; los que pueden prestar tanto la administración pública como los particulares.

A. *Los de prestación exclusiva de la administración pública centralizada*

En su fracción X, el artículo 21 constitucional reserva a la Unión —entiéndase administración pública federal centralizada— el servicio público postal y el del correo aéreo nacional.⁸

B. *Los que prestan indistintamente la administración centralizada o la descentralizada*

Por su parte, la fracción XI del artículo 21 de la Constitución brasileña previene que los servicios públicos telefónicos, telegráficos, de transmisión de datos y demás servicios públicos de telecomunicaciones, pueden ser prestados indistintamente por la administración pública federal centralizada o por la descentralizada.

C. *Los que pueden prestar tanto la administración pública como los particulares*

La fracción XII del citado artículo 21 de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil prevé que tanto el Estado como los particulares, por medio de concesión, licencia o autorización, presten los servicios de radiodifusión sonora, de sonidos e imágenes y demás servicios públicos de telecomunicaciones; los de energía eléctrica, de navegación aérea y aereoes-

⁷ “El artículo 42 de la Constitución Nacional y las potestades regulatorias”, en *Derecho administrativo. Libro en homenaje al Profesor doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, p. 930.

⁸ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 210.

pacial, así como los de transporte ferroviario y acuaviario entre los puertos brasileños y fronteras nacionales.

En confirmación de lo anterior, el artículo 175 de la Constitución en comentario previene expresamente que compete al poder público, directamente o bajo el régimen de concesión o licencia, la prestación de los servicios públicos.

3. *Los servicios públicos en la Constitución de Colombia*

El título XII de la Constitución colombiana de 1991, al que se le suele adjudicar el sobrenombre de *Constitución económica*, se desarrolla bajo el epígrafe *Del Régimen económico y de la hacienda pública*, y dedica los seis artículos que integran su capítulo 5 —del 365 al 370— a los servicios públicos, los cuales asocia a la finalidad social del Estado, quien tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, pudiendo ser prestados directamente por el Estado, o indirectamente a través de comunidades organizadas, o por particulares, pero siempre sometidos a su regulación, control y vigilancia, bajo el régimen jurídico que fije la ley (artículo 365).

Previene la Constitución colombiana que la ley fije las competencias relativas a los servicios públicos domiciliarios, así como el régimen tarifario con criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, y dispone que se presten directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen (artículo 367).

De igual modo, dispone que la ley determine los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de los servicios públicos prestados por el sector público (artículo 369).

Además, la Constitución en comentario abre la posibilidad de que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas concedan subsidios a las personas de menos ingresos para el pago de los servicios públicos domiciliarios que cubran necesidades básicas (artículo 368).

Compete al presidente de la República ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten (artículo 369).

Complementariamente, la Constitución colombiana prohíbe el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador (artículo 56); prevé la intervención del Estado en los servicios públicos, para

racionalizar la economía a efecto de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de la población, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, así como para asegurar que todas las personas, en especial las de menores ingresos, tengan acceso a los servicios básicos (artículo 334); y dispone que la ley, a iniciativa del gobierno, fije los servicios a cargo de la nación, y de los departamentos, distritos y municipios, así como la distribución de los recursos para la atención de los mismos.

La Constitución de Colombia distingue sin definir, dentro de los servicios públicos, la categoría especial de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367), acerca de los cuales, la Corte Constitucional ha sostenido:

Se consagra en esta disposición (artículo 367) una categoría especial de servicios públicos, los llamados “domiciliarios” que son aquellos que se prestan al través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o puntos de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.⁹

En resumen, para la Constitución Política de Colombia en vigor, los servicios públicos son consustanciales a la finalidad social del Estado, por lo que éste tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, ya sea directamente o por medio de comunidades organizadas o de particulares, con sujeción al régimen jurídico que fije la ley, bajo el control y vigilancia del propio Estado. Además, cuando por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decida reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

4. *Los servicios públicos en la Constitución mexicana*

En la actualidad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula los servicios públicos, en lo general, en los artículos 28; 73, fracción XXIX; 115, fracciones II, III y IV; 116 fracción VII; 122 base primera, fracción V; y 123, fracción XVIII. Además, se ocupa específicamente de algunos servicios públicos: del de educación, en los artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV; del de suministro de energía eléctrica, en el párrafo 6o. del artículo 27; de los servicios públicos de correos y telégrafos, y

⁹ Tomado de Montaña Plata, Alberto, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 98.

de los de transporte ferroviario y comunicación satelital, en el párrafo 4o. del artículo 28.

En lo que hace a lo general en el ámbito federal, el ordenamiento en análisis prevé que los servicios públicos propiamente dichos sean creados por la ley y prestados por el Estado, ya sea directamente por la administración pública, o indirectamente a través de particulares bajo el régimen de concesión. El artículo 28 constitucional dispone en su párrafo decimoprimero que “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley”; y previamente, en su párrafo décimo previene:

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público

En la fracción 29 de su artículo 73, la Constitución en comento confiere facultad al Congreso para establecer contribuciones sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación.

En tanto que en su artículo 115, la Constitución mexicana señala las funciones y los servicios públicos que están a cargo de los municipios (fracción III), y faculta a sus ayuntamientos para aprobar los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones que regulen los servicios públicos de su competencia (fracción II), y además, dispone que los municipios administren libremente su hacienda en cuya integración se incluyen los ingresos derivados de la prestación de los servicios públicos a su cargo (fracción IV).

Sin distinguir cuáles son funciones y cuáles son servicios, la fracción III del artículo 115 constitucional encomienda a los municipios las funciones y servicios públicos siguientes:

- Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;
- Alumbrado público.
- Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos;
- Mercados y centrales de abasto.
- Panteones.
- Rastro.

- Calles, parques y jardines y su equipamiento;
- Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito;
- Los demás que las Legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Por su parte, el artículo 116 de la Constitución en cita previene que la Federación y los estados, en los términos de ley, puedan convenir la asunción por parte de éstos de la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario, y faculta a los estados para celebrar esos convenios con sus municipios, a efecto de que éstos asuman la prestación de tales servicios.

De igual modo, el artículo 122, en su apartado C, base primera, fracción V, inciso k, faculta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para regular la prestación y la concesión de los servicios públicos, y legislar sobre los servicios de transporte urbano, de limpia, turismo y servicios de alojamiento, mercados, rastros y abasto, y cementerios.

En la fracción XVIII de su artículo 123, la Constitución mexicana considera lícitas las huelgas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital; pero previene que tratándose de servicios públicos, será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo.

5. *Los servicios públicos en la Constitución de Uruguay*

En la normativa constitucional uruguaya relativa a los servicios públicos destacan las disposiciones que se mencionan a continuación.

En los tratados internacionales que celebre la República propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos (artículo 6o.).

Todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección (artículo 24).

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales; en consecuencia, la política nacional de aguas y saneamiento estará basada en el principio de que la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Consecuentemente toda

autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto. Mas los servicios públicos de saneamiento y de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales (artículo 47).

El gobierno nacional o los gobiernos departamentales, en su caso, condicionarán a su homologación, el establecimiento y la vigencia de las tarifas de servicios públicos concesionados, sin que las respectivas puedan darse a perpetuidad en ningún caso (artículo 51).

En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios (artículo 65).

Sólo pueden crearse y suprimirse los servicios públicos, mediante las leyes de presupuesto (artículo 86).

No podrán descentralizarse los servicios públicos de correos y telégrafos, y de salud pública, en forma de Entes Autónomos, sin embargo, la ley podrá concederles el grado de autonomía que sea compatible con el control del Poder Ejecutivo (artículo 186).

Entre las atribuciones de las Juntas Departamentales figuran las de fijar las tarifas y precios de los servicios que presten, mediante el voto de la mayoría absoluta del total de sus componentes, así como de otorgar concesiones para servicios públicos, locales o departamentales, a propuesta del Intendente, y por mayoría absoluta de votos del total de sus componentes (artículo 273).

6. *Los servicios públicos en la Constitución de Venezuela*

En sus artículos 86, 102, 108, 113, 156, 164 y 178, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se ocupa de regular los servicios públicos, en especial, los de seguridad social, educación, salud, radio y televisión, telecomunicaciones y correo; transporte ferroviario, aéreo terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional; servicios públicos domiciliarios y, concretamente, los de electricidad, agua potable y gas.

Dispone la Constitución de Venezuela que en tratándose de la prestación de servicios públicos, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público (artículo 113). Además, distri-

buye la competencia, en materia de servicios públicos, entre la Federación, los estados y los municipios.

En materia de servicios públicos, la Constitución de Venezuela distribuye la competencia entre el poder público nacional, los estados y los municipios, a través de los artículos 156, 164 y 178, encomendando a estos últimos los servicios públicos de transporte público urbano de pasajeros, limpieza y recolección de residuos; suministro de agua potable, electricidad y gas; canalización de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios.

IV. A MANERA DE EPÍLOGO

Como puede observarse, en el derecho comparado iberoamericano, los textos constitucionales de muchos países contradicen abiertamente la llamada huida del derecho administrativo y la consiguiente extinción del servicio público, promovidas por los impulsores del Estado neoliberal quienes a fines del siglo XX trataron de reivindicar la autorregulación del mercado a través de la mano invisible percibida por Adam Smith, la que en el nuevo milenio ha dado pruebas inequívocas de su severa artritis, provocando una aguda crisis financiera mundial cuyo remedio exige el perfeccionamiento de la regulación de los servicios públicos desde sus bases constitucionales, teniendo presente que el servicio público es una técnica de protección del usuario, cuyo fin último debe estar encaminado a proteger la dignidad de las personas humanas, es decir, sus usuarios, porque el desarrollo no debe atender sólo a lo económico sino también, y sobre todo, al desarrollo humano integral.