

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA NOCION DE SERVICIO PUBLICO

JORGE LUIS MAIORANO

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Buenos Aires

S U M A R I O

Introducción. I. Formación y evolución de la teoría clásica del servicio público. II. Criterios para delimitar la noción de servicio público: a) subjetivo; b) objetivo. III. La "crisis" del servicio público: a) causas; b) estado actual de la cuestión. IV. El servicio público y la función pública. V. El servicio público virtual: los llamados "servicios públicos impropios". VI. Noción de servicio público: nuestra opinión. Conclusiones.

I N T R O D U C C I O N

Los interesantes matices que ofrece al estudioso del Derecho Administrativo la institución del servicio público, nos han determinado a elaborar el presente trabajo a fin de exponer algunas ideas sobre el particular.

La noción de servicio público se ha constituido en algunos países, por imperio de la jurisprudencia y de la doctrina, en el concepto básico a partir del cual se elaboró esa rama de la ciencia jurídica. Va de suyo pues, que su estudio no puede descuidar el análisis de la evolución histórica de aquel concepto, debiéndose evaluar desde una perspectiva crítica las causas que originaron su prodigioso crecimiento, así como ponderar la utilidad actual que pueda reportar para nuestra disciplina la utilización de una categoría en la cual es dable advertir, como en las demás instituciones del Derecho Administrativo, el impacto sufrido por la transformación operada en los fines del Estado por el devenir histórico.

La diferente actitud que la doctrina especializada ha asumido ante

el estudio de la teoría del servicio público —mientras algunos autores se inclinan a favor de su mantenimiento, otros postulan su modificación y hasta eliminación— ha ahondado en mayor medida la dificultad de precisar con exactitud sus límites y contenido. En este orden de cosas, se justifica entonces que Alessi afirmara que las nociones de servicio público son tantas como los autores que de él se han ocupado aunque sea incidentalmente¹

Scr a necesario repasar cu ales fueron las circunstancias que, incidentalmente en Francia, posibilitaron el nacimiento de una noción que en breve tiempo se adue n  del Derecho Administrativo, merced a la labor de eminentes juristas que perduran a través del tiempo.

I. FORMACION Y EVOLUCION DE LA TEORIA CLASICA DEL SERVICIO PUBLICO

Sostiene Albi², que el origen de la doctrina sobre el servicio público hay que buscarlo en una jurisprudencia de tipo pretoriano, lenta y cautelosamente elaborada por el Consejo de Estado francés, que fuera recogida y sistematizada por los juristas de ese país en una labor de síntesis que permitió establecer una construcción unitaria del Derecho Administrativo, concebido éste como un cuerpo de reglas autónomas en torno de una idea señera que todo lo preside: la noción de servicio público.

Como consecuencia de una muy peculiar interpretación de la teoría de la división de los poderes, mediante las leyes de 16-24 de agosto de 1790 y del 16 fructidor del año III, se prohibió a los tribunales judiciales conocer de los litigios de la Administración y perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos. La existencia de un sistema jurisdiccional dual: judicial y administrativo y la ausencia de códigos o leyes que determinaran en forma expresa la competencia de ambas jurisdicciones, determinó que la jurisprudencia fuese elaborando diversos criterios tendientes a establecer el deslinde entre la justicia administrativa y la judicial.

Así adquiere relevancia la famosa distinción entre los actos de

¹B. Alessi, *Diritto amministrativo*. Milano, 1949, I 329 s.

²F. Albi, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid, 1960, 5.

autoridad y de gestión, sistematizada por Laferriere en su "Tratado de jurisdicción administrativa y de recurso contencioso", escrito en 1896. Este criterio se basaba en la distinción existente con respecto a los procedimientos del Estado como Poder Público y como persona jurídica. Aquellos actos en los cuales el Estado obrara en el ejercicio de su "imperium", ordenando en su carácter de autoridad pública, serían conocidos por el tribunal administrativo, mientras que cuando su actuación fuera similar a la de los particulares, regida por el derecho común, correspondería su conocimiento a los tribunales judiciales ordinarios.

La insuficiencia de esta argumentación y el peligro cierto que se deteriorara el sistema entonces vigente, determinó la búsqueda de una noción más efectiva y convincente. Surge así la noción de servicio público.

Si bien no se aprecia consenso en la doctrina, suele afirmarse que el punto de partida de esa noción se encuentra en el fallo "Blanco" dictado por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873; empero será recién en los albores del siglo xx, cuando la jurisprudencia emplee de manera sistemática la noción de servicio público como medio de designar al juez competente. Los fallos "Terrier" del 6 de febrero de 1903, y "Thérond", del 4 de marzo de 1910, son buena prueba de ello.

Comienza así a adquirir esta noción una creciente importancia en el panorama jurídico francés. Los actos del Estado dictados para la prestación de un servicio público, se denominaban actos administrativos; los contratos concertados con un fin de servicio público, eran administrativos; las personas vinculadas de manera permanente a un servicio público eran funcionarios públicos; los bienes del Estado destinados a los servicios públicos eran de uso público, etc. Los conflictos a ellos vinculados eran resueltos por el juez administrativo en base a la aplicación del derecho público, administrativo en la especie.

Es entonces, dice De Corail, cuando la doctrina, tomando conciencia de la evolución en curso, se apropia esta noción de servicio público a la cual pronto dará una aplicación general y una extensión excesiva³.

³J. L. de Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*. Paris, 1954, 5.

Fue Duguit quien a través de dos famosas obras: "Tratado de Derecho Constitucional" y "Las transformaciones del Derecho Público", se constituyó en el fundamento de la denominada "escuela realista".

Para este autor la noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público; éste será el derecho objetivo de los servicios públicos⁴. Su filosofía empírica, basada en un sistemático rechazo de toda noción metafísica, lo lleva a descartar todas las construcciones tradicionales no admitiendo otras ideas que aquéllas que se deducen de la pura interpretación de los hechos.

El análisis de la realidad demostró, según Duguit, que el derecho no es ya creación del Estado sino que se impone al Estado lo mismo que a los individuos. En este orden de cosas sostiene el eminente profesor de Burdeos, el Estado aparece cuando la diferencia entre gobernantes y gobernados se afirma. Los gobernantes son individuos como los otros sometidos al derecho objetivo pero, monopolizando la fuerza, están obligados a ejercerla en un determinado sentido; su misión será organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos.

Su concepción, de neto corte totalitario, convirtió a la noción de servicio público en el eje alrededor del cual giró toda la actividad del Estado; éste era una cooperación de servicios públicos.

A Duguit, le sucedió su discípulo Bonnard, quien difundió las ideas de su maestro, si bien en realidad fue Jeze el encargado de completar la visión esbozada por aquél. Jeze afirma que todas las veces que se está ante un servicio público, se comprueba la existencia de reglas jurídicas especiales que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, dando lo más rápido y completamente posible satisfacción a las necesidades de interés general⁵.

No obstante su adhesión a la tesis de Duguit, es en líneas generales, menos absoluto que su predecesor. Así, no acepta la definición de Duguit de que toda actividad administrativa que satisface una nece-

⁴L. Duguit, *Las transformaciones del Derecho Público*. Madrid, 1926, 85 y 107.

⁵G. Jeze, *Los principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires, 1949, Vol. I, t. II, 3-19.

sidad de interés general es un servicio público; para Jeze, lo determinante es el régimen jurídico especial a que se somete. Empero, le asigna al servicio público similar importancia que la otorgada por Duguit: considera que es la piedra angular del Derecho Administrativo.

Para evitar confusiones terminológicas, reservó la expresión servicio público para los casos en que, a fin de lograr la satisfacción de una determinada necesidad de interés general, se emplean los procedimientos de derecho público, denominando "gestión administrativa" al empleo de los procedimientos de derecho privado.

Conforme su criterio, el servicio público supone que los agentes públicos para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial susceptible de ser modificado en cualquier momento por las leyes y reglamentos que alteraran la organización del servicio sin que pudiera oponerse obstáculo alguno de orden jurídico.

En síntesis, dos eran los elementos constitutivos de su noción: un régimen jurídico especial y una organización y funcionamiento modificables en todo momento.

Pronto surgieron los disidentes con esta construcción jurídica artificial. Fueron Berthelemy y su discípulo Rivero quienes señalaron con mayor énfasis los errores de la teoría simplista, empero, el arraigo ganado por la concepción clásica impidió que este nuevo movimiento se desarrollara⁶.

Posiblemente teniendo en cuenta la polémica que durante largos años mantuvo con los más brillantes expositores de la escuela realista, suele la doctrina considerar a Hauriou como el principal opositor de la teoría clásica del servicio público. Si bien en un comienzo asumió

⁶H. Berthelemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*. París, 1933. En otra de sus obras afirma: "no considero como un progreso doctrinal la afirmación de que el elemento superior de toda organización administrativa reside en la noción de servicio público... no hay una noción de servicio público, porque no hay una forma única de servicios públicos, sino formas variadas que implican profundas diferencias... Los servicios públicos están sometidos al derecho común todas las veces que éste no haya sido derogado por textos contrarios" (*La notion de service public* en *Mélanges Maurice Hauriou*. París, 1929, 817 ss.).

una actitud crítica, luego sólo se limitó a atribuir al servicio público un alcance distinto al de Duguit y Jeze. Así como para el famoso decano de la facultad de Derecho de Burdeos, el servicio público tenía una fuerza expansiva tal que comprendía a toda la actividad del Estado, y para Jeze incluía a toda la actividad de la administración, Hauriou consideró que se estaba sólo ante una parte de la actividad de la Administración Pública.

Definía al servicio público como un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública⁷.

De lo expuesto surge que a pesar de constituir el fundamento del Derecho Administrativo, la doctrina clásica del servicio público careció de un criterio único, preciso, que posibilitara la formulación de una definición con alcance general⁸.

Sin embargo, su propia virtualidad posibilitó que la noción de servicio público adquiriera una rápida difusión que la llevó a ser adoptada con mayores o menores variantes por la doctrina de varios países europeos, llegando incluso a Argentina con una vitalidad tal que Bielsa la consideró como un elemento fundamental en su definición de Derecho Administrativo⁹.

Mientras en España su doctrina, tan rica en aportes a nuestra disciplina, adoptó también la noción de servicio público destacando su trascendencia en el contenido del Derecho Administrativo, en Italia, según afirma Albi, se ha criticado la doctrina francesa tachándola de incierta y nebulosa atribuyéndole un escaso contenido jurídico¹⁰.

⁷M. Hauriou, *Précis de Droit Administratif*. París, 1919, 44.

⁸Ph. Comte, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public*. París, 1934, 11: "la noción de servicio público, por esencial que sea, es de las más confusas; parece difícil dar de ella una definición satisfactoria y precisa".

⁹R. Bielsa, *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1966, 2, donde dice: "es derecho administrativo el conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública".

¹⁰Albi, *op. cit.* 10; en España: A. Posada, *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1898, t. II, 3: La función administrativa se resuelve concretamente en servicios; la Administración es un sistema de servicios; C. García Oviedo, *La teoría del servicio público*. Madrid, 1923, 5: "el servicio público

II. CRITERIOS PARA DELIMITAR LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

El criterio subjetivo para establecer la noción de servicio público considera a éste como una empresa u organismo.

Esta tesis fue la que predominó durante el período de esplendor de la teoría del servicio público en Francia; tanto la jurisprudencia como la doctrina se inclinaron hacia esta postura¹¹.

Como lo afirman De Corail y su prologoista, el profesor de Toulouse, Couzinet, en sus comienzos el servicio público era una empresa asumida por la propia Administración utilizando sus medios materiales y personales¹².

Pronto se advirtieron las limitaciones que este criterio conllevaba puesto que pecaba por exceso y por defecto. Por exceso, dado que

es el eje sobre el que gravita el moderno derecho administrativo. Determinar su noción, las normas jurídicas que le presiden, las relaciones de derecho que origina, el régimen de su creación y organización, son pormenores de un sistema que forma lo que de esencial hoy vive en el Derecho Administrativo"; R. Fernández de Velasco, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*. Murcia, 1921, 43: "La noción de servicio público pertenece a la Administración y cabe suplir en términos de igualdad, administración por servicio público".

¹¹J. Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif*. Paris, 1927, 114: "el servicio público es una organización administrativa que bajo la dirección del Poder Público funciona por medio de caudales públicos en interés de la colectividad y para proveer las necesidades de la misma"; R. Bonnard, *Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat* en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1925, 5: "toda actividad organizada por la Administración para satisfacer una necesidad considerada como esencial y que sólo puede satisfacerse completamente mediante la intervención de la Administración". Entre la doctrina más reciente se han inclinado hacia este criterio: Díez, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, t. III (1967) 198; Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, t. III (1951) 49, donde a pesar que afirma que su criterio es objetivo, destaca la presencia de la Administración Pública directa o indirectamente, formulación que, a nuestro criterio, lo enrola en la tesis subjetiva; Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo. 1953, t. I, 58.

¹²Corail, *ob. cit.*, VII y 23.

no todo el aparato orgánico administrativo desarrollaba sólo servicios públicos y por defecto, pues fue dable observar que ciertos particulares colaboraban con la Administración en la satisfacción de las necesidades de interés general mediante un mecanismo contractual a través del cual la Administración permanecía como titular del servicio otorgando, concediendo al particular la explotación de la actividad específica por su cuenta y riesgo. La concesión de servicios públicos forzó entonces una apertura en el rígido criterio subjetivo a partir de la cual comenzó a considerarse que aquél podía ser satisfecho por la Administración Pública directamente, "en regie", o indirectamente a través de los concesionarios.

Si la empresa era asumida por la propia Administración, se aplicaba un régimen jurídico exorbitante al derecho privado; se identificaba así el servicio con el derecho público. Para superar el contrasentido que implicaba que un importante sector de las actividades de los concesionarios, sus relaciones con los usuarios, fueran generalmente regidas por el derecho privado, se acudió a una argumentación mediante la cual pudo incluirse a esos sujetos dentro del criterio subjetivo; en palabras de Jeze "la concesión no cambia la naturaleza jurídica del servicio, que sigue siendo un servicio público".

El criterio objetivo, a diferencia del anterior, se basa en la actividad mediante la cual se satisfacen las necesidades de interés general, con prescindencia del sujeto u órgano que la realiza.

Se afirma que el concepto inicial de Duguit, al sostener que el servicio público era toda la actividad cuyo cumplimiento debía ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, lo ubica dentro de los partidarios del criterio objetivo¹³.

Tras el eclipse del criterio subjetivo, la vertiente material u objetiva, relegada hasta entonces, adquiere nuevamente importancia en su versión actual: el servicio público funcional. Al respecto, la doctrina afirma que con la fórmula funcional la noción de servicio público se abre, se extiende a una más amplia órbita. En lugar de

¹³Albi, *ob. cit.*, 7. En contra: M. S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 22 donde en nota 9 afirma que si bien algunos tratadistas franceses incluyen a Duguit y Jeze entre los sostenedores del criterio material, lo cierto es que dichos autores deben ser incluidos entre los partidarios del criterio orgánico.

atenderse fundamentalmente a las ideas de poder público y de procedimiento de derecho público, se toma como base el interés general ofrecido o satisfecho por la actividad ejercida¹⁴.

La preocupación por la actividad, con prescindencia del sujeto que la lleve a cabo, determina la ruptura de la vinculación con la Administración; por ello, serán también llamados servicios públicos, ciertas actividades que, por el interés general que ellas trasuntan, exigen ser sometidas a un régimen jurídico específico aun cuando no sean asumidas por un sujeto estatal.

III. LA "CRISIS" DEL SERVICIO PÚBLICO:

A. CAUSAS; B. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

El tema de la crisis de la noción de servicio público comenzó a plantearse al producirse la quiebra de algunos de los elementos considerados tradicionales de aquella construcción jurídica. De lo hasta aquí expuesto se deduce que dichos elementos tradicionales eran: subjetivo, formal y teleológico.

El elemento subjetivo destaca la presencia de una persona estatal o privada si se trata de un concesionario. El segundo elemento se refiere al régimen jurídico específico, particular, aplicable a la actividad desarrollada por aquellos sujetos. Por último, el elemento teleológico o finalista es el que justifica la razón de la existencia de los servicios públicos: la satisfacción de las necesidades públicas.

A. Causas

Los factores que, según la doctrina, han influido en el desencadenamiento de la crisis del servicio público son: 1) la aparición, a partir de 1914, es decir al producirse la primera gran contienda mundial, de las actividades industriales y comerciales regidas en gran medida por el derecho privado y asumidas por el propio Estado y 2) el reconocimiento de la existencia de actividades que, desarrolladas por sujetos privados, satisfacían las necesidades públicas bajo un régimen jurídico particular que suponía el control por los organismos estatales.

¹⁴Albi, *ob. cit.*, 18.

En la actualidad el tema de la crisis del servicio público es analizado desde distintas perspectivas por la casi totalidad de los autores que han estudiado esta categoría jurídica¹⁵.

Es necesario puntualizar que los efectos de la llamada "crisis" se han sentido primordialmente en Francia, cuna de la noción tradicional. El abusivo uso que se hizo de la noción amplia de servicio público generó un riesgo evidente para la propia suerte del concepto; en efecto, cualquier cambio en la estructura del derecho administrativo —con el que genéricamente se hacía coincidir el régimen del servicio público— podría determinar un desajuste entre ambos términos. Y esto es cabalmente lo que ha venido a ocurrir por consecuencia principal de una Administración que se convierte en gestora de empresas y actividades de carácter mercantil e industrial¹⁶.

Hasta 1914 la distinción entre derecho público y derecho privado, entre actividad pública y actividad privada, resultaba clara de precisar; la noción de servicio público en sus comienzos se apoyó en esa distinción que, por lo demás, respondía a la etapa de liberalismo económico imperante en ese entonces. El Estado prestaba los servicios públicos tradicionales bajo un régimen de derecho público. Pero al desencadenarse la Primera Guerra Mundial y por imperio de las circunstancias, el Estado debió asumir un sinnúmero de actividades que eran desarrolladas hasta allí por los particulares con exclusividad. Así, el municipio francés se convirtió en empresario de servicios de electricidad, agua, transportes, baños públicos, pompas fúnebres, actividades todas ellas a las cuales se les aplicó el derecho privado¹⁷. Perdía vigencia entonces,

¹⁵F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1960, t. II, 319 ss; del mismo autor *La crisis de la noción de servicio público*, en *Las transformaciones del régimen administrativo*. Madrid, 1962, 141; Albi, *ob cit.*, 17 ss; Marienhoff, *ob cit.*, 58 ss.; De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, 1963, 562 ss.; E. Silva Cima, *Derecho Administrativo chileno y comparado*. Santiago de Chile, 1962, t. II 12 y 66; A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1975, t. II, cap. XIII, 7; Diez, *ob. cit.*, t. III, 194 ss.; A. Guaita, *Derecho administrativo especial*. Zaragoza, 1967, t. III, 71; Sayagués Laso, *ob cit.*, t. I, 59; M. Waline, *Droit administratif*. Paris, 1963, 74 ss.; A. Revilla Quezada, *Curso de derecho administrativo boliviano*. La Paz, 1958, 172 ss.

¹⁶Garrido Falla, *Tratado, cit.*, II, 319.

¹⁷Laubadère, *ob cit.*, 49: "este desarrollo no ha tenido únicamente por consecuencia agrandar considerablemente la plaza hecha a los servicios econó-

el régimen jurídico totalmente público, característico de la noción clásica.

La jurisprudencia francesa acogió esta transformación en fallo "Société commerciale de l'Ouest Africain" dictado por el Tribunal de Conflictos el 22 de enero de 1921. Este órgano al pronunciarse por la competencia de la justicia ordinaria y la aplicación del derecho privado en una reclamación sobre la responsabilidad de la colonia francesa de la Costa de Marfil en territorio africano al perderse unas mercaderías cuyo transporte le había confiado una sociedad particular, expresó que "al efectuar mediante remuneración las operaciones de pasaje de peatones y vehículos de una ribera a la otra de la laguna, la Costa de Marfil explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial ordinario..." Una profunda brecha se abría de esta forma con relación a la tesis primitiva de Duguit y Jeze.

La doctrina española coincide con la francesa en la influencia que la moderna actividad industrial y comercial ha ejercido sobre la noción de servicio público. En este sentido, se afirma que ante la asunción de nuevas actividades industriales con contenido económico por la Administración resulta estrecha la tradicional enumeración de los cometidos de aquéllas; por ello, a las ya tradicionales actividades de coacción, estímulo y prestación cabría agregar la gestión económica a través de la cual se proporcionan bienes al mercado.

La segunda causa que determinó la aparición de la crisis del servicio público afectó al elemento subjetivo de la noción tradicional. Se observa que las necesidades públicas no sólo pueden ser satisfechas por la Administración Pública actuando directa o indirectamente sino, en muchos casos, también por los propios administrados bajo la fiscalización de los órganos estatales. Al respecto, se citan como típicos ejem-

plares cuyo tipo ya existía. El ha afectado igualmente el carácter de estos servicios. Lo que ha aparecido nuevo en los servicios industriales desde hace unos treinta años es, en primer lugar, que por su objeto ellos se parecen cada vez más a las industrias o comercios privados; si la diferencia era aún sensible entre el servicio postal o ferroviario y un comercio privado, ello ya no existe entre este último y un establecimiento municipal de baños ducha; pero, sobre todo por razones diversas y en particular para defenderse contra el argumento liberal de la inferioridad de la gestión estatal, los poderes públicos han manifestado cada día más preocupación de organizar y de hacer funcionar estos servicios en las mismas condiciones de las empresas privadas similares".

plos los Colegios profesionales de abogados, médicos, etc., las farmacias, el servicio de taxis, almacenes, proveedurías, carnicerías, lecherías y demás comercio que expendan artículos de primera necesidad¹⁸.

B. Estado actual de la cuestión

La transformación de los elementos tradicionales de la noción de servicio público ha determinado que la doctrina se esforzara por introducir los cambios necesarios para mantener a esa noción en vigencia o los substitutivos para reemplazarla.

En la moderna doctrina francesa es posible señalar dos corrientes opuestas. Por una parte, Laubadere trata de demostrar que la noción sigue vigente y mantiene actualidad, al estudiar cada una de las categorías jurídicas del derecho administrativo (actos, contratos, etc.). En la vertiente opuesta, Vedel es el principal exponente de la tesis que busca sustentar al derecho administrativo en bases distintas a las consideradas antaños por la doctrina tradicional: explica todo el derecho administrativo como determinado por la presencia o ausencia de la noción de "puissance publique" (procedimiento de autoridad).

En Argentina la doctrina no ha permanecido ajena a este proceso, aunque cierto es destacar que la "crisis" no se ha manifestado en las mismas condiciones que en Francia, precisamente porque esta noción no cumplió ni cumple la función delimitadora que desempeñó en el derecho francés. Mientras un sector de la doctrina utiliza el vocablo "evolución" para referirse a una distinta interpretación actual del sentido y alcance de varios de los elementos que deben caracterizar al servicio público¹⁹, se postula en una posición extrema y radical, la su-

¹⁸Ver A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*. t. II, cap. XIII donde dice: "si un servicio público podría ser prestado no sólo directa o indirectamente por la administración, sino también por entes que nada tenían que ver con ella, era notorio que sólo se podía definir al servicio público por su objeto... nace así la "noción funcional" o "existencial" del servicio público. En el mismo sentido Marienhoff, *op. cit.*, t. II, 20 N° 291, su texto y nota N° 3. Afirma allí que la extensión del concepto de servicio público a actividades de interés general satisfechas por los particulares o administrados (que no sean concesionarios), traslada la cuestión al criterio funcional".

¹⁹Marienhoff, *ob. cit.*, t. II, 59.

presión lisa y llana de la noción dado que "introduce más confusiones que clarificaciones dentro del pensamiento jurídico sistemático"²⁰.

Es indudable que la clásica noción de servicio público ha sufrido los embates del tiempo y de los consecuentes cambios económicos, sociales y políticos operados en todos los países que la han adoptado; cierto es también que la transformación apuntada se aprecia de manera acentuada en el derecho público francés, mas creemos que resulta poco feliz afirmar por ello que en nuestro país esta noción no presenta ya interés para el derecho administrativo; por el contrario, pensamos que le corresponde a la doctrina la delicada tarea de elaborar un concepto que resulte válido para la comprensión acabada de un fenómeno determinado, como es el de la eficiente satisfacción de las necesidades públicas.

IV. EL SERVICIO PÚBLICO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA

Antes de formular nuestro concepto de servicio público, se impone distinguir a éste de la función pública. La falta de consenso entre los autores sobre el criterio de distinción entre ambas, determina que ciertas actividades que algunos consideran como función pública otros las incluyan dentro del servicio público y viceversa.

Bielsa afirma que la función pública es lo abstracto y general y el servicio público es lo concreto y particular. La función sostiene, es concepto institucional; el servicio público actualiza y materializa la función²¹.

En la doctrina italiana se ha elaborado el concepto de servicio público en base a la oposición con la función pública. Así, Zanobini postula el carácter más extenso de la función pública afirmando que la función representa siempre el ejercicio de la potestad pública entendida ésta como una esfera de la capacidad específica del Estado, o sea su soberanía. Por el contrario, el concepto de servicio público tiene un sentido más restringido; representa toda la actividad técnica, material que se coloca a disposición del individuo para ayudarlo a la obtención de su fin²².

²⁰Gordillo, *ob. cit.*, cap. xiii, 12.

²¹Bielsa, *ob. cit.*, 48; Villegas Basavilbaso, *ob. cit.*, t. III, 228.

²²G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1945, 28 ss.; En

Vitta por su parte, estima que cuando los destinatarios de la actividad sean individualizables o determinables, se estará ante un servicio público, mientras que cuando la actividad beneficie a la colectividad en su conjunto, sin determinación de los beneficiarios se tratará de una función pública. Este criterio es insuficiente puesto que existen ciertos servicios públicos cuyos usuarios son indeterminados, tal lo que sucede, por ejemplo, con el servicio de la hora oficial. Aquí disintimos con Marienhoff quien cita en el mismo sentido, actividades que, según nuestro criterio, no traducen el ejercicio de un servicio público sino de una función pública: defensa nacional, policía de seguridad²³.

Ambas categorías jurídicas, la función y el servicio público, presentan un rasgo común: la actividad; ésta existe tanto en una como en el otro. La actividad propia de la función pública se destaca pues ocupa un plano jurídico superior con relación a la actividad de servicio público. La primera, fundamentada en la soberanía, señala la forma originaria a través de la cual se expresa el Estado: legislación, administración, jurisdicción. Por ello entonces, dichas actividades son indeclinables, indelegables siendo ejercidas sólo por los órganos estatales; respecto de ellas no es posible suponer una concesión a los particulares.

La función pública implica además, el ejercicio de poderes jurídicos más intensos a través de los cuales se imponen a los administrados limitaciones tanto a su libertad como a su propiedad, por ejemplo: servicio militar obligatorio, fijación de impuestos.

En este orden de cosas, la legislación y la justicia son actividades que trasuntan el ejercicio de una función pública ya que evidencian el empleo de potestades cuyo fundamento se encuentra en la soberanía. En la Administración, en cambio, se señalan tanto actividades propias de la función como pertenecientes al servicio. Coincidimos con el sector de la doctrina que estima que la policía de seguridad y la

el mismo sentido Garrido Falla, *ob. cit.*, t. II, 327, quien sostiene que frente a la función pública, el servicio público se caracteriza porque consiste sustancialmente en una actividad técnica, prestadora y asistencial.

²³Marienhoff, *ob. cit.*, 48. Al respecto señalamos que, como excepción, la policía de seguridad actuaría como servicio público en el supuesto de que se contrataran agentes como custodia adicional para la seguridad de un espectáculo deportivo.

defensa nacional son actividades administrativas que pertenecen al ámbito de la función pública²⁴.

El servicio público, en cambio, es una actividad que, realizada por órganos estatales directamente, se inserta dentro de la Administración. No existe por ello, servicio público dentro de la legislación ni en la jurisdicción.

Para distinguir, dentro de la Administración, las actividades que pertenecen al servicio de las propias de la función, resulta válido el criterio sustentado por Zanobini y Garrido Falla, quienes consideran que el servicio público consiste en una actividad técnica, agregando por nuestra parte, práctica y concreta que actualiza y materializa la función como sostuvo Bielsa.

V. EL SERVICIO PUBLICO VIRTUAL: LOS LLAMADOS "SERVICIOS PUBLICOS IMPROPIOS"

Respondiendo a aquellos dos diferentes criterios que se emplean para caracterizar al servicio público, subjetivo y objetivo, la doctrina distingue comúnmente los servicios públicos en propios e "impropios". Los primeros son aquéllos prestados por el Estado directa o indirectamente a través de concesionarios. Los servicios "impropios", virtuales u objetivos son los gestionados por los particulares bajo una reglamentación establecida por los órganos estatales; se citan como casos típicos al servicio de automóviles de alquiler y a las farmacias.

El origen de las denominaciones de "impropio" y "virtual" difiere. Fue De Valles quien en Italia llamó *impropios* a los servicios que suponían actividades que, aún permaneciendo en manos de los particulares, estaban destinadas al público²⁵.

Por el contrario, la denominación de virtual se debe a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés inaugurada con el fallo "Compañía Marítima del Africa Oriental" del 5 de mayo de 1944. Admitió allí que las autoridades administrativas, cuando son llamadas a autorizar a los particulares el ejercicio de ciertas actividades, pueden supeditar su autorización al cumplimiento de diversas obligaciones que con-

²⁴Dicz, *ob. cit.*, t. III. 189.

²⁵A. de Valles, *I servizi pubblici*, en *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, de V. E. Orlando, Milano, 1930, t. VI, 613 ss.

vierten una actividad privada en un servicio público. Las condiciones exigidas son dos: la actividad en cuestión debe estar sometida a un régimen de autorización previa, exigiéndose además que presente un carácter de interés general, es decir que contituya (según la terminología empleada por el Comisario de Gobierno Chenot) un servicio público virtual²⁶.

Aunque desde el punto de vista teórico pueda plantearse la conveniencia de reconocer o negar la existencia de los servicios públicos "impropios" o virtuales, no creemos que pueda caber duda en el plano empírico de la utilidad que proporciona a los particulares la adopción del criterio objetivo para conceptuar al servicio público. Si bien en los albores de esta noción sólo se lo concebía realizado por sujetos estatales, el análisis posterior demostró que los particulares desarrollan ciertas actividades que producen el mismo efecto que las gestionadas por los sujetos públicos: satisfacer la utilidad pública. El concepto originario y primitivo se adaptó a las nuevas circunstancias ocasionando la división de la doctrina entre aquellos que se aferran a la noción clásica y quienes postulan su reforma²⁷.

Si el empleo de una terminología inadecuada acarrea más dificultades que soluciones, debe propiciarse su modificación. En caso contrario, se estará agregando un ingrediente que aumentará la confusión generando imprecisión. Ello se advierte cuando se analiza la clasificación de los servicios públicos en propios e "impropios". De Valles cuando compara ambas categorías, afirma que entre ellas existe no sólo analogía jurídica sino además lógica; sin embargo propone una denominación que demuestra precisamente lo contrario, pues sostener que un servicio público es impropio, es afirmar, en nuestro concepto,

²⁶Laubadère, *ob. cit.*, 574 ss.

²⁷Se muestran partidarios del reconocimiento de la categoría de servicios públicos "impropios", entre otros: Marienhoff, *ob. cit.*, t. II, 25 ss.; B. Fiorini, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. II, 829; A. Greca, *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, Santa Fe, 1943, t. III, 200; Bielsa, *ob. cit.*, 49; J. Gascón y Marín, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios de Legislación Española*, Madrid, 1950, 228. En sentido opuesto, negando tal categoría: Díez, *ob. cit.*, t. III, 194; Villegas Basabilbaso, *ob. cit.*, t. III, 48; Sayagués Laso, *ob. cit.*, t. I, 86; R. Entrena Cuesta, *El servicio de taxis*, en *Revista de Administración Pública* (Madrid) Nº 27 (1958) 40.

que no es propiamente un servicio público. Nos preguntamos por ello ¿dónde está la analogía que se predicaba?²⁸.

Debe sustituirse pues, la denominación de servicios públicos "impropios" por la de servicio público "no estatales"; como contrapartida los llamados hasta ahora servicios públicos propios se denominarán servicios públicos "estatales"²⁹.

¿Quién es el titular del servicio público estatal? Precisamente el Estado, a pesar que el servicio sea gestionado por concesionarios. ¿Quién es el titular del servicio público no estatal? El particular que comercia con su actividad ¿Es ello un obstáculo para considerar que esa actividad pueda convertirse en un servicio público? Pensamos que en absoluto. Las ventajas del empleo de las terminologías que propiciamos están a la vista.

Por otra parte, la adopción del criterio objetivo, funcional o virtual para definir al servicio público no debe llegar al extremo de sostener que, aún a falta de toda declaración estatal existen servicios públicos virtuales u objetivos a los cuales corresponde aplicarles directamente el tratamiento que para esos supuestos reconoce o establece la ciencia jurídica³⁰.

De admitirse esta última opinión, obviamente la noción de servicio público se ofrece difusa, carente de precisión, justificando que un sector de la doctrina postule su eliminación por inútil. ¿Qué beneficio reporta a los administrados la consideración desde un plano abstracto, puramente teórico que una determinada actividad es un servicio público? ¿No se estará sosteniendo una afirmación carente de toda relevancia jurídica? Por ello entonces si bien admitimos una noción objetiva de servicio público, postulamos que la misma sea empleada dentro de ciertos límites que demarcarán su ámbito de aplicación. Será menester de acuerdo a nuestro criterio, una declaración estatal que,

²⁸El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 16ª edic., 1939, incluye dos acepciones del vocablo impropio que demuestran el acierto de nuestra afirmación: "falto de las cualidades convenientes según las circunstancias" y "ajeno de una persona, cosa o circunstancias o extraño a ellas".

²⁹Los servicios públicos "impropios" han sido denominados también actividades individuales de interés público: Sayagués Laso, *ob. cit.*, t. I, 86; servicios de interés público: Garrido Falla, *ob. cit.*, t. II, 406; empresas reglamentadas: Villegas Basavilbaso, *ob. cit.*, t. III, 48.

³⁰Marienhoff, *ob. cit.*, t. II, 27.

elevando una determinada actividad a la categoría de servicio público, asegure efectivamente que la utilidad que esperan los particulares les sea proporcionada dentro de un régimen que posibilite a los usuarios una adecuada protección⁸¹.

VI. NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: NUESTRA OPINIÓN

Resulta sumamente difícil esbozar una noción de servicio público que, manteniendo en lo sustancial las notas que siempre han caracterizado a esta institución, tenga al mismo tiempo la virtud de adaptarse a la cambiante realidad social de nuestros días.

Va de suyo entonces que esta materia debe estar orientada a la enunciación de un concepto que permita, además de la supervivencia de esta categoría jurídica, la comprensión de las distintas alternativas que encierra.

En nuestro concepto, el servicio público es toda actividad práctica y concreta mediante la cual se satisfacen de una manera directa e inmediata necesidades e intereses públicos bajo un régimen jurídico específico establecido por un acto estatal.

Luego de la evolución sufrida por aquel concepto primario de servicio público enunciado en Francia por Duguit y por el cual se lo identificó con toda la actividad estatal, actualmente existe consenso en la doctrina en ubicar al servicio público dentro de la actividad de la Administración Pública.

Cierto es que para los autores partidarios del criterio orgánico, esta noción se agota en el ámbito de la Administración ya sea actuando ésta por sí misma o concediendo el ejercicio del servicio, aunque reteniendo su titularidad. Por el contrario, para quienes postulando la noción funcional u objetiva prescinden del sujeto centrandolo en la actividad, esta podrá ser gestionada tanto por la Administración, directa o indirectamente, como por aquellos particulares que, sometidos a un régimen jurídico específico, ejerzan una actividad que trascienda la esfera privada beneficiando a la comunidad. Conforme esta tesis, la noción propuesta no prejuzga sobre el sujeto gestor del servicio público.

⁸¹Conf. Gordillo, *ob. cit.*, t. II, cap. XIII, 9.

La actividad de servicio público es práctica y concreta en la medida que otorga prestaciones determinadas, susceptibles de observación en el plano material; no se trata de actos puramente psíquicos de voluntad o juicio sino de objetos capaces de adquirir relevancia operativa en la realidad externa. En otras palabras, la prestación propia del servicio público se aprecia a través de los sentidos del ser humano, como por ejemplo, luz, gas, teléfono, hora oficial, entre otras.

Si se considera que la prestación, fruto de la actividad, debe satisfacer de manera directa e inmediata las necesidades e intereses públicos, no será el dinero un medio idóneo para ello. En el servicio público los usuarios deben encontrar real y efectivamente satisfechas sus necesidades e intereses existiendo, por lo tanto, una relación causal directa entre la prestación y la necesidad o interés correspondiente.

A pesar de tratarse del elemento de la noción clásica que en menor medida ha sufrido los embates de las transformaciones introducidas con el correr del tiempo, la finalidad del servicio público fue calificada de diversas formas por la doctrina. Así, las "necesidades de interés general", las "necesidades colectivas", las "necesidades generales", las "necesidades e intereses colectivos", el "interés público" se disputaron la preeminencia. Por sobre los matices diferenciales que suelen señalarse respecto de unas y otras denominaciones, en todas ellas se advierte un rasgo común que es el de referirse a una actividad que trasciende la esfera privada para proyectarse con un alcance tal que gravita sobre la comunidad.

Este alcance justifica entonces que los órganos estatales determinen para el desenvolvimiento de esta actividad un régimen jurídico específico mediante el cual se asegure el logro de la finalidad buscada.

Una determinada actividad calificada como servicio público por el Estado quedará sometida, en función de su trascendencia, a una serie de normas que constituirán para los administrados la garantía a través de la cual verán satisfechas sus necesidades e intereses. Si se analiza, por ejemplo, la situación en que se encuentran aquellos particulares que desarrollan actividades calificadas como servicio público, se advierte que se encuentran sometidos a un régimen jurídico integrado por normas de orden privatista en cuanto comerciantes y de orden publicista en cuanto gestores de una actividad que trasciende los límites privados; es el caso de los responsables de la actividad farmacéuti-

ca y los titulares de las licencias otorgadas para explotar el servicio de automóviles de alquiler.

No creemos acertado sostener en la actualidad la tesis primitiva de que el servicio público se desenvuelve conforme a procedimientos de derecho público, ya que incluso el mismo Estado ha creado numerosas entidades descentralizadas que actuando en el proceso de producción económica se rigen por normas de derecho privado prestando servicios públicos. El fenómeno recién apuntado se puede observar en la ley que rige las actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos llevadas a efecto por las empresas del Estado³².

No es necesario que toda la actividad se regule por los procedimientos de derecho público, sí sólo aquellos aspectos que determinan la calificación como servicio público. La ingerencia del derecho público será visible en lo atinente a la fijación de tarifas, horarios de prestación de los servicios y demás cuestiones vinculadas a la reglamentación del mismo.

CONCLUSIONES

Vapuleada, defendida, cuestionada pero nunca ignorada, la noción de servicio público se mantiene vigente a través de los años merced a las múltiples facetas que ella encierra. Para los gobernantes se constituye en un instrumento idóneo mediante el cual el Estado cumple su finalidad última: el logro del Bien Común; a los administrados, usuarios en suma, les brinda las prestaciones que posibilitarán su bienestar en la sociedad y a los estudiosos de la disciplina administrativa les impone un desafío histórico: adaptar a las circunstancias actuales una noción nacida hace muchos años en condiciones disímiles a las de nuestros días. A ellos cabe la responsabilidad de convertir a esta noción en una institución remozada, práctica y adecuada despojándola de todos los preconceptos propios de sistemas jurídicos extraños. En caso contrario, muy pronto pasará a engrosar las páginas de la historia del derecho administrativo.

³²Art. 1º de la Ley 13.653, modificada por la Ley 14.380, t, o por Decreto Nº 4053-55, modificado por Ley 15.023.