

|                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>VI. EL SERVICIO PÚBLICO . . . . .</b>                                                     | <b>89</b> |
| Origen de la idea del servicio público . . . . .                                             | 89        |
| Principales corrientes teóricas sobre el servicio público . . . . .                          | 94        |
| Servicio público es toda actividad del Estado . . . . .                                      | 95        |
| Servicio público es toda actividad de la administración pública . . . . .                    | 95        |
| Servicio público es sólo una parte de la actividad de la<br>administración pública . . . . . | 98        |
| La noción de servicio público carece de importancia . . . . .                                | 99        |
| Criterios para determinar si un servicio es público . . . . .                                | 99        |
| Criterio orgánico . . . . .                                                                  | 100       |
| Criterio jurídico . . . . .                                                                  | 100       |
| Criterio legal . . . . .                                                                     | 101       |
| Criterio funcional . . . . .                                                                 | 102       |
| Criterio teleológico . . . . .                                                               | 103       |
| Crisis de la noción de servicio público . . . . .                                            | 104       |
| Opinión de Jean-Louis de Corail . . . . .                                                    | 105       |
| Opinión de Manuel M. Díez . . . . .                                                          | 106       |
| Opinión de Enrique Silva Cimma . . . . .                                                     | 107       |
| Transformaciones de la idea del servicio público . . . . .                                   | 107       |
| Caracteres esenciales del servicio público . . . . .                                         | 108       |
| La generalidad . . . . .                                                                     | 108       |
| La igualdad . . . . .                                                                        | 108       |
| La regularidad . . . . .                                                                     | 109       |
| La continuidad . . . . .                                                                     | 109       |
| La obligatoriedad . . . . .                                                                  | 113       |
| La adaptabilidad . . . . .                                                                   | 114       |
| La permanencia . . . . .                                                                     | 114       |
| La gratuidad . . . . .                                                                       | 114       |
| Elementos indispensables del servicio público . . . . .                                      | 114       |
| La necesidad a cuya satisfacción se destina . . . . .                                        | 115       |
| La actividad satisfactora . . . . .                                                          | 115       |
| El universo de usuarios potenciales del servicio . . . . .                                   | 115       |
| La intervención estatal . . . . .                                                            | 116       |
| El sujeto prestador del servicio . . . . .                                                   | 116       |
| Los recursos empleados en la prestación del servicio . . . . .                               | 116       |
| Un régimen jurídico exorbitante del derecho privado . . . . .                                | 116       |
| Definición del servicio público . . . . .                                                    | 117       |
| En la ley . . . . .                                                                          | 117       |
| En la jurisprudencia . . . . .                                                               | 117       |
| En la doctrina . . . . .                                                                     | 118       |
| Definición propuesta . . . . .                                                               | 119       |
| División y clasificación del servicio público . . . . .                                      | 121       |
| La división . . . . .                                                                        | 121       |
| La clasificación . . . . .                                                                   | 122       |
| Formas de gestión del servicio público . . . . .                                             | 123       |

# VI. El servicio público

---

El derecho administrativo desarrolla su doctrina en torno a ciertas ideas fundamentales; una de las más relevantes es la del servicio público, la cual es, asimismo, una de las más discutidas en esta disciplina jurídica.

## ORIGEN DE LA IDEA DEL SERVICIO PÚBLICO

---

Aun cuando desde el siglo XVIII empieza a emplearse la locución *servicio público*, es hasta la primera mitad del siglo XIX cuando empieza a conformarse en Francia —y bajo su influencia también en España e Italia— la idea específica del servicio público que, más tarde, llegaría a ser fundamental en el derecho administrativo.

La idea del servicio público emerge en Francia en el ámbito jurisprudencial como un subproducto del deslinde de competencias. En España es también un producto marginal, resultante de la regulación de la desamortización de los bienes eclesiásticos. El deslinde de competencias se torna imperioso en la administración francesa de justicia, al crearse una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción judicial y de la administración activa.

La creación en Francia de una jurisdicción administrativa independiente de la judicial se debe al propósito de los gobiernos revolucionarios de fines del siglo XVIII de contrarrestar la gran influencia de la nobleza en los cuerpos judiciales, lo cual traía como consecuencia una obstrucción sistemática de la actividad administrativa revolucionaria por parte de los tribunales.

Con el afán de combatir tal obstrucción destinada a atrofiar al régimen revolucionario y provocar su derrocamiento, a finales del siglo XVIII los regímenes revolucionarios franceses realizaron, entre otras, tres acciones trascendentales.

La primera de tales acciones se basó en la separación de poderes o de funciones y consistió en la expedición de la ley 16-24 de agosto de 1790, sobre la organización judicial, que prohibió a los tribunales participar en el ejercicio del Poder Legislativo u obstaculizar el cumplimiento de los decretos del mismo; asimismo, separó las funciones judiciales de las administrativas, al vedar a los jueces interferir las actividades de los órganos administrativos u obligar a comparecer ante ellos a sus responsables con motivo del desempeño de sus funciones.

Las otras dos acciones trascendentales de los gobiernos revolucionarios consistieron en la promulgación del decreto del 16 fructidor del año III, que prohibió a

los tribunales conocer de los actos de la administración, de cualquier especie que fueren, lo cual implicaba la existencia de una jurisdicción reservada a conocer los conflictos administrativos; y en la creación del Consejo de Estado, competente para conocer de tales conflictos, dispuesta por el artículo 52 de la Constitución francesa del 22 frimario del año VIII (25 de diciembre de 1799).

Con la creación del Consejo de Estado, la Constitución francesa de 22 frimario del año VIII separó la administración activa de la administración contenciosa, fundamento del sistema de tribunales administrativos de Francia, integrado por el propio Consejo y los consejos de prefecturas; después se habría de perfeccionar con la creación del Tribunal de Conflictos, encargado de zanjar las controversias que se presentaren, por razones de competencia, entre los tribunales judiciales y los administrativos.

Así, en Francia quedaron deslindadas de manera legal las parcelas de la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa, con sustento en dos bases fundamentales: tribunales administrativos separados e independientes, tanto de los tribunales judiciales, como de las autoridades administrativas; y un tribunal de conflictos de competencia para resolver las controversias de esta naturaleza surgidas entre los tribunales administrativos y los tribunales judiciales, es decir, un juez de competencias.

En tales circunstancias, resultaba indispensable determinar un criterio o pauta para la distribución de competencias entre ambas jurisdicciones. La idea de servicio público emerge en Francia como pauta para el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales administrativos y judiciales, mediante diferentes resoluciones del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado; entre las más conocidas destacan las concernientes a los *affaires* Rotschild, Dekeister y Pelletier, y se consolida en los famosos *arrêts* Blanco, Terrier, Feutry y Thérond.

La idea del servicio público aparece con nitidez en el caso Dekeister, en la resolución del 6 de agosto de 1861 del Tribunal de Conflictos de Francia, que determinó:

[...] se ha dado jurisdicción a esta autoridad para erigir fuera de la potestad judicial, jueces para resolver sobre litigios que se presenten entre el Estado y los particulares con motivo de actos de la administración realizados en la ejecución de *servicios públicos* que ella esté encargada de proveer y que deben ser sometidos a la jurisdicción administrativa a menos que otra cosa esté ordenada por la ley.<sup>36</sup>

Sin duda, el *arrêt* más trascendental en el tema del servicio público fue el del caso Blanco, relativo al atropellamiento de la joven Agnes Blanco por un vehículo de la Administración de Tabacos de Burdeos, propiedad del Estado, que transitaba entre dos edificios de dicha factoría; el padre de la lesionada demandó al Estado ante el Tribunal Ordinario de Burdeos, como responsable civil de los daños ocasionados a su hija por el personal de dicha factoría estatal.

<sup>36</sup> Tomado de Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, UNAM, México, 1975, p. 187.

Cabe destacar que cuando ocurrió el lance en el cual resultó herida la joven Agnes Blanco, ésta trabajaba en la Administración de Tabacos de Burdeos.<sup>37</sup>

Debe señalarse que, en su época, el *arrêt* Blanco no tuvo mayores pretensiones y careció de resonancia, pues sólo estimó resolver un conflicto de competencia específico planteado por el tribunal civil de Burdeos con motivo de la demanda presentada por el señor Blanco, padre de la joven atropellada, en contra del Estado.

El Tribunal de Conflictos basó el *arrêt* Blanco en las conclusiones formuladas por el comisario de gobierno David, inspiradas a su vez en las ideas y en los argumentos contenidos en el *arrêt* Rotschild (Consejo de Estado, diciembre 6 de 1855), las cuales —ceñidas a la ahora ya descartada teoría de la *doble personalidad del Estado*— dividen su actividad en dos órdenes diferentes: los actos de autoridad y los actos de gestión, los primeros realizados como poder público y los de gestión efectuados como propietario.

En este orden de ideas, al decir del comisario de gobierno David, el Estado realiza los actos de gestión, en su papel de propietario, sometido por consecuencia al derecho civil y a la jurisdicción de los tribunales judiciales, como cualquier persona privada.

En verdad, nosotros debemos reconocer que el Estado, como propietario, como persona civil capaz de obligarse mediante contratos en los términos del derecho común, en sus relaciones con los particulares, está sumiso a las reglas del derecho civil, desde un doble punto de vista.<sup>38</sup>

En sus conclusiones, el comisario David interpreta por actos de autoridad los realizados por el Estado en ejercicio del poder público, como en la prestación de los servicios públicos, en cuyos casos requiere discernir un derecho especial distinto del derecho civil ante un tribunal diferente del judicial.

A juicio del comisario David, en la realización o cumplimiento de los servicios públicos, que, por cierto, es de carácter obligatorio, no se debe equiparar al Estado con un simple particular, dadas las consecuencias que podrían reflejarse respecto de su responsabilidad frente a terceros por los actos del enorme número de servidores públicos que los atienden.

Por eso y por la misma razón que muestra que la responsabilidad del Estado por la falta de sus agentes no puede ser ni general ni absoluta, es por lo que ella debe modificarse según las leyes y reglamentos especiales a cada *servicio*, según sus necesidades, según la naturaleza de los empleos.<sup>39</sup>

A la luz de las conclusiones del comisario David, el Tribunal de Conflictos dictó, el 6 de febrero de 1873, el célebre *arrêt* Blanco, tan mencionado como poco conocido, cuyo breve texto es el siguiente:

<sup>37</sup> Cfr. Jean-Marie Auby y R. Ducos-Ader, *Grands services publics et entreprises nationales*, Presses universitaires, Paris, p. 23.

<sup>38</sup> Tomado de Charles Debaasch y Marcel Pinet, *Les grands textes administratifs*, Sirey, Paris, 1976, p. 377.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 377 y 378.

Considerando: Que la acción ejercida por el señor Blanco contra el prefecto del Departamento de la Gironda, representante del Estado, tiene por objeto que se declare al Estado civilmente responsable, por aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, del daño ocasionado por la lesión de su hija, causada por actos de los obreros empleados en la Administración de Tabacos.

Considerando: Que las responsabilidades que pueden incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por los actos de personas que emplea en el servicio público no pueden estar reguladas por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular.

Considerando: Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, y tiene sus propias reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y las necesidades de conciliar los intereses del Estado con los intereses privados.

Resuelve que según las leyes antes citadas (L. 24 de agosto y 16 fructidor año III), la autoridad administrativa es la única competente para conocer del asunto.<sup>40</sup>

De esta manera, la actividad económica de la factoría de tabacos propiedad del Estado se considera servicio público en este *arrêt* con base en las conclusiones del comisario David, quien, sin pretender definirlo porque su propósito era dirimir un conflicto de competencia, no sólo emplea la citada locución, que por aquella época resultaba una expresión casi desprovista de sentido, sino que permite inferir de su texto una noción bastante clara del *servicio público*.

Sin duda, el *arrêt* Blanco representa una aportación importante a la conformación de la idea de servicio público porque entraña el reconocimiento jurisprudencial de su especificidad al determinar de derecho público el régimen aplicable a dicho servicio, para lo cual se utilizaron, en parte, las ideas y argumentos vertidos en una resolución que curiosamente casi ha pasado inadvertida: la del *arrêt* Rotschild (C. E. 6 déc 1855, S. 1856, 2.508).

En su tratado *La Responsabilité de la Puissance Publique*<sup>41</sup> Georges Teissier redescubre en 1906 el *arrêt* Blanco y, adhiriéndose a sus considerandos y conclusiones, propone el servicio público como la base de una teoría integral de la competencia y aun del derecho administrativo, lo cual ratifica al formular sus conclusiones para el *arrêt* Feutry.

A partir del redescubrimiento de Teissier, las ideas y nociones del *arrêt* Blanco fueron cada vez más empleadas en las resoluciones de los tribunales franceses. Más tarde, Leon Duguit iría más lejos al decir que el servicio público es el fundamento de todo derecho público.

El caso Terrier, otro que contribuyó de manera importante al desarrollo de la teoría del servicio público, se refirió a la oferta hecha en 1900 por el gobierno departamental de *Saon et Loire*, de pagar una prima por cada víbora que se matase en su territorio.

En respuesta a tal oferta el señor Terrier destruyó un número importante de ejemplares de esa fauna nociva y pretendió cobrar las primas correspondientes, lo

<sup>40</sup> Tomado de Weil y Braibant Long, *Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative*, Sirey, París, 1962, p. 6.

<sup>41</sup> Georges Teissier, *La Responsabilité de la Puissance Publique*, Paul Dupont éditeur, París, 1906.

que no logró porque la autoridad adujo que se había agotado la partida presupuestal destinada para ese efecto, por lo que carecía de recursos para hacer el pago de las primas reclamadas.

Con base en esa negativa, el señor Terrier demandó al gobierno departamental ante el Consejo de Estado, por el pago de las primas ofrecidas; en la resolución respectiva fue necesario determinar, en primer término, si se surtía o no la competencia del mencionado tribunal.

En sus conclusiones correspondientes, el comisario de gobierno Romieu, sostuvo que todo lo concerniente a la organización y funcionamiento de los servicios públicos representa una actividad administrativa y, por tanto, dada su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa, por lo que:

Todas las acciones entre las personas públicas y los terceros o de las personas públicas entre ellas mismas, fundadas en la ejecución, la inexecución o la mala ejecución de un servicio público, son de la competencia administrativa, y competen, a falta de un texto especial, al Consejo de Estado, juez de lo contencioso de la administración pública, general o local.<sup>42</sup>

Obsecuente con las ideas del comisario Romieu, el Consejo de Estado dictó el *arrêt* correspondiente reconociendo su competencia para conocer de la demanda entablada por el señor Terrier en contra del gobierno departamental.<sup>43</sup>

Los antecedentes del caso Thérond, que también influye en la configuración de la noción de servicio público, se resumen así: la Comuna de Montpellier otorgó en exclusiva al señor Thérond la concesión para capturar perros callejeros y remitirlos al matadero cuando no los reclamasen los propietarios; éstos eran quienes, al recuperar sus animales, cubrían las tasas de retribución del concesionario, que se ayudaba también con los ingresos derivados de la comercialización de los despojos de los no reclamados.

Dado el incumplimiento parcial de la comuna concedente, el señor Thérond la demandó por la rescisión de la concesión respectiva y el pago, por concepto de daños y perjuicios, de 120 000 francos.

El Consejo de Prefectura, ante el que se presentó dicha demanda, la desestimó; entonces el señor Thérond recurrió a la resolución respectiva ante el Consejo de Estado, quien, guiado por las conclusiones del señor Pichat, a su vez influido por el *arrêt* Terrier, en su sentencia del 4 de marzo de 1910 resolvió sostener su competencia ya que, mediante la concesión en cuestión, la Comuna de Montpellier pretendía prestar un servicio público cuyas controversias correspondía resolver a la jurisdicción administrativa.<sup>44</sup>

Según se ha visto, en el surgimiento y desarrollo de la idea del servicio público influyen de una u otra forma el principio de la separación de poderes o de funciones, la creación de una jurisdicción administrativa independiente del Poder Judicial y

<sup>42</sup> Tomado de Charles Debaasch y Marcel Pinet, *op. cit.*, p. 491.

<sup>43</sup> *Id.* Weil y Braibant Long, *op. cit.*, p. 46.

<sup>44</sup> *Id.* Charles Debaasch, y Marcel Pinet, *op. cit.*, p. 489.

de la administración activa, así como la necesidad de precisar un criterio o pauta para el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales administrativos y judiciales, a lo cual contribuyeron de manera importante las resoluciones de los casos Rotschild, Dekeister, Blanco y demás que se acaban de resumir.

Desde luego, existen otros factores relevantes en la gestación de la idea del servicio público; entre ellos se pueden mencionar: el desarrollo tecnológico que entraña la revolución industrial; la secularización de las actividades eclesiásticas relativas a la salud, la educación y el bienestar social; la apertura al público de la *posta real*; la desamortización de los bienes eclesiásticos; el intervencionismo del *Welfare State* o Estado de bienestar; y la necesidad de dar fundamento a la atribución administrativa del gobierno.

La locución *servicio público* se recibió en México por conducto de la Constitución gaditana de 1812, como sinónimo de ramo de la administración pública. La Constitución de 1857 es el primer texto constitucional del México independiente que la emplea.

Pese a que no se utilice la expresión servicio público, la idea respectiva subyace en diversas disposiciones del Reglamento Político del imperio iturbidista y de la Constitución mexicana de 1824.

Durante su breve estancia en la presidencia de la República en 1833, el doctor Valentín Gómez Farias intentó la secularización de diversas actividades eclesiásticas —entre otras las de educación— para convertirlas en lo que ahora se conoce como servicios públicos.

En rigor, la noción de servicio público tiene una aparición tardía en la doctrina mexicana; el maestro Gabino Fraga es quien primero se ocupa de ella, por cierto para impugnarla, en su obra clásica *Derecho administrativo*, cuya primera edición aparece en el segundo tercio del siglo XX. Empero, el primero en apoyar la idea del servicio público en México es el profesor emérito de la UNAM, Andrés Serra Rojas en su libro intitulado *Derecho administrativo*, indispensable en toda biblioteca jurídica mexicana.

## PRINCIPALES CORRIENTES TEÓRICAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO

---

La noción de servicio público ha sido tan debatida que es un lugar común afirmar que cada autor que se ha ocupado del tema propone su propio concepto; un examen detenido de tales interpretaciones pone de manifiesto la existencia de muchas muy parecidas entre sí, lo cual significa que uno o varios autores repiten, con ligeras variaciones, la noción propuesta por otro quien, a su vez, la tomó de la explicación hecha por un tercero.

De esta suerte, en la conformación de la noción del servicio público se pueden identificar cuatro grandes corrientes doctrinales en torno al tamaño, peso e importancia de dicha noción, las cuales se resumen a continuación en orden decreciente:

## Servicio público es toda actividad del Estado

---

Para algunos autores el servicio público equivale a toda actividad estatal; otros hacen alguna acotación a la actividad del Estado en tal equivalencia. Por ejemplo, Leon Duguit, el afamado profesor de la Universidad de Burdeos iniciador de la corriente doctrinaria conocida como Escuela del Servicio Público, lo interpreta como toda la actividad del Estado cuyo cumplimiento deben asegurar, regular y controlar los gobernantes.

Para Duguit, la noción del servicio público es de tal magnitud que sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. En su opinión, el mismo día en que se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, nació la noción de servicio público; por tanto, la noción de soberanía se vuelve anacrónica y termina por ser sustituida por la de servicio público, ya que el Estado no es un poder que manda, sino un grupo de individuos que tiene una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos; por ello: “La noción de servicio público deviene la noción fundamental del derecho público moderno.”<sup>45</sup>

En el esquema de Duguit, el derecho público moderno es el conjunto de reglas que establece la organización de los servicios públicos y asegura su prestación regular y continua; en él no subsiste la relación de soberano a súbdito, tampoco el derecho subjetivo de soberanía, de poder.

Pero si una regla fundamental, de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción.

El fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y gestión de los servicios públicos. El derecho público de los servicios públicos.<sup>46</sup>

En fin, para Duguit, imbuido en las ideas del solidarismo social, el servicio público:

[...] es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gobernante.<sup>47</sup>

## Servicio público es toda actividad de la administración pública

---

Gaston Jèze, conocido como el *enfant terrible* de la Escuela del Servicio Público, dirige otra corriente doctrinaria que considera como servicio público toda la

<sup>45</sup> Leon Duguit, *Las transformaciones del derecho público*, Librería española y extranjera, Madrid, 1926, trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén, pp. 106 y 107.

<sup>46</sup> Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., Ancient Librairie Fontemoing, Paris, 1927-1930, t. II, p. 61.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 70 y 71.



actividad de la administración pública; Benjamín Villegas Basavilbaso se opone a esta noción en los siguientes términos:

Esta *definitio* [la de Jèze] significa que toda actividad de la administración debe ser considerada como servicio público, y por ende la función administrativo-jurisdiccional y lo contencioso-administrativo, actividades que en la doctrina dominante no tienen caracteres específicos de servicio público.<sup>48</sup>

En el esquema de Jèze, la noción de servicio público descansa en tres puntos fundamentales:

### **El único servicio público es el creado por el legislador**

Esta interpretación pragmática del servicio público termina por imponerse, pues aun cuando los teóricos demostraren que determinada actividad a la que la ley le asigne el carácter de servicio público no satisficiera los requisitos respectivos establecidos por la doctrina, de todas maneras se mantendrá dicho carácter.

Nuestro artículo 28 constitucional comparte este criterio pragmático cuando dispone en su penúltimo párrafo: "La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley."

Numerosos autores se oponen al criterio pragmático de Jèze; por ejemplo, según Marienhoff:

[...] para que una actividad sea considerada como servicio público, en modo alguno se requiere que un procepto legal lo declare así; la calidad de "servicio público" surge virtualmente, por su carácter "objetivo", de la índole misma de la actividad ejercida.<sup>49</sup>

El jurista italiano Arnaldo de Valles concilia ambas posiciones antagónicas acerca de si se requiere o no que la ley o la autoridad determinen la existencia del servicio público mediante su propuesta de clasificar los servicios públicos en propios e impropios, según fueren reconocidos o no como tales, por el poder público. De esta clasificación se hablara más adelante.<sup>50</sup>

### **Un régimen jurídico exorbitante del derecho privado**

La idea de servicio público propiamente dicho se vincula, según Jèze, con la del procedimiento del derecho público, dada la aplicación de reglas y teorías jurídicas

<sup>48</sup> Benjamín Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 15.

<sup>49</sup> Miguel S. Marienhoff, "El 'servicio público' y sus variadas expresiones", *Jurisprudencia Argentina*, diario núm. 4858, Buenos Aires, octubre 20 de 1975, p. 5.

<sup>50</sup> Arnaldo de Valles, "I Servizi Pubblici". *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cargo de Vitorio Emanuele Orlando, Societa Editrice Libreria, Milán, 1912-1930, vol. VI, la. parte, pp. 613 y 614.

especiales que crean y tienden a facilitar el regular y continuo funcionamiento del servicio público, a fin de satisfacer, hasta donde sea posible, de manera rápida, completa y expedita las necesidades de interés general.<sup>51</sup>

La expresión *servicio público*, según Jèze, conviene reservarla a los casos de satisfacción de necesidades de interés general en que “los agentes públicos puedan recurrir, por los procedimientos del derecho público, a reglas que están fuera de órbita del derecho privado”.<sup>52</sup>

En este orden de ideas, conforme a la propuesta de Jèze, sólo se hablaría de servicio público cuando se tratase de necesidades de carácter general cuya satisfacción se proporcionare con sujeción a un régimen jurídico especial, es decir, un régimen de derecho público; y se emplearía la locución *gestión administrativa*, cuando se utilizasen procedimientos de derecho privado para la satisfacción de necesidades de carácter general.<sup>53</sup>

El profesor brasileño Themistocles Brandao Cavalcanti, como otros distinguidos juristas, comparte la idea de Jèze, del régimen jurídico especial a que debe someterse el servicio público.<sup>54</sup> Empero, no faltan opositores a la idea de tal régimen; entre ellos destaca el profesor de la Universidad de Chile Enrique Silva Cimma, para quien:

Es objetable la afirmación de que para basar la existencia del servicio público era menester que la actividad se realizase bajo un régimen de derecho público. Bien puede, a nuestro juicio, un ente estatal o más ampliamente todavía la administración, sujetar sus actos al derecho público o al derecho privado sin que pierda, en este último evento, su calidad de servicio público. Será siempre, por lo tanto, el fin perseguido y no las normas a las que sujete la acción del servicio, el que asigne esencia y revista de atributos a la noción que nos preocupa.<sup>55</sup>

## La mutabilidad de las reglas del servicio público

Conforme a las ideas de Jèze, según se acaba de ver, en el servicio público se utilizan reglas de un régimen jurídico especial, las cuales son susceptibles de modificarse en todo momento para protección permanente del interés general cuya satisfacción se procura mediante dicho servicio:

[...] este régimen —afirma Jèze— se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general; la organización del servicio es siempre modificable con arreglo a las del interés general y, en consecuencia, legal y reglamentaria.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Gastón Jèze, *Principios generales de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1948, t. II-1, p. 4.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>54</sup> “Lo esencial en el servicio público es el régimen jurídico a que obedece. Aparte de que corresponde al Estado su reglamentación o su control, interesa primordialmente destacar los beneficios o privilegios de que goza y el interés colectivo que pretende servir.” Themistocles Brandao Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1948, t. 3º, p. 15.

<sup>55</sup> Enrique Silva Cimma, *op. cit.*, t. II, p. 51.

<sup>56</sup> Gastón Jèze, *Principios generales del derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 18.

La mutabilidad de las reglas de organización y funcionamiento del servicio público propuesta por Jèze no ha encontrado una aceptación absoluta, pero sí un amplio eco en la doctrina; de ello da testimonio la opinión del profesor de la Universidad Nacional de Colombia Eustorgio Sarria, quien sobre este aspecto del servicio público sugiere:

Si, por ejemplo, se llegase a la conclusión de que el actual régimen jurídico especial del servicio de transporte automotor por calles públicas o carreteras, no es el indicado y en consecuencia debe procederse a la adopción de otro que no exhibe fallas, tal cosa se puede hacer sin que sea óbice el principio de respeto a intereses creados dentro del régimen jurídico anterior, o de lo que impropriadamente se llama derechos adquiridos. La situación jurídica general es esencialmente modificable por ley o reglamento.<sup>57</sup>

No hay duda de que Jèze contribuyó de manera importante a conferir a la noción de servicio público una importancia capital al proponerla como la piedra angular del derecho administrativo: “El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos.”<sup>58</sup> Las objeciones de Hauriou, reforzadas por las de otros muchos autores, hicieron perder fuerza en el ámbito doctrinario a la tesis de Jèze y dieron lugar a la llamada crisis de la noción del servicio público.

Jorge Olivera Toro recoge la opinión de un fuerte sector de la doctrina para repudiar la noción de servicio público de Jèze, al afirmar:

En el Estado moderno la ecuación: administración igual a servicio público, ya no es válida, porque la administración ha crecido y si antes cabía o se podía comprender en la amplia noción de servicio público, hoy ese traje le es estrecho para comprender toda su actividad.<sup>59</sup>

En resumen, la corriente teórica sobre la noción de servicio público encabezada por Jèze ganó numerosos adeptos en el momento de su presentación, al grado de desplazar a la propuesta por Duguit, quizás por ser una categoría de actividades más reducida; sin embargo, más tarde encontró un fuerte número de impugnadores, entre los que figuran Maurice Hauriou, Benjamín Villegas Basavilbaso y Jorge Olivera Toro.

### **Servicio público es sólo una parte de la actividad de la administración pública**

---

Maurice Hauriou encabeza otra corriente en la tarea de formular la noción de servicio público; se trata sin duda de la corriente más amplia y que más ha perdurado. Dicha tendencia lo considera como una parte de la actividad de la administración pública, y lo define como “un servicio técnico prestado al público

<sup>57</sup> Eustorgio Sarria, *Derecho administrativo*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1968, pp. 81 y 82.

<sup>58</sup> Gaston Jèze, *op. cit.*, t. 1, p. 1.

<sup>59</sup> Jorge Olivera Toro, *op. cit.*, p. 54.

de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública.<sup>60</sup>

En esta corriente, que empieza a formarse desde la tercera década del presente siglo, participan, además de Hauriou, otros prestigiados autores como Fritz Fleiner, Carlos García Oviedo, Enrico Presutti, Gabino Fraga, Rafael Bielsa, Manuel María Díez, Andrés Serra Rojas, Benjamín Villegas Basavilbaso, Enrique Silva Cimma, Enrique Sayagués Laso, Marcel Waline, Eustorgio Sarria, Miguel Acosta Romero y Betty Saigg de Piccione.

## La noción de servicio público carece de importancia

---

Henry Berthélemy —contemporáneo de Duguit, de Jèze y de Hauriou—, dirige una corriente doctrinaria que concede escasa o nula importancia a la noción de servicio público, al grado de negarle utilidad y transcendencia, por considerarla, pudiera decirse, como un cajón de sastre donde se reúnen instituciones tan disímolas como “una corte de apelación, una institución de beneficencia, una caja de ahorro, un ferrocarril metropolitano, la imprenta nacional, etcétera”.<sup>61</sup>

De escasos partidarios, esta corriente doctrinaria se nutre sobre todo en el pensamiento de Berthélemy, quien “no considera un progreso doctrinal la afirmación de que el elemento superior de toda organización administrativa resida en la noción de servicio público”.<sup>62</sup>

La tesis de Berthélemy es desmentida en forma rotunda por la realidad, ya que la importancia del servicio público y de su correspondiente noción, se acredita con las múltiples referencias que se hacen cotidianamente en los medios masivos de comunicación; esa importancia se comprueba también con los frecuentes reclamos de la población para lograr que los *servicios públicos* se establezcan o mejoren.

Cuando sostiene la inutilidad e intrascendencia de la noción del servicio público, Berthélemy pasa por alto que dicha noción sirvió para el deslinde de competencias jurisdiccionales. Su importancia se acredita con el amplio espacio que le han dedicado en el presente siglo el derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina, aun cuando poco haya producido esta última sobre el tema en los últimos años.

## CRITERIOS PARA DETERMINAR SI UN SERVICIO ES PÚBLICO

---

Los principales criterios empleados para determinar el carácter público de un servicio son el orgánico, el funcional, el jurídico y el legal, con la aclaración de que

<sup>60</sup> Maurice Hauriou, *op. cit.*, p. 44.

<sup>61</sup> Henri Berthélemy, “Defense de quelques vieux principes”, en *Melanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, p. 818.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 817.

suelen emplearse varios criterios en la elaboración de cada concepto o definición de servicio público.

### Criterio orgánico

---

Conforme a este criterio el punto definitorio se ubica en el elemento orgánico, es decir, en el órgano, persona o institución a cuyo cargo queda la prestación del servicio; el criterio orgánico, como señala Miguel S. Marienhoff, “define o caracteriza al servicio público en atención al ente o persona que lo satisface o realiza”.<sup>63</sup>

Por consiguiente, el criterio orgánico o subjetivo se basa en el carácter del sujeto a cuyo cargo está la prestación del servicio. Si el órgano es público, el servicio que presta será igualmente público; si la institución o la persona que lo presta son privadas, el servicio también será privado. En consecuencia, sólo los órganos públicos pueden gestionar los servicios públicos, según el criterio orgánico. Marienhoff hace crecer este criterio al afirmar:

Quando en esta materia se habla de criterio “orgánico” se entiende referir al que sólo considera servicio público la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o indirectamente por concesionarios.<sup>64</sup>

Para el criterio orgánico, también llamado subjetivo o formal, lo que cuenta en la determinación del servicio no es la actividad a desarrollar, sino el órgano encargado de su prestación. Se le critica su excesiva amplitud que en ocasiones resulta injustificada porque diversos órganos públicos pueden no prestar —y de hecho en numerosos casos no lo hacen— servicios públicos.

La Constitución mexicana vigente utiliza el criterio orgánico, formal o subjetivo respecto del servicio público, en algunos de sus artículos, como en el 132.

Algunos autores tienen una idea distinta acerca del criterio formal que, para ellos, es diferente al criterio orgánico o subjetivo pues se concibe en atención a la forma de organizar y regular el servicio público; en este orden de ideas, Jorge Olivera Toro identifica como criterio formal lo que se suele llamar criterio jurídico, al decir:

Con pretensión de obtener lo característico del servicio público, se han seguido los siguientes criterios [...] La concepción formal, atendiendo al procedimiento de organización del servicio público y a las cláusulas que lo constituyen, esto es a la disciplina jurídica que rija su actividad.<sup>65</sup>

### Criterio jurídico

---

Como ya se dijo, el que algunos autores denominan criterio jurídico es muy parecido al criterio formal interpretado por Olivera Toro para formular su concepto

<sup>63</sup> Miguel S. Marienhoff. *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., t. II, p. 20.

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> Jorge Olivera Toro. *op. cit.*, pp. 54 y 55.

de servicio público, conforme al cual éste debe estar sujeto a un régimen jurídico especial, capaz de asegurar en todo el tiempo su funcionamiento de modo regular y continuo. Se trata de un régimen de derecho público que subordina los intereses privados al interés general, por lo que, en aras de las necesidades que satisface, la organización de dicho servicio es permanentemente modificable.

El criterio jurídico gana adeptos en la configuración del concepto de servicio público porque garantiza la prestación regular y continua del servicio público mediante un régimen jurídico especial de derecho público, modificable o sustituible en todo momento, conformado por actos legislativos o reglamentarios que vienen a ser las normas del servicio.

Las características mencionadas del régimen jurídico especial contrastan con la incapacidad del régimen de derecho privado para regular las actividades propias de un servicio público; de ahí la necesidad de dicho régimen especial de derecho público. Acorde con este criterio, Carlos García Oviedo comenta:

Para que la finalidad propia del servicio público —la satisfacción de una necesidad colectiva— se cumpla debidamente, menester será que acompañe a la empresa una serie de notas determinantes de un régimen jurídico especial, que discrepan como es lógico, del régimen jurídico general de los servicios privados.<sup>66</sup>

Eustorgio Sarria emplea el criterio jurídico para elaborar su concepto de servicio público de la siguiente manera:

Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas.<sup>67</sup>

## Criterio legal

Como ya se dijo, el criterio más pragmático para determinar el carácter público de un servicio es el legal; el derecho positivo de muchos países dispone que no hay más servicio público que el establecido por la ley. Huelga decir que este criterio no da lugar a suponer que todos los órganos creados o todas las actividades desarrolladas por disposición legal, representan o significan un servicio público. Serra Rojas explica de la siguiente manera el criterio legal acerca del concepto de servicio público:

Desde el punto de vista legal, la creación de un servicio público es la obra del legislador, que en una ley general de servicios públicos, o en una ley que organiza un servicio público especializado, determina la posibilidad de atención de dicho servicio. La creación de un servicio público se verifica por ley.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Carlos García Oviedo y Enrique Martínez Useros, *Derecho administrativo*, 9ª ed., EISA, Madrid, 1968, t. II, p. 203.

<sup>67</sup> Eustorgio Sarria, *op. cit.*, p. 79.

<sup>68</sup> Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, p. 108.

A partir de las adiciones y reformas a la Constitución publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 3 de febrero de 1983, el artículo 28 constitucional adopta el criterio legal en el párrafo que dispone: “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.”

Como hace notar con acierto el profesor argentino José Canasi, el solo hecho de que el Estado los norme no es suficiente para convertir cualquier actividad o servicio en servicio público:

No basta que el Estado reglamente una actividad o un servicio cualquiera, para que por este hecho se convierta en servicio público. Es necesario que el legislador lo erija en servicio público, cualquiera que sea el objeto de esa actividad o el de ese servicio en forma específica o genérica.<sup>69</sup>

Como muchos otros autores, Marienhoff rechaza el criterio legal para la determinación del servicio público, al respecto sostiene:

El servicio público no es simplemente un “concepto” jurídico; es, ante todo, un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general.<sup>70</sup>

La consecuencia práctica de que determinadas actividades u órganos se consideren servicios públicos por determinación legal consiste en que se sujeten a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado; sólo las actividades u órganos que la ley reconozca como servicios públicos serán regulados por esa normativa especial.

## Criterio funcional

---

Conforme a este criterio, también llamado objetivo, material o sustancial, el elemento definitorio del servicio público radica en el hecho de que su prestación satisfaga una necesidad general, sin importar el carácter del órgano, persona o institución a cuyo cargo queda, ni tampoco el reconocimiento de la ley; en su esquema, es intrascendente que la ley reconozca o no como público un servicio, ni importa quién lo presta, pues éste será público si la necesidad a satisfacer es general.

Por tanto, de acuerdo con el criterio funcional, el carácter público de un servicio dado lo imprime la naturaleza de la necesidad que se pretende satisfacer mediante la prestación del servicio respectivo; si se trata de una necesidad general —algunos autores la llaman de carácter colectivo, y otros la denominan necesidad pública o social—, el servicio será público.

<sup>69</sup> José Canasi, *Derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1974, vol. II, p. 12.

<sup>70</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 27.

En consecuencia, según el criterio funcional, un servicio será público si, y sólo si, la necesidad que satisface es general. Como sintetiza Arnaldo de Valles: “servicio público no es otro que servicio para el público”.<sup>71</sup> Marienhoff, promotor entusiasta del criterio funcional, define:

Por servicio público se ha de entender toda actividad de la administración pública o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal.<sup>72</sup>

## Criterio teleológico

Según este criterio, la finalidad de un servicio o actividad determinará su carácter; si su fin estriba en la satisfacción de una necesidad de carácter general, se tratará de un servicio público. Así, este criterio se identifica con el funcional o material, o cuando menos, son muy similares. Con base en ese criterio teleológico, José Roberto Dromi apunta: “La actividad que satisface necesidades públicas, que atiende fines de interés general, quienquiera que sea su autor, es servicio público.”<sup>73</sup>

Son escasas las definiciones del servicio público que emplean un solo criterio para su identificación, la mayoría utiliza dos o más de los aquí mencionados; por ejemplo, Villegas Basavilbaso usa el criterio orgánico, el objetivo y el jurídico, cuando define el servicio público como “toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público”.<sup>74</sup>

En su breve concepto de servicios públicos, el profesor dominicano M. de J. Troncoso de la Concha utiliza los conceptos orgánico y funcional al afirmar que son “los procedimientos empleados por la administración para la satisfacción de las necesidades de interés general”.<sup>75</sup>

Miguel Acosta Romero emplea los criterios funcional y jurídico para elaborar el siguiente concepto de servicio público:

[...] es una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de derecho público que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado y por los particulares.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> Arnaldo de Valles, “I Servizi Pubblici”, en *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, dirigida por Vitorio Emmanuele Orlando, Società Editrice Libreria, Milán, 1912-1930, p. 387.

<sup>72</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho...*, op. cit., p. 27.

<sup>73</sup> José Roberto Dromi, *Derecho administrativo-económico*, Astrea, Buenos Aires, 1974, t. 2, p. 83.

<sup>74</sup> Benjamin Villegas Basavilbaso, op. cit., t. III, p. 49.

<sup>75</sup> M. de J. Troncoso de la Concha, *Elementos de derecho administrativo*, 2ª ed., Editora Montalvo, Ciudad Trujillo, República Dominicana, 1943, p. 46.

<sup>76</sup> Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, 2ª ed., UNAM, México, 1975, p. 193.



Por su parte, la Suprema Corte de Justicia recurrió también a los criterios funcional y jurídico para establecer jurisprudencia con esta noción de servicio público.

Actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes.<sup>77</sup>

El examen de los conceptos de servicio público antes expuestos permite advertir discrepancia en la doctrina respecto de este asunto; dicha discrepancia se deriva en gran medida de la polivalencia de los dos vocablos de la referida locución, ya que unos autores consideran el *servicio* como una actividad, como una función. Otros tratadistas, en cambio, entienden el servicio como una organización, o sea, como un órgano capaz de actuar, de funcionar, de realizar actividades.

La doctrina también registra divergencia en la interpretación del vocablo *público*, ya que un criterio lo deriva del carácter de la persona, del sujeto u órgano a cuyo cargo queda la prestación del servicio, lo que significa que el servicio público sólo puede ser atribuido a persona pública; mientras, otros autores atribuyen lo público del servicio a la índole de la necesidad a satisfacer mediante la actividad desarrollada en la prestación del mismo: si satisface una necesidad de carácter general se estará frente a un servicio público.

El criterio jurídico, por su parte, sostiene que el carácter público del servicio lo imprime el régimen jurídico de orden público que lo regula. En cambio, de acuerdo con el criterio teleológico, su finalidad da el carácter público al servicio, por lo cual, si tiene un fin público, como satisfacer una necesidad de carácter general, el servicio será público.

En la práctica, como sostiene el criterio legal, no hay más servicio público que el determinado por la ley, por lo cual la voluntad del legislador monopoliza la creación del servicio público.

## CRISIS DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

---

El primero en plantear una versión científica del servicio público fue Leon Duguit, quien, según se ha visto, entendió dicho servicio como toda actividad cuya realización deba ser asegurada, regulada y controlada por los gobernantes.

La anterior interpretación fue objeto de adhesiones y censuras por parte de la doctrina que pronto desarrolló una larga serie de propuestas en torno a la noción de servicio público, tan grande y contradictoria que dio lugar a señalar la crisis de la misma.

<sup>77</sup> Quinta época: Tomo CXXIX, p. 479, 55/56 Andrés Gutiérrez y otro. Unanimidad de 17 votos. Sexta época: Vol. I, p. 33, 132/56 Luis Hernández P. y otro. Unanimidad de 15 votos. Tomo XLIV, p. 45, 3/60 Arturo Davis Meza y otro. Unanimidad de 17 votos. Vol. LXXII, p. 21, 95/62 Mario Medellín Pérez. Mayoría de 17 votos. Vol. LXXII, p. 21, 5/62 Gilberto Galván González. Unanimidad de 17 votos. Esta tesis apareció publicada con el número 52 en el Apéndice 1917-1985. novena parte, p. 82.

Dicha crisis se registró en los momentos en que se debatían también otros temas importantísimos del derecho administrativo, como los referidos al acto administrativo, al dominio público, al establecimiento público, a la concesión del servicio público y a la separación de las autoridades judiciales de las administrativas, esto permitió hablar no sólo de la crisis de la noción del servicio público, sino de la crisis del derecho administrativo mismo.

### Opinión de Jean-Louis de Corail

En opinión del profesor de la Universidad de Toulouse Jean-Louis de Corail, externada en su extensa obra intitulada *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, publicada en 1954, en Francia se han registrado tres grandes crisis en torno a la noción del servicio público; la primera de ellas, afirma, debió su origen a la aparición de empresas encargadas de los llamados *servicios públicos de carácter industrial y comercial*.

En especial después de la terminación de la Primera Guerra Mundial, tanto el Tribunal de Conflictos como el Consejo de Estado reconocieron en Francia esos servicios públicos de carácter industrial y comercial, los que consideraron como servicios públicos de un nuevo tipo, operantes en condiciones similares a las previstas por el derecho privado, como se establece en el *arrêt* del Tribunal de Conflictos del 22 de enero de 1921, relativo a la *Société Commerciale de l'Ouest Africain*.

Tal resolución dirimió la competencia para conocer de un litigio motivado por un servicio de transporte organizado por una colonia francesa en el oeste africano. Al respecto, el Tribunal de Conflictos resolvió que se trataba de un servicio público industrial y comercial que, en consecuencia, operaba en condiciones similares a las de las empresas particulares semejantes y, por tanto, la competencia correspondía a los tribunales judiciales y no a los administrativos.<sup>78</sup>

En opinión de De Corail, la segunda gran crisis de la noción del servicio público en Francia se presenta sobre todo en los últimos años de la primera mitad del siglo XX, con motivo de la creación de cierto tipo de organismos de orden corporativo conocidos como *establecimientos de utilidad pública*, que son organismos privados ubicados, según Gino Vitta, en los linderos del derecho público con el derecho privado, distintos los *establecimientos públicos* y considerados como personas jurídicas de derecho privado.<sup>79</sup>

A juicio de De Corail, la tercera crisis se originó porque a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial se multiplicaron las empresas nacionalizadas, las cuales, pese a su carácter público, siguieron realizando su gestión conforme a la regulación comercial e industrial y, por consiguiente, continuaron ubicadas dentro de la competencia de los tribunales judiciales.

<sup>78</sup> Cfr. Georges Vedel, *Derecho administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 695 y 696.

<sup>79</sup> Cfr. Gino Vitta, "Les Persones Morales de Droit public en France et en Italie", en *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1977, p. 771.

De Corail analiza con profundidad los tropiezos que sufre la noción de servicio público en las tres circunstancias señaladas como generadoras de sus grandes crisis; esas dificultades dan lugar a modificaciones a dicho concepto que, como observó Paul Couzinet, paradójicamente es víctima de su propio éxito, al propagarse el empleo de esta locución con los más diversos significados.<sup>80</sup>

Respecto de la primera de las crisis, De Corail reseña en su referida obra el advenimiento de una noción de servicio público industrial y comercial que no toma en cuenta el tradicional elemento material o formal de la noción de servicio público; acerca de la segunda crisis, estudia la propuesta de una nueva fórmula de servicio público: el servicio público funcional, que desestima el elemento orgánico de la noción clásica.

En cuanto a la tercera crisis, De Corail examina el problema causado por las numerosas empresas privadas nacionalizadas después de 1944 que, en su opinión, dan lugar a una fusión o prolongación de las teorías del servicio público industrial y comercial y del servicio público funcional, a la que se ha dado en llamar teoría de la empresa nacional.

De Corail presenta bajo este esquema el fruto de sus investigaciones, a la luz de la jurisprudencia y de los casos que la originan. Las crisis sucesivas han contribuido, según este autor, a arruinar una noción jurídica que no había sido del todo satisfactoria desde la época de su aparición, por lo que al término de su estudio cree poder afirmar con fundamento que en el derecho administrativo francés la noción de servicio público ha pasado a desempeñar un rol de segundo plano y que ya no tiene un valor jurídico significativo ni relevante.<sup>81</sup>

### Opinión de Manuel M. Díez

---

De acuerdo con Jean-Louis de Corail, el profesor Díez considera que la crisis referida afecta a la noción tradicional del servicio público, en el ámbito de la doctrina francesa, especialmente en dos de sus tres elementos: la persona que lo atiende y el régimen que lo regula, habida cuenta que no está en crisis el otro elemento, *el fin que el servicio público cumple*.

En lo concerniente a la persona que atiende al servicio público (conforme a la doctrina francesa, debía ser la administración pública), la crisis se plantea cuando el prestador del servicio es un particular o una persona jurídica no estatal, en cuyo caso, en opinión de Díez, la crisis se resuelve con la simple admisión de que el servicio público sea prestado directa o *indirectamente* por la administración pública.<sup>82</sup>

En opinión del profesor Díez, la crisis más grave enfrentada en Francia por la noción de servicio público quedó referida al régimen jurídico especial del derecho

<sup>80</sup> Paul Couzinet, Prólogo a Jean Louis De Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1954, p. II.

<sup>81</sup> Jean Louis de Corail, *op. cit.*, pp. II. y 347.

<sup>82</sup> Manuel María Díez, *op. cit.*, t. III, p. 194.

público al que debía someterse dicho servicio; tal crisis se presentó cuando aparecieron en ese país los servicios públicos regidos en parte por el derecho público y en parte por el derecho privado, conocidos como servicios públicos industriales y comerciales.

Como quedó dicho, este problema tuvo una dimensión descomunal en Francia porque la noción de servicio público se configuró con el propósito de delimitar las competencias jurisdiccionales entre tribunales judiciales y del contencioso-administrativo. Fuera de ese país el problema carece de importancia porque, como hace notar Díez, la idea de servicio público no se usa como instrumento para acotar las competencias jurisdiccionales, por tanto el régimen exorbitante de derecho público no se incluye en la definición de servicio público,

[...] ya que existen ciertos servicios públicos prestados por las empresas del Estado, donde no se aplica exclusivamente el derecho público sino que rigen parcialmente el derecho público y el derecho privado.<sup>83</sup>

### Opinión de Enrique Silva Cyma

---

Al realizar el análisis de este asunto, el profesor de la Universidad de Chile se pregunta si en efecto existe una crisis de la noción del servicio público y, por tanto, la intrascendencia de dicha noción, o al menos la pérdida de su importancia dentro del derecho administrativo.

Para dar respuesta a su pregunta, rechaza la existencia de tal crisis, así como la pérdida de la importancia de la noción del servicio público porque, en su opinión, lo que ha ocurrido ha sido tan sólo la evolución natural del concepto.

Para probar su aserto hace notar que la noción orgánica ha perdido fuerza ante el éxito del criterio funcional para definir el servicio público, habida cuenta que ya no será indispensable acudir siempre al derecho público como regulador exclusivo de los servicios públicos,

[...] porque la interdependencia y aplicación armónica de esta disciplina jurídica, en relación con el derecho privado, hará que el servicio público escoja aquel procedimiento normativo que más convenga a la correcta y expedita satisfacción de las necesidades para que fue creado.<sup>84</sup>

## TRANSFORMACIONES DE LA IDEA DEL SERVICIO PÚBLICO

---

Como se ha podido apreciar, las divergencias doctrinarias acerca del servicio público son polifacéticas y se extienden hasta el punto de si ésta sufre o no una crisis; mas, independientemente de ello, es incuestionable que, con crisis o sin ella,

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>84</sup> Enrique Silva Cyma, *op. cit.*, p. 73.

la idea del servicio público ha sido objeto de un proceso de transformación de su contenido, sustancia y alcance, y que sus principales variaciones se deben a los *affaires* Rothschild y Blanco, así como a las teorías de Georges Teissier, Leon Duguit, Gaston Jèze, Maurice Hauriou y Arnaldo de Valles, entre otros.

## CARACTERES ESENCIALES DEL SERVICIO PÚBLICO

---

La doctrina ha determinado en el servicio público ciertos caracteres jurídicos esenciales sin los cuales éste se desnaturaliza o desvirtúa; éstos son: generalidad, igualdad, regularidad, continuidad, obligatoriedad, adaptabilidad, permanencia y gratuidad.

La doctrina ha reconocido de manera unánime los cuatro primeros como esenciales; el de obligatoriedad es poco mencionado porque muchos autores lo asimilan al de continuidad; el de adaptabilidad con frecuencia no se reconoce o se incluye en el de regularidad; el de permanencia suele identificarse con el de continuidad; y el de gratuidad es inadmisibles en el servicio concesionado.

### La generalidad

---

Se entiende por generalidad o universalidad del servicio público la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin otro límite que el derivado de su propia capacidad operativa. Como dice el profesor argentino Manuel M. Díez: "el servicio público es para todos y no para determinadas personas".<sup>85</sup>

### La igualdad

---

La igualdad o uniformidad del servicio público consiste en el trato igual o uniforme que debe darse a todos sus usuarios, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías en su prestación, siempre y cuando, dentro de cada categoría, se dé el mismo trato a todos los usuarios de ella. A este respecto, Marienhoff comenta: "La expresada igualdad de trato que debe darse a los habitantes en la utilización de un servicio público, es un corolario del principio fundamental de igualdad ante la ley".<sup>86</sup>

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce y apoya tanto la generalidad como la igualdad del servicio público, a través de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de tortura.

<sup>85</sup> Manuel María Díez, *op. cit.*, t. III, p. 208

<sup>86</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho...* *op. cit.*, t. II, p. 77.

## La regularidad

---

La regularidad del servicio público estriba en que su prestación no se realiza de manera arbitraria o caprichosa sino que está sujeta a una regulación específica, es decir, sometida a una precisa normativa jurídica que la regula. Como observa Villegas Basavilbaso: “La regularidad se vincula especialmente con los reglamentos generales del servicio, reglamentos de orden interno, que constituyen normas administrativas para su funcionamiento.”<sup>87</sup>

## La continuidad

---

Sin duda, el carácter jurídico esencial por antonomasia del servicio público es la continuidad; ésta no debe interpretarse 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.

En este orden de ideas, habrá de entenderse por continuidad, la oferta permanente, y correlativa posibilidad constante, de usar un servicio público dentro de los horarios y bajo las condiciones predeterminadas de manera expresa en las normas que lo regulan.

Por tanto, la continuidad riñe con la interrupción del servicio público, sin importar que ésta sea imprevista o accidental, porque al dejar de darse el servicio resulta muy difícil satisfacer la necesidad general correspondiente; así, quienes sienten individualizar dicha necesidad, sufren serios perjuicios que lastiman mucho sus derechos humanos con la cesación de la actividad satisfactoria, que el Estado tiene la obligación, como dijera Leon Duguit, de asegurar, regular y controlar.

En opinión de Louis Rolland, de la indispensable continuidad del servicio público se derivan diversas consecuencias:

A ella, por ejemplo, se vincula la imposibilidad de huelga, la de abandonar el servicio público sin que la dimisión sea aceptada, la teoría de la imprevisión, y la imposibilidad de embargo de los bienes.<sup>88</sup>

En la realidad, el servicio público puede verse interrumpido por diversas causas, entre las que destacan las fortuitas o de fuerza mayor, como un terremoto, un ciclón o una inundación, en cuyos casos el Estado tiene la obligación de predeterminar medidas de emergencia para restablecer la prestación del servicio a la brevedad posible.

También puede interrumpirse por causas ajenas a la voluntad del prestador del servicio, por la realización de actos de terceros, como un atentado o una grave alteración del orden público. Para tales eventos, la propia reglamentación del servicio debe de prever medidas adecuadas para su pronta reanudación.

<sup>87</sup> Benjamín Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 61.

<sup>88</sup> Louis Rolland, *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 1947, p. 18.

### **La huelga en el servicio público**

Existe también la posibilidad de interrupción del servicio público por huelga de los trabajadores encargados del desarrollo de la actividad técnica satisfactoria de la necesidad de carácter general correspondiente; la huelga recibe tratamientos diferentes tanto en la doctrina como en el derecho positivo y, en consecuencia, en la jurisprudencia, que van desde la prohibición de la huelga en la prestación de servicios públicos hasta su aceptación bajo ciertas condiciones.

No hay duda de que servicio público y huelga son por naturaleza antagónicos: el primero tiene por carácter esencial la continuidad, o sea, la ininterrupción de una actividad, y la segunda es en esencia la interrupción misma de la actividad; el servicio público es generado por la necesidad de carácter general, el conflicto colectivo laboral origina la huelga, cuyo derecho ha sido reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos.

La continuidad del servicio público no está a discusión, porque es uno de sus caracteres esenciales; tampoco lo está el derecho de huelga. Lo que se discute, cuando ambos entran en conflicto entre sí, es cuál de los dos valores prevalece sobre el otro y hasta qué grado, o si deben coexistir en un plano igualitario de equilibrio.

La confrontación del derecho de huelga con el carácter esencial de la continuidad en el servicio público es tan debatida y su solución muy compleja; sin embargo, es posible que la magnitud del problema pudiera reducirse a su mínima expresión mediante la adopción de las siguientes medidas:

#### ***Proscripción de la huelga de solidaridad***

En opinión del autor no debe admitirse la huelga de solidaridad en el servicio público porque es injusto extrapolar los efectos de un conflicto entre dos partes en pugna hacia ámbitos ajenos al mismo, en perjuicio de todo un universo de individuos con la misma necesidad de carácter general que, por la huelga solidaria, dejaría de satisfacerse, en detrimento del goce de sus derechos humanos.

Con lo anterior no se pretende enjuiciar la huelga de solidaridad ni pronunciarse acerca de su justificación o descalificación, ya que no es materia de esta obra; pero sí se intenta enfatizar lo injusto de pretender ejercitar un derecho, con todo lo respetable que sea o pueda ser, atropellando de los derechos humanos de un conglomerado de personas, que en algunos casos puede ser la mayoría de la población, que se ve impedido de disfrutar de un servicio público por problemas ajenos por completo a la prestación del mismo.

#### ***Admisión de la huelga stricto sensu en algunos casos***

En relación con la huelga, los servicios públicos primordiales o fundamentales deben tratarse por separado de los clasificados como secundarios, los cuales se

refieren a necesidades menos imperiosas o, por lo menos, satisfacibles mediante actividades técnicas menos complejas o sofisticadas que las desarrolladas en la prestación de los servicios públicos primordiales o fundamentales.

El servicio público secundario debería recibir el tratamiento ordinario —excepto en lo relativo a la huelga solidaria que tampoco en él debiera permitirse—, porque el perjuicio que recibe el usuario es mucho menor que en el caso del servicio público primordial, habida cuenta que el primero no opera en el régimen de monopolio o exclusividad en que funciona el segundo, como lo prueba el servicio de suministro de energía eléctrica, el de agua potable y alcantarillado y el telefónico, entre otros.

### La requisita o requisición

Para asegurar la continuidad de servicios públicos fundamentales en casos de huelga, en México y en otros países se ha utilizado la requisita o requisición, institución jurídica poco estudiada. Robert Ducos Adder, en su excelente monografía sobre la requisición, la define como:

[...] una operación por la cual la autoridad administrativa, en forma unilateral, compele a los particulares —personas físicas o morales— a proporcionar, ya sea a ella misma o a terceros, prestaciones de servicios, uso de bienes inmuebles, o la propiedad o el uso de bienes muebles, en vista de la satisfacción de necesidades excepcionales y temporales reconocidas por la ley como de interés general.<sup>89</sup>

En atención a su origen, la requisita se puede dividir en dos grandes grupos: la militar y la civil. En el ordenamiento jurídico mexicano, la primera encuentra sustento en el artículo 16 constitucional, sólo en tiempo de guerra, por cuya razón no se justifica en tiempo de paz. En razón de su objeto, la requisita se clasifica en real y personal; la primera se refiere a cosas o bienes y guarda semejanza con la expropiación; la segunda atañe a actividades o servicios personales y tiene parecido con la leva.

Se considera que cuando la requisita carece de objetivos militares debiera denominarse requisita administrativa y no civil, como muchos autores la llaman, porque se trata de un acto administrativo encaminado a satisfacer necesidades públicas o cuando menos de carácter general.

En cuanto a su objeto, la requisita puede versar sobre bienes muebles, sobre bienes inmuebles, sobre el universo de bienes y derechos de una institución y aun sobre las actividades personales que en la misma desarrollan sus trabajadores, como ha ocurrido en las requisas de empresas prestadoras de servicio público.

La requisita de empresa o institución prestadora de servicio público se puede explicar como una limitación a los derechos de propiedad o posesión y de libertad de trabajo de los gobernados, establecida de manera temporal sobre el universo de

<sup>89</sup> Robert Ducos-Ader, *Le droit de réquisition. Théorie générale et régime juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 83.



bienes y derechos y respecto de los servicios de los trabajadores de una institución, mediante un procedimiento sumarísimo, a fin de que el poder público coactivamente pueda disponer de unos y de otros para satisfacer necesidades públicas o de carácter general.

Francia, Argentina y México, entre otros países, han adoptado la figura jurídica de la requisa o requisición, no sólo como una forma de limitar la propiedad de los gobernados, sino también como un mecanismo para asegurar la continuidad del servicio público.

La ley francesa del 11 de julio de 1938 dio paso a la requisición de empresas prestadoras de servicio público, al atribuir a la requisa, en su artículo 22, la finalidad de satisfacer las necesidades del país cuando lo exijan las circunstancias. En Argentina, el inciso e) de la ley 12,983, facultó al Poder Ejecutivo a requisar establecimientos industriales y comerciales, consignando judicialmente con posterioridad el valor de su uso.

En México, el artículo 112 de la Ley de Vías Generales de Comunicación otorga al gobierno la facultad de requisar los servicios públicos relativos a comunicaciones y transportes en los casos de guerra internacional, de grave alteración del orden público o ante peligro inminente para la paz interior o para la economía nacional, siempre que a su juicio lo reclame la seguridad, la defensa, la economía o la tranquilidad del país.

Mediante la requisa se da la ficción jurídica de la existencia virtual de la huelga y, de manera simultánea, la efectiva prestación del servicio público al que la huelga se refiere, con lo cual se pretende respetar el derecho de huelga de los trabajadores y, a la vez, garantizar la continuidad del servicio en beneficio de todos sus usuarios.

La requisa de una empresa prestadora de servicio público fundamental, en caso de huelga, es inobjetable porque resuelve el conflicto entre huelga y continuidad del servicio público de manera equitativa, sin menoscabo para la satisfacción de la necesidad de carácter general y, por tanto, sin quebranto para los usuarios; así como con el mínimo de perjuicios posibles para los trabajadores, para su organización sindical y para la institución requisada.

Por otra parte, la requisa personal, que en ocasiones se agrega a la de carácter real de la institución en huelga, parece anticonstitucional porque viola la libertad de trabajo garantizada por el artículo 5º de nuestra ley fundamental; por ello, debe proscribirse y, en cambio, establecerse el arbitraje obligatorio para la huelga en el servicio público.

Por consiguiente, en tanto no se modifique el régimen jurídico de la huelga, la administración provisional de la empresa de servicio público requisada podría invitar legalmente —pero no conminar— a los trabajadores a la realización cotidiana de sus tareas laborales en el entendido de que virtualmente la huelga subsistiría, y de que el desempeño de labores bajo la dirección de la administración provisional de la requisa no significaría levantamiento de la huelga ni renuncia a sus derechos reclamados mediante la misma.

Por otra parte, las instituciones prestadoras de servicios públicos debieran estar obligadas a capacitar a su personal de confianza en el manejo de maquinaria y

equipos especiales, así como a mantener una relación actualizada de personal jubilado y otra de solicitantes capacitados en el manejo señalado, a fin de que la administración de la requisa esté en posibilidad de normalizar el servicio en brevísimo plazo.

Asimismo, deben pensarse otras medidas tendientes a eficientar la prestación del servicio público en caso de requisa, pero no recurrir a medidas anticonstitucionales e inadmisibles en todo Estado de derecho.

### **Otras causas de interrupción del servicio público**

En ocasiones el servicio público se interrumpe por causas totalmente imputables a quien tiene encomendada su prestación; entre esas causas destacan: la deficiencia en el mantenimiento u operación, el paro patronal, el abandono del servicio o la quiebra de su concesionario.

Pueden provocar la interrupción del servicio público por abandono, la muerte, la desaparición o la renuncia expresa o tácita del concesionario, sin la aceptación del concedente. En tales casos el Estado debe actuar de inmediato para restablecer el servicio a la brevedad posible.

En rigor, la quiebra de quien tiene a su cargo la prestación del servicio público no debe dar lugar a su interrupción; por ello, el derecho positivo suele obligar al síndico de la quiebra a continuar la prestación del mismo hasta donde ello sea posible. El derecho positivo también suele prohibir que los bienes afectados a la prestación de un servicio público, puedan ser objeto de embargo y secuestro que entrañen un cambio de destino de tales bienes.

Sin perjuicio de las sanciones aplicables al responsable, en todo caso de interrupción del servicio público, el Estado tiene la facultad de asumir de manera directa su prestación, para lo cual utiliza distintos procedimientos; uno de ellos, bastante empleado en México, es la requisa.

## **La obligatoriedad**

---

Considerada por algunos autores como otro de los caracteres esenciales del servicio público, la obligatoriedad entraña tanto el deber del Estado de asegurar su prestación mientras perdure la necesidad de carácter general que está destinado a satisfacer, como la obligación del prestador del servicio a proporcionarlo en tanto subsista dicha necesidad si no hay un plazo establecido y el servicio está a cargo de la administración pública o, si está a cargo de particulares, durante el plazo señalado en la concesión o permiso.

En torno a este punto, Díez expresa: “Otro carácter del servicio público es el de la obligatoriedad en el sentido de deber que pesa sobre quien debe prestarlo. La falta de prestación debe ser sancionada.”<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Manuel María Díez. *op. cit.*, t. III, p. 210.

## **La adaptabilidad**

---

La adaptabilidad o mutabilidad referida al servicio público consiste en la constante posibilidad de modificar su regulación en aspectos que atañen al prestador del servicio, al usuario o a ambos, en los rubros administrativos, operativos, financieros, tecnológicos y de mantenimiento, en aras de corregir deficiencias o de incrementar la eficiencia, la seguridad y las condiciones del servicio o de aprovechar los adelantos tecnológicos.

La adaptabilidad o mutabilidad del servicio público se puso de manifiesto en México, por ejemplo, con el cambio de frecuencia de 50 a 60 ciclos en la generación y suministro de energía eléctrica a cargo de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, para homologarse con la Comisión Federal de Electricidad y permitir la conexión de ambos sistemas.

## **La permanencia**

---

Hay quienes consideran la permanencia como otro carácter esencial del servicio público, sin faltar los que la entienden equivalente a la obligatoriedad o como una faceta de la continuidad; en todo caso, consiste en la obligación de mantener la prestación del servicio mientras subsista la necesidad de carácter general que pretende satisfacer y motiva su instauración, porque el Estado tiene la obligación de velar por el bienestar de su población y, por tanto, de satisfacer sus necesidades generales.

## **La gratuidad**

---

Algunos autores han sugerido la gratuidad como uno de los caracteres esenciales del servicio público; no obstante, no puede considerarse como tal porque cuando dicho servicio queda a cargo de particulares, indudablemente está animado por el propósito de lucro, por lo que en tal caso la gratuidad es inadmisibile.

## **ELEMENTOS INDISPENSABLES DEL SERVICIO PÚBLICO**

---

Además de sus caracteres jurídicos esenciales, en el servicio público se advierte un conjunto de elementos indispensables sin cualquiera de los cuales no es posible su integración y prestación, algunos de estos elementos son: la necesidad a cuya satisfacción se destina, la actividad destinada a satisfacer dicha necesidad, el universo de sus usuarios potenciales, la intervención estatal, el sujeto que desarrolla la actividad satisfactora, los recursos empleados en la prestación del servicio y su régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado.

## **La necesidad a cuya satisfacción se destina**

---

El servicio público es generado por la necesidad humana a cuya satisfacción se destina y que tiene la peculiaridad de ser una necesidad individual que se generaliza, es decir, que adquiere carácter general a fuerza de ser la misma de muchas personas, lo que la convierte en una necesidad común, en la que cada quien puede identificar su necesidad individual y, así, su satisfacción puede darse de la misma manera para todas ellas mediante la prestación del servicio público.

Sin una necesidad de carácter general que satisfacer, es absurdo crear o establecer un servicio público; si una ley lo erigiera como tal, será sólo la evidencia de un capricho o de un error del legislador, consistente en denominar con ese rótulo a algo distinto a tal servicio que se debe destinar a satisfacer una necesidad de carácter general. De ahí que un elemento indispensable en el servicio público sea dicha necesidad.

## **La actividad satisfactora**

---

Otro elemento indispensable del servicio público es la actividad mediante la cual se satisface la necesidad que le da origen, porque resulta evidente que no puede satisfacerse sin realizarse la actividad indicada para ello, la cual debe ser técnica y satisfactora.

Se habla de una actividad técnica porque su realización requiere de un procedimiento o conjunto de acciones propias de ciencias, artes, industrias u oficios específicos, así como del empleo de ciertos elementos, tales como personal especializado, equipos, instrumentos y materiales determinados, ya que la actividad técnica está destinada a producir efectos útiles en un determinado ámbito; la técnica orienta la actividad hacia un fin preciso.

Además de técnica, la actividad propia del servicio público habrá de ser, en razón de su finalidad, satisfactora de la necesidad respectiva, lo cual implica que sea pertinente, capaz y adecuada. Ha de ser pertinente, o sea, a propósito, para conseguir su fin; capaz, en el sentido de apta, proporcionada y suficiente para lograr su objetivo; y adecuada, o dicho de otra manera, apropiada a las condiciones y circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus propósitos.

## **El universo de usuarios potenciales del servicio**

---

Otro elemento indispensable del servicio público lo constituyen los usuarios ya que son quienes tienen la necesidad cuya satisfacción representa su finalidad; sin usuarios, la actividad satisfactora sería estéril y, por tanto, el servicio injustificado. El universo de usuarios potenciales de todo servicio público, dado su carácter esencial de generalidad, será equivalente a la población localizada en el área o áreas de su cobertura.

## **La intervención estatal**

---

La intervención estatal es otro elemento indispensable del servicio público porque sólo mediante ella se puede crear el régimen jurídico especial que permite imprimirle sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad, continuidad, obligatoriedad, adaptabilidad y permanencia; y someter a tal régimen a los usuarios, a los prestadores y aun a los controladores del servicio.

La intervención estatal se advierte tanto en la ley que lo crea o suprime, como en el permiso que lo autoriza o en el régimen jurídico exorbitante del derecho privado a que se sujeta su funcionamiento, control y vigilancia.

## **El sujeto prestador del servicio**

---

El sujeto a cuyo cargo está su prestación figura también entre los elementos indispensables del servicio público porque es obvio que no puede haber servicio sin alguien que lo preste.

## **Los recursos empleados en la prestación del servicio**

---

Los recursos necesarios para su prestación son también un elemento indispensable del servicio público; tales recursos pueden desglosarse como recursos humanos, materiales y financieros, cuya obviedad no requiere comentarios adicionales.

## **Un régimen jurídico exorbitante del derecho privado**

---

Otro elemento esencial del servicio público es el régimen jurídico especial exorbitante del derecho privado; aunque algunos autores lo catalogan como de derecho público y otros lo consideran en parte de derecho privado y en parte de derecho público, en ambos casos sale de la órbita del derecho privado, como se comprueba aun en el servicio público impropio o virtual, el cual queda sujeto en forma parcial a normas de derecho público, por ejemplo, la imposición de un tope tarifario. Para Silva Cimma:

Este régimen especial consiste en el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias, que dictan los poderes del Estado —con competencia para ello— cuando comprenden que una determinada necesidad general debe satisfacerse mediante el procedimiento del servicio público. Se trata, generalmente, de un régimen del derecho privado.<sup>91</sup>

<sup>91</sup> Enrique Silva Cimma, *op. cit.*, p. 95.

## DEFINICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

---

El servicio público ha sido definido en la legislación, en la jurisprudencia y, con mayor insistencia, en la doctrina.

### En la ley

---

Desde la época del derecho romano ha existido renuencia a incluir definiciones en el texto legal, según se desprende de la siguiente afirmación contenida en el Digesto: “*Omnis definitio in iure civili periculosa est*” (50-17-202).

Reticencia semejante se advierte en la Constitución y en la legislación mexicana, por ello no extraña que ni el texto constitucional ni los de los diferentes códigos y leyes del ámbito federal, que aluden al servicio público, lo hayan definido.

En consecuencia, llama la atención que el artículo 23 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal sí incluya una definición de servicio público, misma que reproduce casi textual el artículo 10 *in fine* de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, en los siguientes términos:

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.

Esta definición legal no incluye los caracteres esenciales de generalidad, obligatoriedad y mutabilidad del servicio público reconocidos por la doctrina, pero sí los de continuidad, igualdad, regularidad y permanencia; asimismo, comprende de manera explícita o implícita los elementos doctrinarios de la necesidad de carácter general, del universo de usuarios, de la actividad técnica, de la intervención estatal y del régimen jurídico exorbitante del derecho privado, indispensables en el servicio público.

Una definición no requiere incluir todos los caracteres esenciales y los elementos indispensables de lo definido sino sólo los necesarios para establecer el género próximo y la diferencia específica; la definición legal antes transcrita, cubre dichos requisitos: el género próximo es la actividad organizada y la diferencia específica consiste en que el fin de tal actividad sea satisfacer una necesidad de carácter colectivo.

Tal definición matiza la satisfacción de dicha necesidad con sus circunstancias de tiempo —continua— y de modo —uniforme, regular y permanente.

### En la jurisprudencia

---

En Francia, la jurisprudencia desempeña un papel estelar en la conformación tanto de la idea como del concepto y la definición del servicio público, mediante *arrêts* tan sonados como los de los casos Rothschild, Dekeister, Blanco, Therond y Terrier.

En cambio, en México la jurisprudencia no ha tenido una participación importante, como en Francia y en España, en la configuración del concepto y de la definición del servicio público; no obstante, esto no ha sido obstáculo para hacer algunos pronunciamientos que incluyen definiciones del servicio público, como la formulada con criterio orgánico, contenida en una resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya parte medular se transcribe a continuación:

En derecho administrativo se entiende por servicio público un servicio técnico prestado al público, de una manera regular y con inua, para la satisfacción del orden público y por una organización pública. Es indispensable, para que un servicio se considere público, que la administración pública lo haya centralizado y que lo atienda directamente y de por sí, con el carácter de dueño, para satisfacer intereses generales y que, consiguientemente, los funcionarios y empleados respectivos sean nombrados por el poder público y formen parte de la administración[...] <sup>92</sup>

El criterio del máximo tribunal del país evolucionó después para sostener: “La condición de que la administración debe centralizar el servicio para que éste se considere público, ha sido objeto de enérgica rectificación al estimarse que los servicios públicos pueden también suministrarse por empresas privadas.” <sup>93</sup>

En 1985 la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya había abandonado el criterio orgánico para explicar de mucho mejor manera el servicio público, conforme a los criterios funcional y jurídico, como “la actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes”. <sup>94</sup>

## En la doctrina

---

En páginas anteriores se citaron y comentaron las definiciones de servicio público formuladas por diversos autores; empero, ahora se analizarán dos más.

### La definición de Olivera Toro

Para el distinguido profesor mexicano Jorge Olivera Toro: “el servicio público es la actividad de la que es titular el Estado y que, en forma directa o indirecta satisface necesidades colectivas, de una manera regular, continua y uniforme”. <sup>95</sup>

Como se advierte con facilidad, en esta definición el género es la actividad; la especie se da al reducir tal actividad a aquella cuya titularidad corresponde al Estado y que en forma directa o indirecta satisface necesidades colectivas.

<sup>92</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, V época, t. XV, pp. 1251 y 1252.

<sup>93</sup> *Ibidem*, t. XX, p. 63; t. XXIX, p. 1518 y t. XXXII, p. 823.

<sup>94</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala, tesis 419, Apéndice 1985.

<sup>95</sup> Jorge Olivera Toro, *op. cit.*, p. 57.

El autor de la presente obra no comparte la opinión en el sentido de que tal actividad satisfice en forma directa o indirecta necesidades colectivas, pues lo que debió expresarse es que el Estado, como titular de tal actividad, la podrá desarrollar *directa o indirectamente*, ya que las referidas necesidades siempre serán satisfechas de manera directa por la actividad.

Por otra parte, la definición de Olivera Toro no es aplicable al servicio público impropio porque excluye las actividades cuya titularidad no corresponde al Estado sino a los particulares, quienes por tal motivo no actúan como concesionarios sino como permisionarios.

### Definición de Alcides Greca

El renombrado profesor santafecino Alcides Greca plantea esta definición omni-comprendiva del servicio público:

Toda prestación concreta del Estado o de la actividad privada, que tendiendo a satisfacer necesidades públicas es realizada directamente por la administración pública, o indirectamente por los particulares, mediante concesión, arriendo o una simple reglamentación legal, en la que se determinen las condiciones técnicas y económicas en que debe prestarse, a fin de asegurar su menor coste, efectividad, continuidad y eficacia.<sup>96</sup>

Ciertamente, como dice Greca, en los casos de concesión o arriendo del servicio público, el Estado realiza de manera indirecta la prestación que le está atribuida, no así en los casos de servicios públicos impropios en que la prestación no es atribución del Estado, quien se concreta a otorgar un permiso o una licencia o autorización al particular para que sea éste quien preste el servicio por sí y no por delegación del Estado ni del municipio.

### Definición propuesta

---

Se entiende por servicio público toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo, deba ser permanentemente asegurado, regulado y controlado por los gobernantes con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.

De la anterior definición de servicio público destacan o derivan los siguientes aspectos relevantes:

<sup>96</sup> Alcides Greca, *Derecho y ciencia de la administración municipal*, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1943, p. 194.



**Es una actividad**

El servicio público no es, como se llegó a pensar, una estructura o un órgano, sino una actividad y, por tanto, algo intangible que no se puede guardar, almacenar, transportar ni atesorar. Si, por ejemplo, un servicio público de transporte tiene capacidad para efectuar cien mil viajes-pasajero-día y ayer sólo realizó sesenta mil viajes-pasajero, los no aprovechados cuarenta mil restantes no pueden acumularse a su capacidad de oferta del día de hoy.

**Es una actividad técnica**

No se trata de una actividad cualquiera, sino de la que se realiza por medio de personal capacitado, con el apoyo de materiales y equipos especiales, de acuerdo con planes y programas preconcebidos y procedimientos específicos predeterminados.

**Destinada a satisfacer una necesidad de carácter general**

No todas las actividades técnicas podrán ser de servicio público sino sólo aquellas que satisfacen necesidades de carácter general, diferentes a las necesidades públicas cuya satisfacción se logra mediante el ejercicio de las funciones públicas, porque, como se vio, las primeras son la suma de muchas necesidades individuales iguales, mientras que las necesidades públicas son las del Estado y demás entes públicos.

**El Estado debe asegurar, regular y controlar su prestación**

En rigor, no interesa tanto quién realice tal actividad, como que la necesidad de carácter general sea satisfecha, por lo que no en todos los casos se reserva el Estado su prestación, empero, en todos tiene la obligación de asegurarla, regularla y controlarla.

**No toda actividad estatal es servicio público,  
ni todo servicio público es actividad estatal**

Contra lo que Duguit afirma, no toda actividad estatal cuyo cumplimiento deba ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes es servicio público, sino sólo la actividad que, además de ser técnica, satisface una necesidad de carácter general, lo cual excluye a otras actividades del Estado: las funciones públicas, las actividades de interés público que no satisfacen necesidades de carácter general y las actividades socioeconómicas simples.

### **Se sujeta a un régimen exorbitante del derecho privado**

El servicio público, ya sea propio o impropio, se sujeta a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, el cual es mutable en todo momento para adaptarse a las variaciones de la necesidad a cuya satisfacción se destina o a los avances tecnológicos, lo cual evidencia la intervención estatal en la prestación del servicio público.

### **Caracteres esenciales y elementos indispensables**

La definición propuesta por esta obra incluye los caracteres jurídicos esenciales del servicio público señalados por la doctrina, así como sus elementos indispensables; además, alude de manera implícita a los recursos necesarios para la prestación del servicio.

## **DIVISIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO**

---

Una vez definido, conviene dividir el servicio público y después clasificarlo.

### **La división**

---

Una división universal del servicio público permite separarlo en dos grandes grupos que atienden al sujeto a quien está atribuido:

#### **Propiamente dicho o servicio público propio**

Como se estableció en páginas anteriores, el servicio público propio es el atribuido al Estado, el cual lo puede prestar en forma directa por medio de las dependencias o entidades de la administración pública o a través de particulares a quienes confía su operación mediante algún mecanismo de delegación; en tal caso lo que se transfiere no es la atribución de prestar u operar el servicio público, sino sólo su operación o prestación, por lo que la concesión o cualquier otra forma de delegación será temporal.

#### **Impropiaamente dicho o servicio público impropio**

Llamado también virtual, el servicio público impropio (que no está atribuido al Estado), es una actividad privada que, como el propio, también satisface necesidades de carácter general, con sujeción a un régimen jurídico especial exorbitante del

derecho privado; como dicha actividad no está atribuida al Estado, su realización no requiere concesión, pero sí permiso, licencia o autorización, según se vio antes.

## La clasificación

El servicio público está encuadrado tanto dentro de las actividades del Estado (junto con la función pública, la actividad de interés público y la actividad socioeconómica simple) como dentro de las actividades de los particulares (al lado de los servicios al consumidor, los servicios al productor y los servicios profesionales); así, dicho servicio puede clasificarse con base en distintos criterios.

Algunos de esos criterios son: las características de sus usuarios, el ejercicio de autoridad, su aprovechamiento, su importancia, el tipo de la necesidad que satisface, la razón de su cobro, su régimen jurídico, la titularidad o jurisdicción del servicio, la competencia económica y el prestador del servicio.

- a) Por las características de los usuarios, según sean determinados o indeterminados. El servicio público será *uti singuli* cuando tiene usuarios determinados, como el de suministro de energía eléctrica. *Uti universi* cuando no sea posible determinar individualmente a los usuarios, como en el servicio de alumbrado público.
- b) Por el ejercicio de autoridad, el servicio público se clasifica como *de gestión pública* si su prestación implica el ejercicio del poder administrativo,<sup>97</sup> como ocurre en el servicio público de tránsito. Y como *de gestión privada* cuando su prestación no implica el ejercicio de autoridad, como sucede en el servicio que prestan los “cargadores” en las terminales de transporte y centros de abasto.
- c) Por razón de su aprovechamiento o utilización, resulta clasificable como *voluntario* cuando el usuario lo aprovecha sin ninguna coacción, como sucede en el servicio público telefónico, y *obligatorio* cuando su empleo se impone a quienes están en un supuesto determinado, como acontece con el servicio público de drenaje.
- d) Por razón de su importancia los servicios públicos se clasifican en *indispensables*, como el de suministro de agua potable; *secundarios*, la radiodifusión de frecuencia modulada, por ejemplo, y *superfluos*, entre los que se encuentran los relativos a ciertos espectáculos o diversiones, como los de carreras de caballos, la pelota vasca y la lucha libre, para citar sólo algunos.
- e) Por el tipo de la necesidad, se clasifican en *constantes*, cuando su prestación es diaria y a todas horas, durante todo el año, como el servicio de tránsito; *cotidianos*, si su prestación es diaria, durante todo el año, pero dentro de un horario predeterminado, como el de alumbrado público; *intermitentes*, cuando su prestación no es diaria o no todos los meses del año y dentro de un horario limitado, como el servicio de educación primaria; y *esporádicos*,

<sup>97</sup> Vid. Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, t. I, p. 121

que sólo se prestan cuando aparece la necesidad, como el servicio de bomberos.

- f) Por razón de su cobro se les clasifica como servicios *gratuitos*, cuando son financiados por completo con recursos fiscales por lo que no se cobra al usuario el acceso a su utilización, tal es el caso del servicio de tránsito; y *onerosos*, que son aquellos servicios en que los usuarios deben pagar por su uso de acuerdo con una tarifa predeterminada por la autoridad competente, aun cuando se trate de servicios públicos muy subvencionados, ya que el acceso no es libre, sino supeditado al pago de una cuota.
- g) Por su régimen jurídico, que puede ser público o mixto. De acuerdo con la doctrina francesa, son de régimen jurídico público los servicios públicos regidos de manera exclusiva por el derecho público,<sup>98</sup> o sea, los propiamente dichos operados por la administración pública; son de régimen jurídico mixto —en parte de derecho público y en parte de derecho privado—, los servicios públicos impropios o virtuales —incluidos los industriales y comerciales—, así como los propiamente dichos operados bajo el régimen de concesión o de gestión interesada.
- h) Por razón de la competencia económica, pueden ser de régimen de monopolio, de oligopolio o de régimen de competencia según haya uno solo, pocos o muchos prestadores.
- i) Por la titularidad o jurisdicción del servicio, en atención a la instancia gubernamental a que corresponde el aseguramiento y control del servicio, se agrupan en: generales o nacionales, regionales o provinciales, municipales o locales y concurrentes; respecto de los últimos, Serra Rojas expresa:

Hay determinadas materias que no son de la exclusiva competencia federal, y pueden ser atendidas por las autoridades federales, locales y municipales: educación pública, turismo, salubridad, caminos, etc., organizados en servicios coordinados.<sup>99</sup>

## FORMAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

La gestión de los servicios públicos puede quedar a cargo de personas tanto de derecho público como de derecho social y también de derecho privado. En el primer caso puede ser mediante diversas modalidades, como la gestión indiferenciada de la administración pública centralizada, la gestión por medio de un órgano desconcentrado, la personificación del servicio público o su gestión mediante un fideicomiso público.<sup>100</sup>

La personificación del servicio se da en el esquema de la descentralización administrativa por servicio, que implica la creación de un ente público con auto-

<sup>98</sup> André de Laubadere, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1963, t. I, p. 557.

<sup>99</sup> Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, t. I, p. 122.

<sup>100</sup> Cfr. Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho ... op. cit.*, vol. II, p. 372.

mía jurídica, financiera y técnica y por tanto, con personalidad jurídica, patrimonio y ordenamiento técnico propios.

El derecho positivo de cada país le da nombre distinto al ente público resultante de la personificación del servicio público; en Francia se le llama establecimiento público; en Argentina, ente autárquico; en España, organismo autónomo; en Inglaterra, corporación pública; en Uruguay se contemplan dos entes distintos: el ente autónomo y el servicio descentralizado; en Venezuela también existen dos tipos de entes públicos prestadores del servicio público: el establecimiento público institucional y el establecimiento público corporativo.

En México también existen dos tipos de entes públicos para la prestación del servicio público: el organismo público descentralizado y la sociedad nacional de crédito.

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

Por su parte, las personas de derecho privado prestadoras de servicios públicos, pueden ser físicas o morales, estas últimas constituidas como sociedades en los formatos del derecho civil o principalmente del mercantil.

Los particulares que se encargan de un servicio público propio lo hacen en virtud de una concesión o de contratos de locación, de subrogación o de gestión interesada.

La prestación de servicios públicos impropios o virtuales la efectúan los particulares con base en permiso, autorización o licencia que expide la autoridad competente.