

CAPÍTULO XI
SERVICIOS PÚBLICOS

SUMARIO

1. Origen de la noción	399
2. Nociones tradicionales.....	399
3. El servicio público como organización	400
4. La finalidad del servicio público	400
5. Caracteres del servicio público.....	401
6. El régimen jurídico del servicio público.....	401
7. Elementos de la noción tradicional.....	402
8. La crisis del concepto de servicio público	403
9. La persona que presta el servicio.....	403
10. El objeto o finalidad del servicio	404
11. El régimen de derecho público	405
12. Reestructuración del régimen jurídico de los servicios públicos	407
12.1. Carácter autoritario del régimen jurídico tradicional	407
12.2. Interés público e interés individual.....	407
12.3. El interés público no es el interés de la administración pública...	409
12.4. El interés público no es sólo la conveniencia material	409
12.5. El interés público en una sociedad socialista	410
13. El régimen jurídico actual no protege el interés público	411

Capítulo XI

SERVICIOS PÚBLICOS

1. Origen de la noción

La noción de *servicio público* floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración, y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo¹ la relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia contencioso-administrativa, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, etc. Posteriormente la noción fue perdiendo importancia, y hoy en día se supone que sirve para fundamentar un régimen jurídico especial para regir la actividad que se resuelva denominar como tal.

La doctrina francesa moderna ha venido observando incongruencias y errores en el concepto, modificándolo frecuentemente en sucesivos esfuerzos por adecuarlo a una realidad que a su vez se empeña en contradecirlo; algunos autores consideran que debe ser eliminado. En la Argentina, *más que el concepto debe preocuparnos el régimen jurídico de nuestros servicios públicos*, por la indefensión del particular frente a servicios cumplidos defectuosamente o inclusive no prestados.

Pero antes de considerar la así llamada “crisis de la noción de servicio público” o los desaciertos de su régimen jurídico, debe analizarse el concepto tradicional y los principios que lo rigen.

2. Nociones tradicionales

Dejando de lado las nociones más antiguas, podemos recordar aquí la de HAURIUO “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública,”² la de BIELSA “toda acción o prestación realizada por la administración pública activa,

¹ PISIER-KOUCHNER, EVELYNE, *Le service public dans la théorie de l'Etat de León Duguit*, París, 1972, p. 17 y ss.

² HAURIUO, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1919, 9ª ed., p. 44.

directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”³ y la “*ad hoc*” creada por CORAIL para resumir las ideas tradicionales sobre el punto “una empresa creada por las autoridades públicas y dotada de medios exorbitantes al derecho común, en vista de dar satisfacción a una necesidad de interés general.”⁴

El primer elemento que distingue a esta noción de las más antiguas es el criterio de que ni la actividad legislativa ni la actividad jurisdiccional se considera “servicio público” en sentido estricto; o sea, que sólo puede hablarse de “servicio público” dentro de la actividad administrativa. El segundo elemento es que no toda la actividad de la administración pública constituye servicio público, sino sólo una parte de ella.

Ahora bien, establecido que la actividad estatal sólo puede considerarse servicio público en ciertos casos de la actividad de los órganos *administrativos*, se aclara que no es necesario que la administración misma, mediante sus propios medios y personal, asuma la prestación del servicio público: El servicio público puede ser prestado tanto *directamente* por la propia administración, como *indirectamente* a través de un concesionario. “Público es el servicio... cuya gestión es asumida, ya por la administración directamente, ya por una persona o entidad por su encargo o con su colaboración.”⁵

3. *El servicio público como organización*

El servicio público presupone usualmente una organización de *elementos y actividades* para un fin, una ordenación de medios materiales y personales, esto es, una *empresa* en sentido económico. La idea de organización es inseparable de la noción de servicio público, y por ello se observa a la segunda definición citada que el servicio público no es cada acción o prestación considerada en sí misma, sino en todo caso la *actividad* tomada como conjunto, consustanciada con la organización que efectúa tales acciones o prestaciones. El servicio público de las fuerzas de seguridad, por ejemplo, no es el hecho mismo de disolver una reunión turbulenta, sino la organización y actividad de seguridad en general.

4. *La finalidad del servicio público*

El objeto o finalidad de esta actividad es —siempre estando a la concepción tradicional— *satisfacer una necesidad pública* (colectiva, de interés público, etc.) Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las

³ BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 463.

⁴ CORAIL, JEAN-LOUIS, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, 1954, p. 1 y ss.; 21 y ss.

⁵ GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 262.

necesidades individuales; no presupone necesariamente que *todos* los individuos de la sociedad deban tenerla, sino sólo que una mayoría de ellos la tiene.⁶

5. Caracteres del servicio público⁷

En razón de que trata de satisfacer una necesidad pública, el servicio público debe estar dotado, se afirma entonces, de “medios exorbitantes al derecho común,” es decir, de un régimen de derecho público que asegure la *generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad* del mismo.

El poder público se hace así presente a través de un régimen jurídico especial que subordina los intereses privados al interés público, fundamentalmente en razón de proteger la *continuidad* del servicio.

En efecto, de estos cuatro caracteres que hacen al *funcionamiento* del servicio público, el más importante es el de la continuidad, el cual no significa que la actividad sea *ininterrumpida*, sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente. La continuidad del servicio público reside, pues, en que se satisfaga *oportunamente* —sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate— la necesidad pública. En los servicios públicos de defensa nacional, electricidad, gas, aguas corrientes, etc., la continuidad se traduce en la ininterrupción del servicio; en el servicio público de la enseñanza primaria, en cambio, la continuidad consiste en que la actividad se realice durante el año lectivo y se suspenda durante las vacaciones.

La *generalidad* significa que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio, y se comprende en una característica que a veces se menciona aisladamente: La *igualdad o uniformidad*, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones. *Regularidad* quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas.

6. El régimen jurídico del servicio público

La característica más específica del régimen jurídico especial de los servicios públicos es que los hombres que trabajan en él carecen del *derecho de huelga*, pues la huelga implica la suspensión del servicio y se considera precisamente que el Estado debe asegurar su *continuidad*.

La necesidad de asegurar el funcionamiento —y con ello la continuidad— del servicio, determina además que *a)* la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, *b)* que quien presta el servicio pueda pedir al Estado que expropie

⁶BIELSA, *op. cit.*, p. 467; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1951, p. 51 y ss.

⁷Sobre este punto y el siguiente ver, en general, BIELSA, *Derecho administrativo*, t. I, 1964, 6ª ed., p. 467 y ss.; MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1966, p. 61 y ss.; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1967, p. 206 y ss.; ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 447 y ss., 452 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 55 y ss., 65 y ss.

bienes útiles a su gestión, *c*) que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio —indemnizando, en el primer caso—, *d*) que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio, sean contratos administrativos, *e*) que se organice el poder de percibir tasas en contraprestación por el servicio, *f*) que el monto de las tasas esté sujeto a la autorización o aprobación del poder público, *g*) que en ciertos casos, la prestación sea obligatoria para los particulares, *h*) que, eventualmente, el servicio sea monopólico —esto es, que no se admita la libre competencia de los particulares para realizar la actividad del servicio público—, *i*) que toda cuestión vinculada al mismo corresponda —en doctrina al menos— a la jurisdicción contencioso-administrativa.

7. Elementos de la noción tradicional

Los tres elementos esenciales de la *noción tradicional de servicio público* son, según se aprecia, tres

- 1º) el fin que el servicio cumple,
- 2º) la persona que lo atiende,
- 3º) el régimen que lo regula.

El juego de estos tres elementos lo explican autores como GARCÍA OVIEDO⁸ de la siguiente manera

7.1. No hay servicio público que no tenga por fin la satisfacción de una necesidad colectiva; pero este criterio, aislado, sería insuficiente, por cuanto “múltiples son, en cualquier sociedad bien constituida, las necesidades públicas que se satisfacen mediante el procedimiento del servicio privado” pueden citarse las panaderías, y comercios de expendio de carne, leche, verduras, etc.

No es esencial que el servicio sea ofrecido al uso del público, pues en el caso de las fuerzas armadas, de las fortificaciones, etc., hay un servicio que no es utilizado directamente por los particulares; lo esencial sería sólo la satisfacción de la necesidad pública.

7.2. También sería insuficiente decir que servicio público es el prestado por la administración, pues ésta puede conceder el servicio; y además porque no todas las actividades de la administración son servicios públicos “Cuando el Estado explota un monte patrimonial o un teatro, o toma a su cargo y dirección una empresa industrial (la fábrica de porcelana de Sèvres del Estado francés), evidentemente no realiza servicio público.”⁹

⁸ GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, p. 260 y ss.

⁹ GARCÍA OVIEDO, *op. loc. cit.*

7.3. El régimen jurídico especial, de derecho público, que tiende a asegurar la continuidad, uniformidad, regularidad y generalidad del servicio, completa, con los dos primeros datos, la noción tradicional ofrecida.

8. *La crisis del concepto de servicio público*

Dos elementos de esta noción —el de la persona que atiende el servicio y el del régimen que lo regula— están actualmente, al parecer de la doctrina francesa moderna, en crisis.¹⁰ Esa crisis lleva a tales autores a proponer concepciones “existenciales” del servicio público o más francamente a abandonar totalmente el término y el concepto.

La crisis de la noción tradicional se hace presente en sus tres aspectos.

9. *La persona que presta el servicio*

En cuanto a *la persona que presta el servicio*, observa la doctrina actual que no es ya sólo la administración por sí misma o a través de concesionarios, como se sostenía en un principio, sino que también existen otras entidades encargadas de un servicio público. Surgen a veces asociaciones profesionales o corporativas (Colegios de Abogados, de Médicos, etc.; asociaciones gremiales; cámaras industriales y comerciales), cuya actividad está frecuentemente sometida a un régimen “exorbitante al derecho común,” es decir, que tienen asignadas por ley atribuciones de poder público en ciertas cuestiones: Ingreso a la profesión, control de la matrícula, etc.; fenómeno éste bastante común en la Europa de hoy, y que en nuestro país comienza recién a aparecer. Se pensó y piensa en Francia que ello constituye una crisis de la noción de servicio público, pues habría allí un servicio público, prestado directamente por particulares, o al menos por órganos que no forman parte de la administración ni tienen un contrato de concesión con ella para realizar tal actividad.¹¹ Si un servicio público podía ser prestado no sólo directa o indirectamente por la administración, sino también por entes que nada tenían que ver con ella, era notorio que sólo se podía definir al servicio público por su objeto... nace así la “noción funcional” o “existencial” de servicio público.¹²

Ese aspecto de la “crisis” es parcialmente obvia, sin embargo, pues estas asociaciones profesionales, corporaciones de oficios, etc., no son personas enteramente

¹⁰ Ver, entre otros, CORAIL, *op. loc. cit.*

¹¹ CORAIL, *op. cit.*, p. 131 y ss.

¹² Dicho en otras palabras, que puede haber servicios públicos “virtuales,” en los cuales sin estar presente la actividad del Estado ni un acto expreso de concesión a un particular o a otra entidad no estatal, de todos modos se sostiene que la actividad es *materialmente* un servicio público, y por ello debe ser *jurídicamente* considerada como tal. Como dice MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 55, en esta orientación, “también pueden haber servicios públicos cuya índole de tales no derive de un acto estatal expreso o de un hecho o «comportamiento» de la administración pública, sino de su propia naturaleza o esencia.” Entre los servicios públicos “virtuales” u “objetivos” enuncia farmacias, almacenes, proveedurías, lecherías, carnicerías, panaderías (p. 55), aunque esta extensión se halla limitada por el concepto teleológico. (P. 40, nota 43.)

ajenas al proceso administrativo, como se advierte. Dado que la administración no es sino un órgano del Estado, carente de personalidad jurídica propia, no es sólo a través de ella y mediante su intervención que puede hacerse una delegación de función administrativa. Dicho en otros términos, el contrato temporal de concesión no es la única forma en que el Estado puede delegar poderes de naturaleza pública en un ente determinado para que realice una parte de la función administrativa; también puede la ley directamente crear un ente y conferirle tales facultades sin limitación temporal prefijada. De esta manera, realizando una ampliación conceptual a la frase “directa o indirectamente realizada por la administración,” se solucionaría este aspecto de la crisis.

En consecuencia, cabe afirmar que cuando la ley crea un ente, o autoriza la constitución de un ente, y le confiere el ejercicio de una parte de la función administrativa, tal función se ejerce precisamente en forma *indirecta*, es decir, por órganos distintos de los directamente encargados por la Constitución para realizarla. La ley puede fijar fundamentalmente dos tipos de entes; unos, en los que los directivos *son nombrados por el Estado* (entes autárquicos, empresas del Estado), y otros, en los que los directivos *son nombrados por los administrados* (asociaciones profesionales y gremiales, etc.) En esta interpretación, al decir entonces que el servicio público es una actividad realizada directa o indirectamente por la administración no se excluye del concepto a ninguno de los casos traídos a la luz por la doctrina francesa moderna.

Sin embargo, pareciera que no puede admitirse la noción virtual, funcional o existencial del servicio público, con el alcance de que pueda haber actividades que sean un servicio público *por su propia naturaleza*,¹³ independientemente de un acto expreso de reconocimiento por parte del Estado, pues en esa hipótesis ya la noción ha perdido límites concretos y su ámbito de aplicación prácticamente puede abarcar a cualquier actividad humana, haya o no voluntad estatal de considerarla servicio público.

10. *El objeto o finalidad del servicio*

Se dice que el servicio público *tiene por objeto la satisfacción de una necesidad colectiva*, pero se aclara que es el legislador y no el juez quien aprecia cuándo hay en la sociedad una tal necesidad que deba ser atendida mediante el procedimiento del servicio público. Con este punto de partida, el fin del servicio público es un elemento contingente y que no sirve para caracterizarlo en un plano teórico estable. Este dato carece por ello de rigor dogmático, además de constituir de cualquier manera un elemento subjetivo y no un aspecto objetivamente apreciable.

¹³ Sobre la naturaleza o esencia de las cosas en el mundo jurídico, ver el *Tratado*, t. 1, cap. I. Ver también allí lo referente a las definiciones y clasificaciones, donde tratamos algunos supuestos metodológicos que son aplicables a este capítulo.

Es evidente, por lo demás, que algunos servicios públicos *no atienden una verdadera necesidad pública*, sino que simplemente realizan actividades de utilidad pública; que otros servicios públicos persiguen específicamente una finalidad de contralor fiscal o de otro tipo, pero no satisfacer una necesidad pública. (Así el servicio de manufactura y venta de tabacos en Francia, o el monopolio estatal de los alcoholes en Costa Rica, tienen finalidades simplemente fiscales.)

11. *El régimen de derecho público*

Por fin, *el régimen de derecho público* no es un elemento que siempre se asocie a los anteriormente citados en la noción de servicio público.

11.1. No toda la actividad realizada directa o indirectamente por la administración con fines de satisfacer una necesidad pública se rige por el derecho público; así las empresas del Estado (Y.P.F., Gas del Estado), cuando actúan en libre competencia, se rigen en varios aspectos por el derecho privado (ver ley 14.380, art. 1°.)

Por su parte, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, y las sociedades del Estado, tienen también un apreciable margen de actividad regido por el derecho privado. Si bien este fenómeno no se da en la administración central (*supra*, t. 1, cap. VI, n° 2-4) y no es necesariamente perdurable en este tipo de empresas descentralizadas (*supra*, t. 1, cap. XI, n° 4.2), de todos modos sí puede decirse que no toda la actividad que persiga objetivos como los señalados se rige por ello siempre por el derecho público.

11.2. Hay otras actividades que no son administrativas directa o indirectamente, y que, teniendo el fin de satisfacer una necesidad pública, se rigen por un régimen exorbitante al derecho privado (los llamados “servicios públicos impropios.”)¹⁴

11.3. Hay, por último, actividades que no son realizadas directa ni indirectamente por la administración, que no tienen un fin de interés colectivo, y que a pesar de ello se rigen por el derecho público (régimen de sociedades holding, trusts, etc.)

Ello es así, pues estas actividades interesan o afectan al interés público, y por ello son objeto de regulación específica por el derecho público.

¹⁴ Concepto algo híbrido con el cual se quiere designar a las actividades de ciertos particulares a quienes el Estado exige autorización, y reglamenta sus servicios con miras a asegurar la continuidad de los mismos y la certeza y uniformidad de las tarifas. (Coches de alquiler, farmacias, botes de alquiler, changadores, mozos de cordel, etc.)

La relación de servicios públicos impropios puede por lo demás extenderse a todas las actividades o empresas “reglamentadas” a que hicimos mención *supra*, cap. VI, n° 10.3.2, casos 12 y 13. En efecto, los bancos, compañías financieras, de seguros, sociedades de inversión, etc., tienen en general la misma especial regulación de derecho público que limita y controla sus actividades, sin que haya importado, y con razón, preocuparse de si correspondía denominarlos “servicios públicos impropios” o no.

11.4. *Conclusión. La supresión de la noción de servicio público.* Ello demuestra que los elementos *a)* actividad realizada directa o indirectamente por la administración, y *b)* con miras a satisfacer una necesidad colectiva, no conllevan necesariamente el tercer elemento: Régimen exorbitante al derecho privado; el régimen de derecho público se presenta en otros casos que los señalados por esos dos requisitos, y además no siempre se presenta cuando ellos aparecen.¹⁵ De allí surge que la “satisfacción de una necesidad colectiva” no fundamenta ni condiciona el “régimen de derecho público.” La conclusión es entonces obvia: No cabe sino suprimir una noción teórica que no tiene asidero en la realidad, que no sirve para explicar el derecho positivo, y que introduce más confusiones que clarificaciones dentro del pensamiento jurídico sistemático.

Dicho en otras palabras, la determinación de aplicar un régimen de derecho público a cierta actividad, estatal o no, es una decisión que no puede estipular libremente la doctrina, a partir de la afirmación que resuelva hacer en el sentido de llamarla “servicio público;” esa determinación viene dada por el orden jurídico, en la medida que efectivamente someta o no, en mayor o menor grado, alguna actividad humana al derecho público. Que algún escritor la llame “servicio público” *antes* de existir la regulación legal de derecho público, es equívoco, pues expresa sólo su opinión personal de que *convendría* que esa actividad fuere objeto de regulación por el derecho público. A su vez, que él llame “servicio público” a una actividad cualquiera, *después* que el derecho público la ha regulado, no sólo es ya intrascendente, sino que también es proclive a confusiones, pues muchos podrán creer, siguiendo esta tradición conceptual, que se rige por el derecho público porque “es” un servicio público,¹⁶ olvidando que *se lo llama* convencionalmente servicio público *porque está regido por el derecho público*. Y si el jurista encuentra determinada actividad regida por el derecho privado, no puede llamarla servicio público sin inducir a equivocaciones, y no efectúa en tal caso una clasificación que sea jurídicamente relevante para explicar el sistema positivo.

En otras palabras, a lo sumo sería el régimen jurídico positivo el que podría justificar la denominación, pero no ésta la que determinará el derecho aplicable. Si, a su vez, el legislador ha aplicado el derecho público a actividades del Estado o de los particulares, con naturaleza y fines de los más diversos, entonces no tiene sentido lógico ni metodológico querer encontrar una institución allí donde no existe. Sería por supuesto útil y conveniente si hubiera un grupo de actividades homogéneas que tuvieran un mismo régimen y pudieran ser conceptuadas de igual manera: Pero no podemos forzar la realidad para inventar lo que en ella no existe.

¹⁵ A punto tal que algunos admiten que pueda haber un servicio público bajo un régimen de derecho privado (ver los casos que reseña y critica, JÉZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II-1, Buenos Aires, 1949, pp. 9 y 4), y otros que sostienen que no es necesario que haya un régimen especial de derecho público, sino que basta un encuadramiento general en él.

¹⁶ Volviendo así a la pretendida *naturaleza* o *esencia* de las cosas, que ya criticamos en el *Tratado*, t. 1, cap. I, n° 6, nota y n° 5, nota.

En el mejor de los casos, la expresión “servicio público” ha cumplido históricamente una función axiológica, cuando en base a ella se sostuvo que tales o cuales actividades debían ser objeto de regulación por el derecho público; pero cuando esa función valorativa está superada, la expresión pierde toda connotación explicativa del derecho positivo de un país dado y pierde también, por su vaguedad indefinible, utilidad valorativa racional —sin perjuicio de que la tenga, para algunos, emocional.¹⁷ Pero con ello salimos del campo de la ciencia jurídica, por más que sea una ciencia “en formación.”

12. Reestructuración del régimen jurídico de los servicios públicos

12.1. *Carácter autoritario del régimen jurídico tradicional*

De un principio aplicado en Francia a fines del siglo pasado se ha creado en nuestro país en el presente, todo un régimen jurídico de características que, más que “exorbitantes al derecho común,” son directamente estatistas y autoritarias. Pensándose en la supremacía del interés público sobre el interés privado, y en la necesidad de evitar que particulares carentes de sentido social trabaran continuamente la acción estatal de satisfacer las urgentes necesidades colectivas, se ha elaborado una serie de reglas que tienden a dar prerrogativas de derecho público al que presta el servicio, prerrogativas destinadas, como decimos, a permitirle la mejor satisfacción del interés público en cuestión.

12.2. *Interés público e interés individual*¹⁸

A ello señalamos primero el error de concebir al interés público o a la necesidad pública como entes abstractos, como una estela de bienestar que se esparce insensiblemente entre el pueblo; como una noción mágica que implica todo lo bueno y mejor y a la cual deben doblegarse las pretensiones jurídicas de los particulares. Clásica es en tal sentido la afirmación de FLEINER,¹⁹ quien representa a la doctrina dominante con la formulación de que “el interés público debe anteponerse

¹⁷ Por ejemplo, si alguien propusiera que deben “nacionalizarse los servicios públicos,” no lograría ser entendido, y probablemente no tendría él mismo en claro a qué se refiere. Será necesario entonces precisar si postula la nacionalización de los bancos, o del seguro, o del transporte: O de los comercios de panaderías, verdulerías o lecherías; de la venta ambulante de golosinas, quioscos de cigarrillos, etc. Pues todas estas actividades, con su manifiesta diversidad económico-política y valorativa, son de todos modos “servicios” que se prestan “al público” y que, en la medida en que se sostenga que sirven al “interés público,” bien puede ocurrir que alguien decida estipular llamarlos “servicios públicos” o incluso lo haya hecho ya.

¹⁸ No analizamos aquí al “interés público” como parte del *concepto* de servicio público, pues ya señalamos que a juicio nuestro no lo integra, sino a efecto de demostrar de qué manera ese argumento ha sido también erróneamente empleado al estructurarse el *régimen jurídico pertinente*.

Sobre el tema, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades...*, *op. cit.*, p. 34 y ss., en cuanto se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados; SAINZ MORENO, “Reducción de la discrecionalidad: El interés público como concepto jurídico,” *REDA*, n° 8, p. 63 y ss.

¹⁹ FLEINER, FRITZ, “Einzelrecht und öffentliches Interesse,” separata de las *Abhandlungen für Laband*, II, p. 1.

al derecho individual y al interés individual y no puede ser sacrificado a él bajo ninguna circunstancia,” y de que “la noción de interés público es, sin embargo, vacilante y mutable.” ¿En base a qué puede afirmarse tan categóricamente la inferioridad de los derechos individuales respecto de una noción que no se conoce enteramente ni se puede precisar?

Todo surge de un erróneo concepto de interés público. El interés público no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; *es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes* y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundando en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. Por supuesto, hablamos de una *mayoría* de individuos, “o de la totalidad de los miembros de la sociedad.” Debe tratarse, también, de intereses coincidentes *lato sensu*, esto es, homogéneos.

Sólo hay interés público cuando de entre una mayoría de individuos, cada uno puede escindir del mismo su *interés individual* el “interés público” en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia.²⁰

Hay interés público en los servicios de transporte, correos, teléfonos, electricidad, porque en definitiva cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica y ese interés público consiste en que cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio.

Adviértase que no queremos sostener con esto que sólo hay servicio público cuando se atienden intereses *individuales* en forma *directa*, pues ello responde a una doctrina ya superada y no podría negarse la existencia de algunos servicios que no se traducen en *prestaciones individuales* a personas determinadas,²¹ pero sí debemos advertir que cuando un servicio efectivamente se traduce en prestaciones individuales, entonces el destinatario de esa prestación es fuera de toda duda el objeto principal del servicio, y es a él que el régimen jurídico debe proteger.²²

²⁰ En sentido similar WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht, I*, Munich y Berlín, 1971, 6ª ed., pp. 162-3.

²¹ Sosténia de VALLES, ARNALDO, “I servizi pubblici,” en el *Trattato di diritto amministrativo*, dirigido por ORLANDO, V. E., vol. VI, primera parte, Milán, 1923, p. 426 y ss., que servicio público era el que perseguía como fin primario la satisfacción de intereses individuales, y como fin secundario los intereses públicos, lo cual es susceptible de ser criticado en primer lugar porque, según veremos, la satisfacción de los intereses individuales puede ser precisamente, al mismo tiempo, satisfacción del interés público, sin que pueda efectuarse distinción alguna entre ambos intereses.

²² No creemos, en consecuencia, que pueda sostenerse que *siempre* el servicio público se dirige a la satisfacción de un interés público, y que sólo indirectamente o en forma refleja puede resultar en beneficio para un individuo (así, POTOTSCHNIG, *op. cit.*, pp. 163 y 164; BENVENUTI, FELICIANO, *Appunti di diritto amministrativo*, Padua, 1959, p. 42 y ss.), pues ello supone en última instancia una contradicción: El Estado se organiza para el bien de la comunidad y *también* de los individuos, y los servicios públicos, si están organizados del mismo modo en el interés de la colectividad, no pueden por su naturaleza estar *contrapuestos* como regla a los intereses individuales; podrán en algún caso estar en conflicto, sin duda, pero como principio general la satisfacción del interés público debe necesariamente significar la satisfacción de una mayoría de intereses individuales. (Conf. WOLFF,

12.3. *El interés público no es el interés de la administración pública*

Además, el interés público no es el interés de la administración pública.²³ Ello se ilustra con algunos ejemplos. El juego es decididamente contrario al interés público, y sin embargo, explotado por la administración (hipódromos, loterías, etc.) redunda claramente en beneficio de ésta; el poder detener a las personas, “demorarlas,” e inclusive torturarlas a fin de obtener una confesión, coincide con el interés de las fuerzas de seguridad de aprehender a los posibles delincuentes, pero colide con el interés público de que haya un cierto grado de respeto a la persona humana; si una empresa ofrece prestar ingentes capitales al Estado a cambio de una concesión de servicios públicos, el interés de la administración es favorable al pacto, por cuanto obtiene capitales baratos y hace prestar el servicio; mas el interés público es que el servicio público sea prestado por quien tiene más aptitud para hacerlo con eficiencia, no por quien está en condiciones de hacerle algún favor a la administración.

12.4. *El interés público no es sólo conveniencia material*

El tercer error de la concepción tradicional de “interés público” lo señala RADBRUCH, y es fundamental; se concibe al interés público tan sólo como una conveniencia material o económica; nada más. Y ello comporta un error humano decisivo. El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores “seguridad” y “conveniencia,” sino también y primordialmente, el valor “justicia;”²⁴ pues bien “*En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo «lo que al pueblo aprovecha,» sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.*”²⁵

Por ello, un “interés público-conveniencia” que para beneficiar materialmente a la colectividad destruye el legítimo derecho de un individuo, *es contrario al “interés público-justicia,”* es, por tanto, un *falso interés público.*

Debe tenerse siempre presente que constituye una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de los individuos; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad, se destruye también, al mismo

op. cit., p. 163.) Sostener otra cosa equivale a afirmar que un servicio que es perjudicial para la mayoría de los individuos, pueda, sin embargo, ser beneficioso para la colectividad, lo que carece de sentido o constituye, en todo caso, un pensamiento político autoritario.

²³ En este sentido señala WOLFF que no debe confundirse el verdadero interés público de la colectividad, con el aparente o fáctico interés de los organismos estatales: WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht, I, op. cit.*, pp. 162 y 165.

²⁴ Sobre el problema jurídico de la justicia, ver GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, 1958.

²⁵ RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal*, Buenos Aires, 1962, p. 36, traducción de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht.*

tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa.

El *interés público-conveniencia*, cuando es antepuesto erróneamente al *interés público-justicia*, lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso de la misma conveniencia material.

Destacamos, en consecuencia, que el interés público que debe protegerse y considerarse cuando se regula o analiza el funcionamiento de un servicio público, está constituido por una serie de valores diversos; y que entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que “conviene” a la comunidad, en caso de ser “injusto,” no es un auténtico “interés público.”

12.5. *El interés público en una sociedad socialista*

Sería erróneo pensar que esta enfatización del interés público como interés de los usuarios —una mayoría homogénea de ellos— es un concepto de tipo “individualista” en exceso. La suma de intereses individuales homogéneos y congruentes, como objeto o fin del servicio público, es un concepto simplemente racional derivado de preguntarse para qué o para quiénes se organiza el servicio. En una sociedad con graves desigualdades sociales, por excepción, el servicio público puede, en definitiva, estar atendiendo preferentemente a sectores privilegiados de la sociedad pero allí es el servicio público mismo el que no sirve un fin público homogéneo. En sociedades con desigualdades sociales menores, puede ser la clase media la destinataria principal del servicio. Otras veces el destinatario del servicio es la clase popular principalmente (transporte público; servicios asistenciales; etcétera.) Algunos servicios, por fin, se prestan sin distinción de clases sociales (correos.) Lo que importa analizar, en definitiva, es si corresponde o no que se preste un determinado servicio a determinados sectores de la sociedad pero tomada esta decisión por el poder político del Estado, cabe concluir en que el objetivo que ese servicio debe satisfacer es una prestación eficiente y adecuada de la actividad en cuestión a las personas de que se trate. El concepto de interés público en el servicio público, configurado como interés de los destinatarios del mismo, no responde, pues, a un concepto predeterminado de clases o sociedad.

Por ello, dice TSIEN en el caso de la administración china, que ella es “de masa” “porque está concebida como un servicio que debe estar a la disposición de la población,”²⁶ y que “*Los usuarios de los servicios administrativos son considerados como los más aptos para controlar la administración,*”²⁷ con lo cual el concepto teleológico de para quién se organiza el servicio, en particular el usuario del mismo, sigue en vigencia con independencia del sistema social o político en el cual se inserta.

²⁶ TSIEN, TCHE-HAO, *op. cit.*, p. 36.

²⁷ TSIEN, TCHE-HAO, *op. cit.*, p. 31.

De todas maneras, si se quisiera distinguir entre los servicios prestados a la clase obrera o popular en general, y los servicios prestados a la clase media o alta, habría allí un nuevo argumento para no utilizar la noción supuestamente aglutinante de “servicio público,” pues se estaría comprendiendo inevitablemente en una misma categoría similar a actividades que se postulan valorativamente como distintas.

13. *El régimen jurídico actual no protege el interés público*

El cuarto error de la doctrina tradicional se deriva de los anteriores, y constituye un error práctico.

En efecto, el régimen jurídico de los servicios públicos, al pretender asegurar el interés público dando grandes facultades jurídicas al que presta el servicio frente a los particulares, desemboca en la práctica en la imposibilidad de que quien recibe un mal servicio o no lo recibe, pueda atacar esa defección del prestador del servicio. Por ello, si el servicio llega a ser irregular, aquel régimen jurídico tiene por principal resultado que la mayoría de los usuarios deba resignarse a recibir un mal servicio, y que, en consecuencia, *la suma de los intereses individuales relacionados con el servicio sea precisamente la contraria de la que el régimen jurídico entiende asegurar.*

Así llegamos a que el régimen jurídico, en lugar de contemplar el interés público, *ataca el interés público*; pues en el caso concreto las circunstancias han llevado a que dicho interés público no está en que *un administrado* no pueda embarazar a la administración, sino en que *la mayoría de los administrados* esté en condiciones de quejarse eficientemente contra el servicio defectuoso, y lograr que el mismo sea mejorado.

Obsérvese que aquí no entra en juego el problema de si los servicios han de ser prestados directamente por el Estado o deben ser dados en concesión, o si hay que crear una cooperativa o una sociedad de economía mixta, o si se trata de una sociedad socialista o no socialista; cualquiera sea el tipo de persona que esté encargada de prestar el servicio, el principio se reproduce: Si hay una posibilidad seria de que el servicio no sea prestado eficientemente, corresponde, *en defensa del interés público* (que, repetimos, sería en el caso la suma de la mayoría de los intereses individuales de los usuarios del servicio), que se dé al administrado los medios jurídicos para compeler al ente que presta el servicio, a prestarlo como corresponde.

Allí está la gran desubicación y alejamiento de la realidad que padece el régimen jurídico actual —que es el tradicional— de los servicios públicos.

Es imprescindible, por ello, que se encare la reforma y reestructuración de ese régimen jurídico, valorando con criterio contemporáneo cuál es el verdadero interés público en juego, y no incurriendo nuevamente en el error de confundir el interés público con interés estatal o interés de la administración.

