

DERECHO PUBLICO- SERVICIOS PÚBLICOS

Concepto de Servicio Público:

Desde la aparición del Estado moderno hasta nuestros días existen diversas interpretaciones sobre lo que debe entenderse como servicio público.

Como consecuencia de la imprecisión del concepto se han formulado diversas concepciones, tales como las orgánicas, funcionales-materiales, teleológicas y las que pueden caracterizarse como mixtas.

Villegas Basavilbaso¹ define el servicio público como “*toda actividad directa e indirecta de la Administración Pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público*”.

Diez² restringe la noción de servicio público diciendo que es “*la prestación que efectúa la Administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general*”.

Dromi³ entiende que servicio público “*es un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de derecho administrativo común a todo el quehacer de la función administrativa*”.

Sarmiento García⁴ propone una definición descriptiva de servicio público, entendiéndolo por tal la “*actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado y asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de derecho público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas*”.

Elementos Constitutivos:

Sólo se puede hablar de servicios públicos dentro de la actividad administrativa cuando tienen por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva.

La necesidad colectiva se refiere a la necesidad sentida por una porción importante del conglomerado social. Esas necesidades colectivas se satisfacen con prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas. Lo que implica:

¹ VILLEGAS BASAVILVASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950.

² DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980.

³ DROMI, Roberto, *Reforma del Estado y privatizaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

⁴ SARMIENTO GARCÍA, *Temas de introducción a las instituciones de Derecho Público*, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Mendoza, 1996.

- a) La prestación que se ofrece al usuario es de carácter material y está constituida por la realización de un servicio o el uso de un medio técnico: suministro de energía eléctrica o de agua corriente, utilización del teléfono, etc.
- b) Debe tratarse de prestaciones en especie, prestaciones en actividad y no en dinero.
- c) Las prestaciones deben ser periódicas, e decir deben tener continuidad en el tiempo y sistematización.

La prestación debe constituir el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario. Sólo así se configura la actividad como una prestación en sentido técnico, donde un sujeto con su actividad beneficia a otro, proporcionándole una utilidad concreta en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria entre ambos, como ocurre con los servicios de gas, electricidad, etc.

La prestación o gestión de los servicios públicos pueden ser directas o indirectas. Es directa cuando el servicio es realizado por entidades estatales (Estado Nacional o Provinciales, Municipios, entidades autárquicas, empresas del Estado). La gestión indirecta puede realizarse por concesionarios, por locador, por sociedades de economía mixta, por cooperativas.

La actividad que constituye el servicio público está asegurada por normas y principios orientados a dar prerrogativas de derecho público a quienes la cumplen. Así por ejemplo la expropiación de bienes útiles a su gestión que puede solicitar al Estado el prestador del servicio.

En síntesis son elementos esenciales de la noción de servicios públicos:

La naturaleza de la actividad: se circunscribe a una parte de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político mediante la cual se tiende a alcanzar los cometidos o funciones del Estado, en relación al bienestar y progreso social.

El sujeto que lo presta: la actividad es desarrollada por entidades estatales o por su delegación, quienes la controlan y fiscalizan.

El fin y el objeto: tiene por fin satisfacer individuales de importancia colectiva mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de la relación jurídica con el usuario.

El régimen que lo regula: la actividad está regulada por un régimen jurídico de derecho público que permite a quienes lo desarrolla atender mejor la satisfacción de las necesidades colectivas debiendo también suministrar a los usuarios las armas legales contra los eventuales desbordes autoritarios.

Clasificación

Tal como indica Dromi⁵ son numerosas las clasificaciones que sobre el tema pueden formularse, a la luz de criterios políticos, jurídicos, sociológicos, económicos, etc. Son útiles a los efectos didácticos pero no constituyen ningún dato esencial de naturaleza sustantiva.

Así pueden ser considerados:

- a) Servicios públicos con o sin competencias administrativas, es decir según requieran o no para su prestación el ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público.
- b) Servicios público propio o impropio, según lo preste el Estado o alguna persona privada; sin en este último caso actividades individuales de interés público.
- c) Servicios obligatorios o facultativos, según la exigibilidad o necesidad de su prestación.
- d) Servicios *uti universi*⁶ o *uti singuli*⁷, según que sus destinatarios sean toda la comunidad o un sector de administrados, respectivamente.
- e) Servicios públicos de gestión pública o privada, según sea el titular de la prestación

Caracteres de servicio público

Son las notas distintivas que nos permiten individualizarlos como parte de la actividad estatal y que determinan los derechos del usuario y las obligaciones de la Administración. Ellos son: continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad.

Continuidad: indica que el servicio debe ser prestado cada vez que la necesidad que satisface se presente. En relación a la posibilidad o no de su paralización o suspensión podemos hablar de continuidad absoluta cuando la necesidad colectiva que cubre el servicio público no admite que el mismo sea interrumpido. De continuidad relativa cuando el servicio se presta en determinadas oportunidades.

Para asegurar esta continuidad del servicio se han considerado situaciones que pudieran llegar a afectar su efectiva prestación, como es la reglamentación del derecho de huelga y la restricción del “lock-out”⁸ patronal; la prohibición de la ejecución forzosa de los bienes afectados a un servicio público; la prestación directa por el Estado, en caso de rescate de servicios concedidos cuyos efecto fundamental es la extinción del referido contrato administrativo; en caso de quiebra del concesionario la Ley Concursal prevé la continuidad del servicio.

⁵ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 5ª Edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996

⁶ *uti universi*:

⁷ *uti singuli*

⁸ lock-out:

La continuidad del servicio público fija su status jurídico y hay que mantenerlo inalterado, porque dada la necesidad colectiva del servicio, éste debe prestarse.

Regularidad: que el servicio sea regularmente prestado debe entenderse de conformidad a las reglas o normas preestablecidas; las condiciones a que se sujeta la efectiva prestación del servicio.

Uniformidad: es la igualdad de trato para todos los usuarios de un mismo servicio. Situación de igualdad que deriva del principio constitucional del Artículo 16 y que debe ser tendida como igualdad para los que están en las mismas condiciones. Por aplicación de este principio, la existencia de categoría de usuario es legítima y es dentro de cada una de ellas donde se exigirá el trato igualitario, siendo inadmisibles prerrogativas que privilegien a unos en detrimento de otros.

Generalidad: la prestación del servicio público tiene por fin la satisfacción de una necesidad colectiva y como tal debe ser usado y exigido por todos los habitantes.

Obligatoriedad: el servicio público establece la relación jurídica prestador-usuario y por su propia naturaleza está obligado a prestarlo quien lo toma a su cargo y a exigirlo el usuario.

Régimen jurídico

Hemos mencionado que uno de los elementos de la noción de servicio público es el régimen jurídico, predominantemente de derecho público, aunque en ciertos servicios puede presentar caracteres mixtos por la aplicación de normas de derecho privado.

Justifica su régimen jurídico el interés colectivo que satisface y que supone por parte del estado el ejercicio de sus prerrogativas de poder y en razón del cual ejerce el poder de policía sobre el servicio; puede imponer restricciones y servidumbres administrativas; someterlo al régimen de las obras públicas, etc. Cuando el servicio es prestado mediante concesión puede transferirle el ejercicio de prerrogativas o potestades públicos inherentes al servicio pero manteniendo siempre la potestad exclusiva y excluyente de controlar el funcionamiento del servicio público.

Es por ello que puede establecer modificaciones a la prestación del servicio, cuando el interés público así lo impongan, con el objeto de mejorar el servicio. Si la modificación altera de manera significativa las bases originarias de la prestación del servicio, provocando lesión patrimonial al concesionario o tercero que presta el servicio, podrá éste reclamar las indemnizaciones que correspondan.

Formas de prestación

El interés colectivo puede ser satisfecho de dos maneras:

- a) Servicio público prestado directamente por el Estado a través de órganos de la Administración central o por entidades descentralizadas, autárquicas o empresas públicas.

- b) Por particulares, sean sujetos privados o entidades públicas no estatales. En este caso lo hacen a través de una concesión, licencia o permiso otorgado por el Estado a quienes reúnan las condiciones exigidas para ser prestatarios del servicio durante el término convenido y según sean los términos de la concesión con la transferencia de prerrogativas sobre el dominio público.

También puede dejar que particulares ejecuten prestaciones de servicios públicos, regulándolos o bien mediante contratos administrativos de locación u obras, para la realización de una actividad que corresponda a la Administración.

Usuario

Es quien utiliza el servicio y su derecho a usar el mismo lo será dentro de las normas reglamentarias que regulan el servicio.

La relación jurídica entre el usuario y el prestatario del servicio puede ser reglamentaria, como el servicio de cloacas o contractual como el de gas, electricidad, teléfono etc. La diferente relación la da el modo cómo el servicio es utilizado por el usuario y la forma de retribución.

Existen casos en que la relación puede ser mixta en su naturaleza jurídica: reglamentaria y contractual, como en el servicio de transporte público. Reglamentaria en lo organizacional y funcional y contractual en relación al usuario.

Retribución

Es el “precio” o “tasa” que concretamente se paga por la utilización del servicio. Tarifa es el listado de precios o tasas.

Algunos servicios son gratuitos, como la policía de seguridad, porque no son retribuidos directamente por el usuario sino que son satisfechos a través de los impuestos pagados por la comunidad. En tanto los onerosos deben ser retribuidos por el usuario toda vez que se utiliza, como el transporte la electricidad, por ejemplo.

Para Marienhoff⁹ hay “tasa” cuando el servicio *uti singuli* es obligatorio y el usuario está vinculado al prestador del servicio por una relación de tipo reglamentaria. En cambio habrá “precio” cuando el servicio resulta de utilización facultativa y el usuario se vincula mediante una relación contractual.

Son caracteres de la retribución:

Proporcionalidad: adecuación entre el servicio prestado y su retribución en relación a la calidad y cantidad del servicio suministrado. Las tarifas deben ser justas y razonables. La proporcionalidad y razonabilidad entre el monto de tasa o precio supone una razonable proporción entre tasa o precio y costo.

⁹ MARIENOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.

Así lo establece la Ley 23.696¹⁰ y su Decreto Reglamentario 1105/89 en el artículo 15 inciso 7¹¹ para las licencias, permisos o concesiones para la explotación de servicios públicos que se otorguen como consecuencia de un procedimiento de privatización y deberán contemplar el régimen tarifario, determinando los conceptos que la tarifa debe cubrir, incluyendo la rentabilidad adecuada a la inversión.

Irretroactividad: en principio la tasa o precio no puede ser retroactiva. Por excepción la Corte Suprema de Justicia ha aceptado la posible aplicación retroactiva cuando el pago no se hubiera efectuado en forma definitiva.

Cassagne¹² encuentra que éste es un principio consagrado en el artículo 3 del Código Civil, que si bien puede ser excepcionado por la Ley, nunca podrá hacerlo al extremo de afectar derechos adquiridos durante la vigencia de la anterior tarifa. Por consiguiente critica la tesis que admite la retroactividad de nuevas tarifas cuando los usuarios todavía no han pagado los servicios prestado durante la vigencia de la anterior.

Legalidad: la retribución debe ser fijada o aprobada (homologada) por la autoridad estatal competente, aunque sea prestado directa o indirectamente. Justifica la

¹⁰ **LEY DE REFORMA DEL ESTADO**, BUENOS AIRES, 17 de Agosto de 1989 .BOLETIN OFICIAL, 23 de Agosto de 1989

¹¹ **DECRETO REGLAMENTARIO 1105/89** ARTICULO 15.- Inciso 7)

a) Los permisos, licencias o concesiones para explotación de servicios públicos que se otorguen como consecuencia de un procedimiento de privatización, deberán contemplar:

I. Los servicios específicamente incluidos, discriminando aquellos cuya explotación se conceda bajo régimen de exclusividad, de los que se concedan en un régimen de competencia.

II. El plazo por el cual se otorga, el que será compatible con una eficiente explotación del servicio, la adecuada amortización de las inversiones que se lleven a cabo y una razonable rentabilidad. Podrá convenirse su prórroga, así como las modalidades para hacerla efectiva.

III. El ámbito geográfico comprendido.

IV. Las obligaciones que, según el caso, se le impongan a la permissionaria, licenciataria o concesionaria, tanto aquellas referidas al pago de un canon, como a la calidad y extensión del servicio o a la modernización de los medios materiales y técnicos afectados a la prestación de éste.

V. Los derechos comprendidos en el permiso, licencia o concesión, incluyendo aquellas disposiciones que pudieran importar el ejercicio por parte del permissionario, licenciatario o concesionario de acciones o derechos contra terceros.

VI. El régimen tarifario, especificando los conceptos que la tarifa debe cubrir, incluyendo la rentabilidad adecuada a la inversión realizada. En la fijación del régimen tarifario deberá intervenir el MINISTERIO DE ECONOMIA.

VII. El régimen sancionatorio aplicable.

VIII. Para las concesiones de servicios públicos donde se establezcan cláusulas de rescate o reversión, se preverá un justo régimen indemnizatorio y el destino de los bienes afectado a la explotación del servicio. En tales casos el rescate y reversión tendrán carácter excepcional, según fundadas razones de interés público.

IX. La información técnica y económico-financiera que el permissionario, licenciatario o concesionario deberá suministrar o tener a disposición de la autoridad de control del servicio.

b) El otorgamiento de permisos, licencias o concesiones en las condiciones aquí establecidas, podrá formar parte, total o parcialmente del contrato que se celebre en los términos del artículo 17 de la Ley 23.696, cuando el ente, empresa o sociedad privatizado haya sido titular, al momento de su privatización, del servicio público a conceder.

c) Las razones de defensa o seguridad nacional que determinen la preferencia al capital nacional deberán fundarse suficientemente e informarse al PODER EJECUTIVO NACIONAL con carácter previo al establecimiento de la preferencia, con intervención del MINISTERIO DE DEFENSA, el que determinará fundadamente la existencia de tales razones en cada caso comprendido en este inciso.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos, *Cuestiones del Derecho Administrativo*, Capítulo XVIII, La impugnación judicial de los reglamentos, Desalma,, Buenos Aires, 1987

intervención estatal en la determinación de la tarifa el interés colectivo que satisface y la atribución de organizar y controlar el servicio.

La tarifa determina un acto de alcance general, cuyos efectos se extienden a todos los posibles usuarios y que para su eficacia jurídica debe ser publicada a fin de darla a conocer y garantizar su vigencia.